الجامعة اللبنانية

كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والإقتصادية

الفرع الأول

القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمّقة في قانون الأعمال

إعداد

مروة سميح محمد

لجنة المناقشة

الدكتور محمد عبده	الأستاذ المُشرف	رئيساً
الدكتورة عزت الحاج سليمان	أستاذ مساعد	عضواً
الدكتور جيلبير سليمان	أستاذ مساعد	عضواً

٢٠١٤

إهداء

الى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل المتواضع ....

شكر

أتقدم بالشكر الجزيل الدكتور محمد عبده الذي كان لي خير معين في متابعة هذا العمل وإنجازه بالشكل اللائق.

كما وأشكر أعضاء لجنة المُناقشة الدكتورة عزت الحاج سليمان والدكتورجيلبير سليمان.

المقدمة :

إحتلّت التجارة منذ القدم، أهمية بارزة في الحياة اليومية، نظراً للإحتياجات التي كانت توفرها للأفراد. فبدأت أولاً " بالمقايضة " أي مبادلة شيء بشيء آخر، لكن زيادة احتياجات الناس، جعلت هذه الطريقة غير قادرة على تلبية هذه الإحتياجات، فظهرت "النقود" وانتقلت التجارة من أسلوب "المقايضة" الى أسلوب "البيع والشراء". لكن محدودية الأسواق المحلية، وعجزها عن تلبية الإحتياجات المُتزايدة للأفراد، والإنفتاح الذي شهدته، دفعت للبحث عن خيارات أكثر تطوراً وتوازناً تتناسب مع تلبية حاجات الأفراد سواء الحالية أو المستقبلية. الأمر الذي أدى الى الإتجاه من التجارة المحلّية إلى التجارة الدولية .

وقد كان للثورة الصناعية الثالثة التي تمثّلت بثورة تكنولوجيا المعلومات والإتصالات، أثر كبير على التجارة الدولية والتي بدأ نشاطها في الستينات من القرن الماضي والتي كانت تُعرف باسم التبادل الإلكتروني للبيانات[١]، فظهر ما يُسمّى بالحاسوب، وصولاً الى الوسيلة الخارقة والمتطورة " أنترنت"[٢]. ممّا دفع بمعظم الدول والشركات الضخمة في أواخر القرن العشرين للتحوّل

---

[١] المادة الثانية من قانون الأونيسترال النموذجي, بشأن التجارة الدولية, الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي لدى الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٦.

EDI (Electronic Data Interchange).

يُراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات إلكترونياً من حاسوب الى حاسوب آخر بإستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات .

[٢] شربل القارح, **قانون الأنترنت والتفاوض والوساطة على شبكة الأنترنت**, الجزء الأول, منشورات صادر ٢٠١١, ص ١٨.

من التجارة الدولية التقليدية القائمة على العلاقات المُباشرة بين المُتعاملين بها, إلى التجارة الدولية الإلكترونية القائمة على وسائل الإتصال عن بُعد خاصة, لما تتمتع به هذه التجارة من ميّزات جعلتها الوسيلة الأكثر إستقطاباً، بحيث بات أكثر من نصف مُستخدمي الأنترنت، يقومون بعمليات البيع والشراء بواسطة الشبكة العالمية المفتوحة .

لذلك فإنّ مجال التجارة الإلكترونية يشمل تبادل السلع والخدمات في ما بين المُنتجين والمُستهلكين والتبادل في ما بين المُصدّرين والمستوردين في مجال تجارة أو صناعة معيّنة .

ماذا نعني بالتجارة الإلكترونية ؟

تعددت مفاهيم التجارة الإلكترونية, إذ عرّفها البعض[١], بأنّها الوسيلة التي من خلالها يتم تبادل السلع والخدمات عبر الأنترنت. وفي بعض الحالات لا تنجز هذه الأعمال إلاّ بواسطة الأنترنت .

أمّا الإتحاد الأوروبي فقد إعتبر التجارة الإلكترونية فكرة عامة تُغطي أي شكل من أشكال المُعاملات التجارية أو تبادل المعلومات, يتم تنفيذها بإستخدام تكنولوجيا الإتصالات والمعلومات, سواء بين الشركات وبعضها البعض, أو بين الشركات وعملائها, أو بين الشركات والجهّات الحكومية[٢].

الأنترنت هي مجموعة شبكات معلوماتية متصلة ببعضها وهي تُشكّل وسيلة تواصل سريعة وعملية لتبادل المعلومات والأفكار بين الأفراد في العالم .

(1) Zeinab Mohamad El Gawady," the impact of E-commerce on developed and developing countries.Case study ,Egypt and United States",Egypt contemporaine,N°481,Le Caire, January 2006, p. 59

(٢) هشام مخلوف / محمد وجدي وسمير إسماعيل, **التجارة الإلكترونية الحاضر وآفاق المستقبل**, الإسكوا, ص ٤٤.

"Electronic commerce is a general concept covering any form of business transactions or information exchange executed using information and communication technology between companies , companies and their customers, or between companies and public administrations. Electronic commerce includes electronic trading of goods, services and electronic material ."

كما وعرّفها البعض الآخر[١], وهو التعريف المستوحى من القانون الفرنسي المُتعلّق بالإقتصاد الرقمي بأنّها النشاط الذي يَعرِض بموجبه أحد الأشخاص, أو يتعهد عن بُعد وبالوسيلة الإلكترونية, بتزويد الغير بالبضائع أو تقديم الخدمات لهم .

إنّ ما يُميّز مُعاملات التجارة الإلكترونية هو اللامادية واللاحدود والدولية, إذ يتم التعبير عن العرض من خلال شبكة دولية للإتصالات موجّهة لقطاع غير محدد من العملاء. مما يجعل العقود التي تُبرم عبر شبكة الأنترنت (أي العقود التي تُبرم عن بعد) من عقود المسافة، فتُمكّن مُستخدميها من تخطي حاجزي الزمان والمكان، والدخول الى جميع أسواق العالم في وقت واحد وبكلفة أقل، والمقارنة بين العروض المُقدّمة وإختيار الأفضل دون أي خسارة في الوقت, وبعبارة أخرى إنتشرت أساليب التصفّح التي أعطت مُستخدم شبكة الأنترنت واجهة سهلة وموحّدة للتعامل مع مواقع الأنترنت[٢].

كما أنّها من العقود الدولية التي ترتبط بنظام قانوني خاص بأكثر من دولة وتأخذ في الإعتبار مُقتضيات التجارة الدولية، إضافة الى أنّها تُبرم في ظل غياب المجلس المادي للعقد، فيتلاقى فيها كل من الإيجاب والقبول في ظل الفضاءات الإلكترونية، ويترتب عليها حركة ذهاب وإياب للأموال عابرة الحدود، الأمر الذي يؤدي الى دخول العقد الإلكتروني في دائرة العقود التي تتم بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان .

كما أنّها غالباً ما تتم بين طرفين غير متكافئين إقتصادياً, بحيث يتم التعاقد بين تاجر مهني ومُستهلك عادي, لذلك فتعتبر هذه العقود من عقود الإذعان لا المساومات بحيث يقتصر دور المُستهلك فيها على قبول بنوده دون مناقشة .

فبالرغم من إنفراد العقود الإلكترونية بخصائص ذاتية إلاّ أنّ هذا لا يمنع أنّها في نهاية الأمر تُعدّ من عقود التجارة الدولية أساساً, وبالتالي فهي تشترك مع هذه الأخيرة في خصائصها العامة .

---

[١] وزارة الإقتصاد والتجارة (ECOMLEB), **مسودة مشروع قانون متعلق بالاتصالات والكتابة والمعاملات الإلكترونية**, أيار ٢٠٠٥, ص ٧٧ .

[٢] عبد الإله الديوه جي, التجارة الإلكترونية ,الأمم المتحدة, اللجنة الإقتصادية والإجتماعية لغربي آسيا,الدوحة, قطر, ٩-١٣ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠١, ص ٣ .

لذلك فقد شكّلت عقود التجارة الإلكترونية ظاهرة حضارية فريدة من نوعها، إذ أنّها ظهرت وإنتشرت في فترة زمنية قياسية .

ومع الإتّجاه المُتزايد نحو هذا النوع من التجارة، تطور مفهوم التجارة الإلكترونية ليُصبح عبارة عن منظومة معلوماتية تربط بين الأفراد . وقد أُثير العديد من التحدّيات والمُشكلات القانونية التي تتطلب قوانين جديدة تعالج تلك الجوانب، والتي لم تتعرض لها القوانين النافذة ،إذ واجهت التجارة الإلكترونية – ولا تزال تواجه – صعوبة من حيث إعتراف القوانين التقليدية بقانونية العقود التي تُبرم بواسطتها. وتعود هذه الصعوبة الى نشوء المبادىء العامة للعقود، وترعرعها في وقت كان فيه إنعقاد العقد يتم وجهاً لوجه بين طرفين حاضرين في مجلس واحد، وقادرين على الإتفاق على المسائل الخاصة بهما، وهو ما لم يَعُد عليه الوضع حالياً، كون هذه العقود أصبح لها الطابع الدولي .

فمثلاً على المستوى اللبناني تواجه التجارة الإلكترونية صعوبات تتمثل بتفضيل المُنتجات غير الموجودة على الأنترنت، لأنّ اللبنانيين لا يثقون بالمنتجات الإلكترونية، إلاّ إذا كانت متوفرة على مواقع وعلامات تجارية معروفة تستطيع تحمّل المسؤولية إذا طرأ خطب ما. وذلك إما لعدم القدرة على هذا التعامل أو لعدم الرغبة فيه.

وقد امتدت هذه الصعوبة لتطال القانون واجب التطبيق على هذه العقود، ممّا دفع بالتساؤل: هل نطبّق قواعد الإسناد التقليدية، أي قواعد التنازع التي تهتم بحسم تنازع القوانين من حيث المكان وذلك عن طريق تفضيل أحد هذه القوانين، أم أنّنا بحاجة الى تطوير هذه القواعد لكي يتلاءم تطبيقها وطبيعة هذه العقود، كونها تُبرم في ظل الشبكة العالمية المفتوحة ؟ على إعتبار أنّ ما يُميّز العقد الداخلي عن العقد الدولي هو أنّ العقد الداخلي يخضع للقانون الوطني للدولة التي تتصل بها كل عناصره ويكون الثمن عادة بالعملة المحلية [1]، في حين أنّ العقد الدولي يخضع كقاعدة عامة للقانون الذي تشير اليه قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي، والذي يكون غير محدد مقدماً، فقد يكون قانون دولة القاضي، أو قانونا" أجنبيا" آخر, هذا ما لم يكن هناك إتفاق تحكيم بين المتعاقدين .

---

[1] إيهاب السنباطي, **الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية** , دار الجامعة الجديدة , القاهرة , ص ٢١ .

وتغطي التجارة الدولية مجالات عديدة, منها الجمارك والقيود التي تفرضها الحكومات لتنظيم التجارة .

لذلك، فإنّ مُشكلة تنازُع القوانين لا تُثار إلاّ بصدد العقود التي تتّسم بالصفة الدولية في مفهوم القانون الدولي الخاص، وكُل دولة يُثار أمامها نِزاع دولي، تكون قواعدها الوطنية مُهيأة للتصدي لمثل هذا النزاع ما لم تكن ثمّة إتفاقات دولية مرتبطة بها دولة القاضي والتي تُنظّم لفض مثل هذه النزاعات، وتتنوّع قواعد التنازع وفقاً لطبيعة ونوع النِزاع الدولي المَطروح، إلاّ أنّ عدم لَحظ قواعد الإسناد الأصلية (التقليدية) والتي سيتم بحثها في (القسم الأول) لإمكانية إبرام العقود عبرَ القنوات الفضائية، وصعوبة تركيز هذه العقود في مكان معيّن، أدّيا الى ظهور قواعد الإسناد الإحتياطية التي تَتماشى وهذا النوع من العقود، كون عقود التجارة الإلكترونية وإن كانت تخضع إسوةً بغيرها من العقود الدولية للمبادىء العامة في تنازع القوانين، إلاّ أن الطبيعة الخاصة لهذه العقود، تقتضي قواعد خاصة بها (والتي سيتم التطرُّق اليها في القسم الثاني) .

وقبل البحث في هذه الإشكالية، لا بد من وضع تعريف واضح ودقيق لمصطلح عقود التجارة الإلكترونية، إذ يجب التمييز بين " العقد الإلكتروني" و" عقد التجارة الإلكتروني" بإعتباره موضوع بحثنا .

هناك العديد من تشريعات الدول والمُنظّمات الدولية التي عمدت الى تعريف إمّا العقد الإلكتروني أو التجارة الإلكترونية دون أن تقوم بوضع تعريف واضح لعقود التجارة الإلكترونية.

مثلاً: على صعيد تشريعات الدول، فهناك بعض الدول التي خلَتْ تشريعاتها كُلّياً من وضع تعريف لعقود التجارة الإلكترونية, وبالمقابل فقد عمَدَ البعض الآخر منها الى تعريف العقد الإلكتروني والبعض الآخر التجارة الإلكترونية .

فمثلاً: إنّ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني وهو قانون مؤقّت بالرقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١ [١]، أورد تعريفاً للعقد الإلكتروني بالمادة الثانية منه بالنص على أن العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم إنعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً .

أمّا الفِقه [١] فقد عرّف العقد الإلكتروني بأنّه العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الأنترنت ،

---

[١] المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ المنشور على الصفحة ٦٠١٠ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٥٢٤ بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٣١.

وهو يكتسب الصفة الإلكترونية من الطريقة التي تبرم بها، فالعقد الإلكتروني ينشأ من تلاقي الإيجاب والقبول بطريقة سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بُعد دون الحاجة الى التقاء الأطراف المادي وإلتقاؤهم في مكان مُعين، أي إنتفاء مجلس العقد الحقيقي، فمجلس العقد في العقود الإلكترونية هو مجلس إفتراضي حُكمي .

أمّا على صعيد المُنظّمات: فقد عرّفت مُنظّمة التجارة العالمية [٢] التجارة الإلكترونية، بأنّها "مجموعة مُتكاملة من عمليات إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع المُنتجات بوسائل إلكترونية، فهي عبارة عن شراء وبيع السلع عبر شبكات الأنترنت وشبكات التجارة العالمية الأخرى"، كما وعرّفت مُنظّمة ال OCDE[٣] مُصطلح التجارة الإلكترونية على أنّه " يتناول جميع أشكال المعاملات المُتعلقة بالنشاطات التجارية التي تتم من قبل الأفراد والهيئات التي تعتمد على معالجة ونقل البيانات الرقمية, شاملة النصوص والصوت والصورة من خلال شبكات مفتوحة مثل الأنترنت أو مُغلقة مثل المينتال التي يكون لها إتصال بشبكة مفتوحة, ويتّسع مفهوم التجارة الإلكترونية ليشمل فضلاً عن المفاوضات والتعاقد عدداً من الإجراءات المُرتبطة بها مثلا" الإعلان والتسويق والترويج وخدمات ما بعد التعاقد" .

---

[١] سمير دنون, **العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية**, الطبعة الأولى ٢٠١٢, المؤسسة الحديثة للكتاب, لبنان , ص ٢٢٨.

[٢] مُنظّمة التجارة العالمية, هي منظمة عالمية مقرّها جنيف في سويسرا, أنشأت في ١ كانون الثاني ١٩٩٥ , مهمتها الأساسية هي ضمان إنسياب التجارة بأكبر قدر من السلاسة واليسر والحريّة, وهي المُنظّمة العالمية الوحيدة المُختصة بالقوانين الدولية المعنية بالتجارة ما بين الدول. تضم مُنظّمة التجارة العالمية ١٥٩ دولة عضو إضافة الى ٢٥ دولة مراقبة .

www. Wikipedia.org.

[٣] هي مُنظّمة أسست عام ١٩٦١ وينطوي تحت لوائها ٣١ دولة من الدول المُتقدمة التي تلتزم بالديمقراطية وإقتصاد السوق ومقرّها في العاصمة الفرنسية – باريس .

وقد كرّست المُنظّمة أعمالها في عام ١٩٩٨ بشكل رئيسي للتجارة الإلكترونية, مُنطلقة من قناعة عبّرت عنه أجهزتها مراراً مَفادها أنّ التجارة الإلكترونية تتطلب حلولاً دولية في مرحلة تنظيمها لأنّ الحلول المتباينة لا تتفق مع الطبيعة الكونية لهذا النمط من الأعمال, ولأنّ التباين قد يقيم حدوداً لا تقبلها التجارة الإلكترونية .

ومن أبرز أنشطة هذه المُنظّمة في ميدان التجارة الإلكترونية, المؤتمر العالمي الذي عُقد في الفترة من ٧ – ٩ أوكتوبر تشرين الأول ١٩٩٨ في العاصمة الكندية – أوتاوا .

www. Mit. Gov.jo

بالرغم من عدم تطرُّق الفِقه والتشريع لعقد التجارة الإلكترونية بشكل مُفصّل كما أشرنا سابقاً إلاّ أنّ هناك بعض المُحاولات الفقهية التي حاولت أن تضع تعريفاً لعقد التجارة الإلكترونية. إذ عرّف بعض الفقهاء[١] عقود التجارة الإلكترونية بأنّها " إتّفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول" على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بُعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل.

كما وعرّفها جانب آخر من الفقهاء[٢] بأنّها: "إتّفاق فيه الإيجاب ببيع أشياء أو تقديم خدمات، يُعبَّر عنه على طريقة الإذاعة المرئية المسموعة أو وسط شبكة دولية للاتصالات عن بُعد، يلاقيه القبول عن طريق إتصال الأنظمة المعلوماتية ببعضها".

بالرغم من هذه المحاولات الفِقهية لتعريف عقود التجارة الإلكترونية، فقد نالت العديد من الإنتقادات كونها قد مزجت بين العقد الإلكتروني وعقد التجارة الإلكتروني .

إذ إنّ عقود التجارة الإلكترونية تشمل بالإضافة الى العقد الإلكتروني الذي يقع في مجال التجارة من حيث الموضوع والأطراف، بعض صور الإتّفاقات المتداولة في أوساط التجارة الإلكترونية، كإتّفاق التبادل الإلكتروني للبيانات .

وعلى صعيد تشريعات الدول فقد سعى العديد من الدول الى وضع تشريع خاص بعقود التجارة الإلكترونية، فمثلاً إنّ المشروع المصري الذي أعدّته لجنة التسمية التكنولوجية التابعة لمركز المعلومات تضمن تشريعاً خاصاً بالتجارة الإلكترونية، (أي قانون مشروع التجارة الإلكتروني)[٣] والذي عرّف في المادة الأولى منه العقد الإلكتروني بأنّه كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما، أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كُلياً أو جُزئياً عبر وسيط إلكتروني.

وبعد عرضنا لهذه التعاريف يُمكن إستخلاص مفهوم عقود التجارة الإلكترونية بأنّها نوع من التعامل التجاري الذي يتلاقى فيه كُلٌّ من الإيجاب والقبول في ظل شبكة الإتصال المفتوحة "الأنترنت" بعيداً عن إستخدام الوسائل التقليدية لإبرام العقود أو الوفاء بالقيمة أو إثبات المعاملات فهي تعمل على تقليل المستندات، كما أنّها تستغني عن النقود التقليدية وتَحُل مكانها النقود

---

[١] أسامة أبو حسن مجاهد, **خصوصية التعاقد عبر الأنترنت**, بحث مقدّم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت ١-٣ أيار ٢٠٠٠, جامعة الإمارات العربية المُتحدة , ص ٣٩.

[٢] محمود السيد عبد المعطي خيال, **الأنترنت وبعض الجوانب القانونية**, مكتبة دار النهضة, القاهرة ,١٩٩٨, ص ١٠٨ .

[3] www.Gn4me .COM/2004.

الإلكترونية وتختفي فيها اللقاءات المباشرة، لأنّ العرض الصادر من الموجب هو عرض مفتوح, أي موجّه لعدد غير محدد من العملاء .

وبإختصار فهي النشاط الذي يؤدي بموجبه أحد الأشخاص أو يَعرض عن بُعُد بوسيلة إلكترونية تزويد الغير بالسلع أو تقديم الخدمات لهم. أي أنّها تشمل كُل من: المرحلة السابقة على التعاقد والتي يُطلق عليها المفاوضات, مرحلة التعاقد, مرحلة ما بعد التعاقد

لذلك فالمبدأ أنّ عقود التجارة الإلكترونية تُطبّق عليها القواعد القانونية المُتعلقة بالعقود، لاسيما القواعد المُتعلقة بالتعاقد عن بُعُد أو بالمراسلة أو بين غائبين، وكذلك قواعد القانون الدولي الخاص لوجود عنصر أجنبي في العملية المُنجزة (جنسيات مُختلفة للمُتعاقدين، مركز الشركة في دولة أجنبية ...) إضافة الى هذه القواعد فإنّ طبيعتُها الخاصة توجب أن تُطبّق عليها قواعد قانونية خاصة .

أي بمعنى آخر, إنّ إنتفاء المجلس المادي لعقود التجارة الإلكترونية وعدم الإعتداد بعنصر مكان إبرام العقد, والطابع الدولي الذي يتّسم به كونه يُبرم بين طرفين بواسطة شبكة الأنترنت وغيرها من القواعد مثل الحُريَّة التي تعطيها قواعد التجارة الدولية للمتعاقدين في عدم البَوح بالبيانات الصحيحة, والعرض المفتوح لقطاع غير مُحدد من العملاء وغيرها .... ساهمت في تطبيق قواعد خاصة على عقود التجارة الإلكترونية إضافةً الى القواعد العامة.

وهنا برزت عدد من المحاولات التي سعت الى وضع قوانين نموذجية, ترعى هذا النوع من العقود, منها قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية, وهو القانون الذي وإن لم يتطرق الى تنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية, فإنّه تناول زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني في المادتين (١٤و١٥) وآثارهما في تعيين القانون واجب التطبيق.

لذلك تبرز أهمية هذه الدراسة في ضوء إنعدام النصوص القانونية الواضحة والصريحة في مجال الأنترنت والتجارة الإلكترونية والتي من شأنها أن ترعى الإشكاليات والنزاعات المُتعددة التي يمكن أن تنشأ من التعامل التجاري الإلكتروني.

من هنا سيقتصر بحثنا على تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية من الناحية الموضوعية، وسيُقسم الى قسمين :

القسم الأول : قواعد الإسناد الأصلية لتنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية .

القسم الثاني : قواعد الإسناد الإحتياطية لتنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية .

القسم الأول: قواعد الإسناد الأصلية لتنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية.

يُجمع العديد من النُظُم والتشريعات على إخضاع العقد لقانون الإرادة أي للقانون الذي إختارته إرادة المُتعاقدين صراحةً أو ضِمناً، على أنّه يبقى للقاضي في حالة عدم إختيار الصريح للقانون واجب التطبيق أن يُركّز العقد في المكان الذي يرتبط به برابطة وثيقة, فيقتصر دور الإرادة في هذه الحالة على تحديد مركز الثقل في العلاقة التعاقدية والذي يُعيِّن من خلاله القانون واجب التطبيق .

إلاّ أنّ هذه القاعدة تخضع لبعض القيود ويرِد عليها بعض الإستثناءات التي تهدف من خلالها حماية الطرف الضعيف, وعدم مخالفة النظام العام, ومنع إستعمال أي وسيلة من وسائل الغش والإحتيال .

إنّ قُدرة الأطراف على إختيار القانون واجب التطبيق تُعد ميّزة أو خاصة ذاتية تنفرد بها العقود الدولية بالنظر الى مُجمل العلاقات الخاصة الدولية [١].

ووفقاً لرأي بعض الفقهاء[٢] فإنّ عملية تطبيق قانون الإرادة تسبقها مرحلة منوط تطبيقها بالقاضي الوطني الذي يقوم بإعمال قانونه لتكييف العقد، وإعطاء الوصف القانوني للنزاع المطروح, من خلال الخصائص الذاتية للرابطة العقدية[٣] وهي مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة التمييز إذ يطرح القاضي التساؤلات التالية :

- هل هذا التصرّف عقد أم غير عقد ؟

---

[١] أحمد عبد الكريم سلامة, **القانون الدولي الخاص النوعي " الإلكتروني- السياحي- البيئي "** الطبعة الأولى, دار النهضة العربية, القاهرة , ص٣٣ .

[٢] أحمد القشيري, الإتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية, المجلة المصرية للقانون الدولي, المجلد ٢١ لسنة ١٩٦٥ ص ٦٣ وما بعدها .

[٣] عكاشة محمد عبد العال, **قانون العمليات المصرفية الدولية, دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية**, الدار الجامعية, بيروت ١٩٩٣, ص ٧٦ .

- إذا كان عقداً ، فهل هو عقد داخلي، أم عقد دولي ؟
- وإذا كان عقداً دولياً فهل هو من عقود القانون الخاص، أم من عقود القانون العام ؟

كُل هذه التساؤلات التي تُطرح هي جُملة من التكييفات التي يلجأ اليها القاضي لمعرفة قاعدة الإسناد, كما يلزم لمعرفتها تحديد نوع العقد .

هذا على صعيد العقود الداخلية والدولية, أمّا على صعيد العقود المُبرمة بالطرق الإلكترونية, فإنّها تتكون من عرض يُطرح بالطرق السمعية أو البصرية أو كِلاهما, وقبول صادر بنفس الطريقة فيتم التعاقد عبر شبكة الأنترنت بين طرفين متباعدين لا يعرف أحدهما الآخر, الأمر الذي يُمكن أن يؤثر في النظام القانوني المُتعلق بتكوينها خصوصاً في ما يتعلّق بشروط صحّة التعبير عن الإرادة.

سنتناول في هذا القسم قواعد الإسناد الأصلية المُتمثّلة بقانون الارادة والإستثناءات التي تطاله (الفصل الاول) وسنعرض في الفصل الأول نشأة قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة ونوعية العقود المُعتمدة لإعمال هذه القاعدة (مبحث أول) والنظريات التي تناولت هذه القاعدة (مبحث ثانٍ)، أمّا الفصل الثاني فسيتضمن أشكال التعبير عن هذه الإرادة (إرادة صريحة,إرادة ضِمنية وإرادة مُفترضة) (مبحث أول) والاستثناءات التي تطرأ عليها (مبحث ثانٍ).

الفصل الاول: قانون الإرادة.

إنّ قانون الإرادة مُستمد من مبدأ حُريَّة التعاقد. وهذا ما نصّت عليه المادة ١٦٦ من قانون الموجبات والعقود على " أنّ قانون العقود خاضع لمبدأ حُريَّة التعاقد, فللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤن بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية ".

يُجمع معظم النظم القانونية لمُختلف الدول على أنّ العقود الدولية المُتضمنة عنصراً أجنبياً تخضع لقانون إرادة الأطراف، أي القانون الذي يتفقون صراحةً أو ضِمناً على تطبيقه وهذا هو قانون الإرادة .

وهذا ما نصّت عليه المادة ١٦٦ من قانون الموجبات والعقود المنصوص عليها أعلاه. كما وتماشى معها الإجتهاد اللبناني في العديد من أحكامه.

كما ونصّت المادة ٨١٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد على أنّه " يفصل المُحكّم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي إختارها الخصوم, وإلاّ فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة. وهو يعتد في جميع هذه الأحوال بالأعراف التجارية ".

وقد ظهرت هذه القاعدة في القرنين الثامن والتاسع عشر تعبيراً عن الحُريّة التعاقدية وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يتكوّن من عنصرين أساسيين وهما :

كفاية الإرادة لإنشاء التصرّف القانوني .

قُدرة الإرادة على تعيين آثار التصرّف القانوني.

إنّ قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة – إذا كانت قد لاقت ترحاب – وإتّفاق الفِقه والقضاء , فإنّ هذا الإتّفاق لم يكن الاّ ظاهرياً حيث أنّ واقع الأمر أسفر عن إختلافات حقيقية في الرأي ترجع الى الدور الذي تلعبه الإرادة عند اختيارها لقانون العقد وقد تُرجم هذا الإختلاف في الرأي من خلال نظريتي الشخصية والموضوعية.

سنتناول في هذا الفصل قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة (مبحث أول) على أن نستعرض في هذا المبحث نشأة هذه القاعدة (فقرة أولى) والعقود التي تنطبق عليها (فقرة ثانية), أمّا المبحث الثاني, فسنعرض فيه النظريات التي تناولت هذه القاعدة النظرية الشخصية (فقرة أولى) والنظرية الموضوعية (فقرة ثانية) .

المبحث الأول : قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة.

سنتناول في هذا المبحث نشأة هذه القاعدة (فقرة أولى) والعقود التي تنطبق عليها (فقرة ثانية) .

الفقرة الأولى : نشأة قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة .

إنّ قاعدة قانون الإرادة هي في أصلها قاعدة عُرفية دولية, تمّ إستدراجها في النُظم القانونية الوطنية, ولكنها لم تفقد صفتها الدولية, ومن ثمّ يُمكن أن تشير الى نظام قانوني داخلي أو نظام دولي [١].

إنّ المبدأ السائد في التشريعات الداخلية المُنظّمة للعقود هو العقد شريعة المُتعاقدين, ويقابله على الصعيد الدولي حُريّة المُتعاقدين في إختيار القانون الذي يحكم عقدهم .

وقد مرّت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة بعدة مراحل الى أن تمّ التوصّل اليها. وهي تعود الى فقهاء المدرسة الإيطالية في ظل نظرية الأحوال– التي تعني خضوع العلاقات التجارية للأعراف والعادات التي تمسكت بها المدن الإيطالية المُستقلة على العلاقات التجارية الى جانب أحكام القانون الروماني–[٢] التي كانت سائدة في القرنين الثاني والثالث عش, وهي تقول بخضوع شكل العقد وموضوعه لقانون بلد الإبرام .

---

[١] جورج حزبون , قواعد تنازع القوانين بين الوصف الإجرائي والمُستحدث الموضوعي, مجلة الحقوق الكويتية, العدد الثاني, الكويت, السنة السادسة والعشرون ٢٠٠٢, ص ٢٥٣ .

[٢] ظهرت في القرون الوسطى في ايطاليا, مدن مُستقلة عن السلطات الإقطاعية وعن هَيمنة الإمبراطور الجرماني, وكانت كل مدينة تُشكّل جمهورية لها قوانينها الخاصة بها المُستمدة من الأعراف والتقاليد السائدة فيها, وكانت تسمى أحوال, وقد ترتب على ازدهار علاقات تلك المُدن ببعضها البعض, أن ثار التنازع بين أحوال أو قوانين المُدن التي صدرت في صورة تقنيات محلية بحكم مسائل القانون الخاص بالذات, وبين تلك الأحوال وبين القانون الروماني, القانون العام في شمال ايطاليا, والذي كان يُطلق عليه " قانون" بالمقابل لاصطلاح "الأحوال "وكان يُعبّر عن مجموعة القواعد والأعراف التي تحكم الأشخاص " الأحوال الشخصية " وعن مجموعة القواعد والأعراف التي تحكم الأشياء والأموال " الأحوال العينية ", وكانت المجموعتان تندرجان في إطار نظرية عامة " نظرية القوانين".

الاّ أنّ هذه القاعدة لم تستمر، بل عُدّلت لجهة إخضاع شكل العقد لقانون بلد الإبرام ومضمونه لقانون الإرادة, بإعتبار أنّ مكان إبرام العقد قد يكون عرضياً أو قد لا يتّصل بموضوع العقد.

وعلى صعيد الفقهاء، فقد قال الفقيه " **روتشيس كورتيوس**"[١] بخضوع العقد لقانون بلد إبرامه كتعبير عن إرادة الأطراف الضِمنية، بمعنى أنّ المُتعاقدَين وهما يُبرمان تصرفاً ما في بلد يُعتبران قابلان ضِمناً للخضوع لقانون هذا البلد [٢], وفي القرن السادس عشر إستخلص الفقيه الفرنسي "**شارل ديمولان**" [٣] من تعليل " **كورتيوس**" فكرة إمكانية إرادة المُتعاقدين في تعيين القانون الذي يحكم العقد, أنّه إذا ما دام العقد يخضع لقانون مكان إبرامه بإعتبار ذلك تعبيراً عن الإرادة الضِمنية للمُتعاقدين, فيجب الإعتراف لهما بالحق في إختيار قانون مُعيّن, عدا قانون الإبرام ليحكم عقدهم .

وفي فقه " **ديمولان** ", بدت ملامح التفرقة بين موضوع العقد وشكله, فإرادة الطرفين تختار القانون الذي يحكم العقد من حيث الموضوع, أمّا شكله فيخضع لقانون مكان الإبرام [٤].

وإمتدت حياة تلك القاعدة حتى القرن التاسع عشر حيث أُطلق عليها, وبالتأثر بفلسفة" **كانت**" قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة, كما أُطلق على القانون الذي يختاره المُتعاقدان لحكم العقد "قانون العقد"[٥].

لذلك فبحسب رأي الفِقه فإنّه يجوز للفرقاء إخضاع العقد التجاري الحاصل بالوسيلة الإلكترونية, إمّا الى القانون اللبناني أو أي قانون أجنبي آخر. وفي هذه الحالة, يُعتد بالإرادة كضابط إسناد بالنسبة للعقود الدولية.

وعلى صعيد التشريعات: هناك الكثير من تشريعات الدول العربية وبعض الدول الأوروبية

---

[١] حفيظة السيد حداد, **الموجز في القانون الدولي الخاص, المبادىء العامة بتنازع القوانين**, الكتاب الأول, منشورات الحلبي الحقوقية , طبعة ٢٠٠٧, ص ٣٦٣ وما يليها .

[٢] عز الدين عبد الله, تنازع القوانين في العقد, مجلة الشرق الأدنى, دراسات في القانون, أيلول– كانون الأول ١٩٦٧, ص ٨٧٣ .

[٣] مأخوذ عن عوني محمد الفخري, **إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية, بغداد ٢٠٠٧**, ص ٢٧ .

[٤] عوني محمد الفخري, مرجع سابق, ص ٢٧ .

[٥] مأخوذ عن عزالدين عبد الله , مرجع سابق, ٨٧٣.

التي أخذت بخضوع العقد لقانون الإرادة في تشريعاتها بشكل واضح وصريح، وهناك البعض الآخر من التشريعات التي وإنّ لم تأخذ بها في تشريعاتها فقد أخذت بها محاكمها، كما هو الحال في القضاء الفرنسي.

على صعيد تشريعنا, فقد سعى لبنان الى وضع مسودّة مشروع قانون مُتعلّق بالإتصالات والكتابة والمُعاملات الإلكترونية, الاّ أنّه فعلياً ما نصّت عليه المادة ١٦٦ من قانون الموجبات والعقود الآنف ذكرها . وبالتالي فقد إعتمد القانون اللبناني مبدأ " قانون سلطان الإرادة " [١]. شرط مُراعاة مُقتضيات النظام العام على أنّه في حال عدم تحديد القانون واجب التطبيق, يبحث الإجتهاد في نيّة المُتعاقدين, أمّا المؤشرات الرئيسية المُرتكز عليها فهي مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه[٢] .

وتضمن القانون اللبناني الأُسس الضرورية لتحديد القانون واجب التطبيق على النزاعات الإلكترونية الدولي.

إذ يتّفق مُعظم القوانين العربية على خضوع عقود المعاملات المالية الدولية في جانبها الموضوعي لقانون الإرادة منها المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي[٣] والمادة ١٩ من القانون المدني المصري[٤] والمادة ٢٠ من القانون المدني السوري[٥].

---

[١] وزارة الإقتصاد والتجارة (ECOMLEB), مسودّة مشروع قانون متعلق بالاتصالات والكتابة والمعاملات الإلكترونية , أيار ٢٠٠٥ – ص ١٤٥ .

[٢] مسودّة مشروع قانون مُتعلّق بالاتصالات والكتابة والمعاملات الإلكترونية, أيار مرجع سابق, ص ١٤٦ .

[٣] المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١, مطبعة الحكومة– بغداد ١٩٥١:

" يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المُشترك للمُتعاقدين إذا إتحدا موطناً. فإذا إختلفا يسري قانون الدولة التي تمّ فيها العقد. هذا ما لم يتّفق المُتعاقدان أو يتبّين من الظروف أن قانوناً آخر يُراد تطبيقه".

[٤] المادة ١٩ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨:

" يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المُشترك للمُتعاقدين إذا إتحدا موطناً, وإن إختلفا موطناً يسري قانون الدولة الذي تمّ فيها العقد هذا ما لم يتّفق المُتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه".

[٥] المادة ٢٠ من قانون المدني السوري الصادر بالمرسوم الإشتراعي رقم ٨٤ تاريخ ١٩٤٩/٥/١٨ :

"يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المُشترك للمُتعاقدين. فإنّ إختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تمّ فيها التعاقد, هذا إذا لم يتفق المُتعاقدان أو تبين من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه ".

وعلى صعيد الإتّفاقات الدولية فقد نصّت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من إتّفاقية روما لسنة ١٩٨٠[١], والمادة الحادية عشر من نظام (إي سي) رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ من المجلس والبرلمان الأوروبي الصادر بتاريخ ١٧حزيران ٢٠٠٨ للقوانين المُطبّقة على الإلتزامات التعاقدية (روما١)[٢] والمادة الثانية من إتّفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥[٣], والمادة السابعة من إتّفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦[٤], على حُريَّة الأطراف في إختيار قانون العقد .

لذلك، فقد إستقرّ الفِقه والقضاء[٥] مثل القضاء الفرنسي على إعتبار قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة كقاعدة إسناد أصلية في ما يتعلّق بالعقد من الناحية الموضوعية [٦].

---

[1] Article 3 Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations (consolidated version)

Official Journal C 027 , 26/01/1998 P. 0034 - 0046

> 1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract.

[2] Article (11) of Regulation (EC) N° 593/2008 Of The EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008,on the law applicable to contractual obligations (Rome1):

The parties freedom to choose the applicable law should be one of the cornerstones of the system of conflict-of-law rules in matters of contractual obligations.

[3] Article (2) The Hague, 1955. Convention on the law applicable to international Sale of Goods:

A sale shall be governed by the domestic law of the country designated by the contracting Parties.

[4] Article (7): (1) Hague Conference on Private international Law (1986):A contract of sale is governed by the law chosen by the parties.

[٥] سلطان عبد الله محمود الجواري, **عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق**, دراسة قانونية مُقارنة طبعة أولى, منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠١٠, ص ١٢٤ .

عوني محمد الفخري, مرجع سابق, ص ٢٧ .

[٦] سلطان عبد الله محمود الجواري, مرجع سابق , ص ٩٣ .

إلاّ أنّ قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة وَردَ عليها بعض القيود في أوائل القرن العشرين أسهمت في تعيين حدوده وبالرغم من خضوعها لبعض القيود, إلاّ أنّها بقيت القاعدة التقليدية في تعيين القانون الذي يحكم موضوع العقد ويأخذ بها الفِقه والقضاء والتشريع في معظم الدول .

ثم إن نظرية خضوع العقد لقانون الإرادة تعرضت لجملة من الإنتقادات والإشكالات أبرزها ما يلي:

- أين يَكمُن دور المُشرِّع في حال تمكنت إرادة الأطراف من حل مشكلة تنازع القوانين ؟

إذا كان قانون الإرادة هو الذي يحكم العقود ويمنحها بذلك قوته المُلزمة فما هو القانون الذي يحكم إتّفاق المُتعاقدين المُسبق على إختيار هذا القانون ؟ إن قيل أنّه القانون الذي حَكم العقود (أي طُبّق على العقد) ومنحها بذلك قوته المُلزمة أو القانون الذي إختاره المُتعاقدان، فإنّ من شأن ذلك الوقوع في حلقة مفرغة . إذ يَستمد القانون المُختار إختصاصه من سلطان الإرادة في حين تستمد الإرادة قوتها المُلزمة من هذا القانون [١].

في حالة تطبيق قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة ، فإنها قد تؤدي الى نتائج غير مقبولة, فقد يختار المُتعاقدان قانوناً يقضي ببطلان عقدهما سواء أكان هذا البطلان جزئي أم كُلّي . إذ لا يُعقل أنّ يختار المُتعاقدان قانوناً يُبطل عقدهما جزئيا" أو كُلّيا" [٢].

يُبرر أنصار النظرية نقدهم بما يلي :

إنّ إختيار المُتعاقدين لقانون العقد لا يقوم على مبدأ سلطان الإرادة مباشرة ، وإنّما يُستمد من قاعدة الإسناد التي تترك للمُتعاقدين حُريَّة الإختيار[٣] .

إنّ الإتّفاق على إختيار القانون الذي يحكم العقد يُعَد عقداً مُستقلاً عن العقد الذي يحكمه القانون المُختار، فموضوع العقد هو إختيار القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي [٤] .

وبموجب هذا الرأي يَستمد الإتّفاق على القانون واجب التطبيق قوته المُلزمة من قاعدة الإسناد في قانون القاضي، التي خوّلت للأفراد حُريّة إختيار القانون الذي يحكم الإلتزامات التعاقدية .

---

[١] سلطان عبد الله محمود الجواري, مرجع سابق, ص ٩٦ -٩٧.

[2] Annie Toubiana,le domaine de la loi du contrat en droit international privé, volume XIV, DALLOZ ,PARIS Ve 1972.

مأخوذ عن سلطان عبد الله محمود الجواري , ص ٩٧.

[٣] سلطان عبد الله محمود الجواري , مرجع سابق, ص ٩٧.

[٤] سلطان عبد الله محمود الجواري, المرجع أعلاه, ص ٩٨ .

يرى " **باتيفول**" [١] أنّه يقتصر دور الإرادة على تركيز العقد في مكان مُعيّن وتطبيق القانون السائد في هذا المكان .

ويقتصر دور الإرادة على تحديد مركز الثقل في العلاقة التعاقدية والتي تخضع على هذا النحو لقانون هذا المركز, وعليه يجب أن يتحدد في كُل قضية على حدة العنصر الأكثر إتصالاً بالعقد, فيكون مركزاً له[٢].

هذه الإنتقادات ووجهات النظر والأخذ والرد كانت نتيجة عدم وجود نص صريح في قوانين بعض الدول على هذه القاعدة وخاصة في فرنسا, إذ ما زال الخلاف الفِقهي والقضائي قائماً فيهما بشأن هذه القاعدة .

إنّ قُدرة الأطراف على إختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي لها عدة تعابير، منها: مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ إستقلال الإرادة ، قانون الإرادة , مبدأ قانون الإرادة .

يرى الأستاذ " **فانسان هوز**" أنّ مبدأ إستقلال الإرادة بأنّها "عقيدة "، أو مُسلَّمة غير قابلة للمناقشة [٣]، وهو يرى بسمو الإرادة الفردية على القانون. وهذا واضح من إشارته الى أنّ القانون الذي يَختاره الأطراف بحسبانه القانون واجب التطبيق على العقد الدولي ليس موضوعه الأساسي حُكم أو تنظيم إتّفاق الأطراف في العقد وإنّما تنحصر مهمته في تكملة هذا الإتّفاق .

ويرى جانبٌ آخر من الفِقهاء مثل الأستاذ " **مايير**"[٤] بسمو القانون على الإرادة, إذ أنّ الأفراد هم الذين يخضعون للقانون وليس القانون هو الذي يخضع للأفراد .

لقد تمّ الخلط بين مصطلحي، حُريّة الإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي وبين مبدأ إستقلال الإرادة . ووفقاً لرأي بعض الفِقهاء فإنّ للعبارتين معنيين مُختلفين، الأولى تعني منح الإرادة القدرة على تحديد قانون دولة ما بحكم وتنظيم العقد الذي أنشأته هذه الإرادة بحيث لا يجوز لها أن تخرج عمّا تمليه القواعد الآمرة في هذا القانون. والثانية لا تمنح الإرادة القدرة على تنظيم نفسها بنفسها دون حاجة الى تدخل قانون ما ليُنظّمها .

---

[١] مأخوذ عن سلطان عبد الله محمود الجواري, المرجع أعلاه, ص ٩٨ .

[٢] حفيظة السيد حداد, **الموجز في القانون الدولي الخاص, الكتاب الأول تنازع القوانين**, منشورات الحلبي الحقوقية, ص ٤٦١.

[٣] مأخوذ عن سلامة فارس عرب ,**العقود الدولية** , كلية الحقوق– جامعة المنوفية , ٢٠١٠ , ص ١٩٦ .

[4] Pierre Mayer; Droit international privé .4éme edition,Paris 1991,N° 5. p. 432 .

مأخوذ كما ورد من سلامة فارس عرب , مرجع سابق , ص ٢٠٠ .

لذلك فإنّه وفي نطاق القانون الدولي الخاص نجد أنّ إستقلال الإرادة هي قاعدة تشريعية وهي مُرادف لحُريّة الإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي .

نستنتج أنّ قاعدة حُريّة الأطراف في إختيار العقد الدولي هي قاعدة ضمن قواعد المنهج التنازعي في القانون الدولي الخاص، بحيث تقوم بإسناد العقد الدولي الى قانون وطني ما ليحكم النزاع الناشيء عن هذا العقد, وبحيث يترك للقاضي الوطني مسألة وضع ضوابط عادلة تكفل تأمين القانون الأوثق صلة بالعقد, وهذا يعني أنّ هناك عدالة تنازعية يتعيّن على كُلِّ مُشرِّع أنّ يأخُذها بعين الإعتبار عند سَنِّه لهذه القواعد [١].

بعد أن عرضنا حُريّة إرادة المُتعاقدين في إختيار قانون العقد فإن التساؤل الذي يُطرح : هل هذه الحُريّة مُطلقة أم مُقيّدة ؟

هناك جانب من الفِقه والتشريع مثل التشريع الفرنسي والدول التي إنضمّت الى إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ لم يشترط أن يكون ثمّة صلة بين العقد والقانون المُختار. بمعنى أن تفويض الإرادة في هذه الحالة، يكون على بياض. وهذا ما نصّت عليه المادة ٣ من إتّفاقية روما لسنة ١٩٨٠ .

بينما نجد إتجاها" آخر للفقه والتشريع الذي يشترط توافر صلة بين العقد والقانون المُختار، ومن ذلك ما قاله الفقيه" **باتيفول** " أنّ إختيار الإرادة لقانون العقد سواءً كان صريحاً أو ضِمنياً ، أمر لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر تركيز العقد ومن شأنه أن يؤدي الى ضرورة أن تكون ثمة صلة موضوعية في هذا الشأن [٢]، ويكتفي أن تكون هذه الصلة نابعة من حاجات المعاملات والتجارة الدولية .

وإذا أردنا أن نُحدد موقف التشريع والفِقه المصري من هذين الإتجاهين، فإنّنا نجد أنه وفقاً للتشريع المصري لا يوجد أي قيد يوجب أن يكون القانون المُختار ذات صلة بالعقد، أما الفِقه فقد أجمع على ضرورة أن يكون هناك صلة بين العقد والقانون المُختار ولكن من الشرط أن يكون القانون المُختار مُتصلاً بالعقد عن طريق أحد عناصره، بأن يكون مثلاً هو قانون جنسية أحد أطراف العقد أو قانون محل إبرامه أو قانون موقع المال أو قانون دولة التنفيذ . وإنّما يكفي أن تأتي هذه الصلة من حاجة المعاملات التجارية الدولية وهو نفس الإتجاه الذي قال به الأستاذ "**باتيفول**".

---

[١] سلامة فارس عرب , مرجع سابق, ص ٢١١ .

[٢] مأخوذ عن عكاشة محمد عبد العال, مرجع سابق, ص ٥٠ .

وقد أعيد طرح هذه المسألة من قبل الفِقه ولكن بصياغة جديدة ، فلم يعد يُستلزم أن تكون الصلة مستوحاة من مصالح التجارة الدولية وإنما يجب أن ينحصر نطاقها في حدود القوانين المُتزاحمة لحكم االرابطة العقدية .

الفقرة الثانية : دَولية العقد .

سبقَ وأشرنا في المقدمة الى أنّه يقتضي لإعمال قاعدة تنازع القوانين أن يكون العقد من عقود المعاملات المالية ذات الصيغة الدولية .

إذ أنّ دَولية العقد هي مسألة أوّلية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص[1]. ذلك أن ما يُميّز العقد الداخلي عن العقد الدولي هو أنّ العقد الداخلي يخضع للقانون الوطني للدولة التي تتصل بها كل عناصره، في حين أنّ العقد الدولي يخضع للقانون الذي تُشير اليه قاعدة الإسناد (الأصلية أو الإحتياطية). فقد يكون هذا القانون قانون القاضي الوطني كما أنّه من المُمكن أن يكون قانونا" أجنبيا" آخر .

يثور التساؤل حول المعيار الذي يتعيّن إعماله من بين المعايير التي إعتنقها الفِقه، للتفرقة بين العقود الداخلية والعقود الدولية. هل يتعيّن تحديد دولية العقد بناءً للمعيار القانوني الذي إعتنقه كُلٌّ من الفِقه والقضاء التقليدي في البداية، أم بناءً للمعيار الإقتصادي الذي أخذ به بعض الشُرّاح وجانب من أحكام القضاء الحديث أم أنّ تحديد دولية العقد تتم من خلال الجمع بين المعيارين السابقين ؟

إنّ مُعظم العقود الدولية تأخذ طابع عقود الإذعان. لأنّ الطرف القوي فيها يسعى دائماً الى فرض العديد من الشروط التعاقدية التي تهدف الى تعظيم حقوقه والإنقاص من إلتزاماته، أو عن طريق إعتماد أسلوب العقود النموذجية والتي أصبحت ظاهرة عابرة في نطاق عقود التجارة الدولية . وهذا ما سيؤدي الى ترك الطرف الضعيف في العقد الدولي ليواجه مُنفرداً ما يمليه عليه الطرف القوي من شروط .

---

[1] هشام علي صادق, **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية** , منشأة المعارف الإسكندرية , ١٩٩٥, ص ٥٠ .

لذلك فالعقد لا يُعَد دوليا" بمجرد أن يتنافس على حُكمه أكثر من نظام قانوني[١]، بل يجب توافر أي من المعيارين القانوني أو الإقتصادي .

يُقصد بالمِعيار الإقتصادي إنتقال القيَم الإقتصادية عبر الحدود، وحركة المدّ والجزر والدخول والخروج للقيَم والثروات في ما بين الدول .

وقد ذهب القضاء الفرنسي[٢] في العديد من أحكامه الى فكرة جديدة مَفادُها أنّ العقد يكون دولياً إذا أخذ في الإعتبار مُقتضيات التجارة الدولية بالمِعيار الإقتصادي في إطار المسائل النقدية وبصفة خاصة في مجال القروض الدولية .

أما المِعيار القانوني فيُقصد به إتصال عناصر الرابطة العقدية بدولة أو أكثر غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع[٣]. إذ يرى بعض الفِقهاء[٤] بأنّ العقد يكون دولياً فيما لو كان متصلاً بالنظام القانوني لأكثر من دولة واحدة, أي فيما لو تضمن عنصراً أجنبياً أو أكثر.

إنّ القائلين بهذا المِعيار، إختلفوا حول الأخذ بين المِعيار القانوني الضيّق أو المِعيار القانوني المُوسّع.

فالمعيار القانوني الضيّق هو معيار نوعي وليس كمّي إذ ليس من شأن كُل عنصر أجنبي موجود في العقد أن يُؤدي الى إضفاء الصفة الأجنبية في العقد، إنّما يجب أنّ يكون هذا العنصر فعّالا" ومؤثرا" وتُصبح في هذه الحالة دُولية العقد نسبية. بمعنى أنّه ما قد يُعَد مؤثراً في علاقة عقدية ما قد لا يُعَد كذلك في أخرى .

---

[١] سلامة فارس عرب , مرجع سابق , ص ١٩٢.

[2] Cour d'appel de Paris (22ᵉch).-20 Juin 1969. Revue critique de droit international privé, année 1969, E.Mezger,p.738.

Cour d'appel de Paris, troisième chambre. -11 Avril 1972. Journal du droit international, Paris,1974.P.620.

[٣] هشام علي صادق , مرجع سابق , ص ٦٠ .

[٤] هشام صادق, القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية, مجلة الدراسات القانونية , العدد الأول, جامعة بيروت العربية , ٢٠٠٤, ص ١٠ .

فقد يحوي العقد عنصر أجنبي غير فعّال ثم يطرأ عليه تغيرات ليُصبح فعّال لأنّ الصفة الدولية يُمكن أن تلحق بالعقد بعد إبرامه [١]، فقد يُبرم العقد ويكون محليا" ثم يطرأ تغيير على عنصر من عناصره فيُصبح العقد دوليا" .

أمّا المِعيار القانوني الواسع، فهو المِعيار الذي يؤدي الى إكتساب الصفة الأجنبية, وبالتالي تطبيق قاعدة تنازع القوانين بمجرد أن يكون أحد عناصر العقد أجنبياً بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر أو طبيعة العقد [٢].

وقد تعرَّض المِعيار الواسع للنقد كونه يتّسم بالجمود لانّه يؤدي الى إعمال أحكام القانون الدولي الخاص بمجرد أن يتوافر في الرابطة العقدية عنصراً أجنبياً وبصرف النظر عن أهمية هذا العنصر أو طبيعة الرابطة المطروحة .

كما ميّز الفقيه " **مايير**"[٣] بين ما أسماه بالدولية الموضوعية من ناحية والدولية الشخصية من ناحية أخرى, مُعتبراً أنّ الدولية الموضوعية تتحقق في ما لو إتّصلت عناصر الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني وذلك بصرف النظر عن الدولة التي طُرح النزاع أمام محاكمها، أمّا الدولية الشخصية فتكون عندما تتمركز كافة العلاقة القانونية في دولة واحدة وإنّما طُرح النزاع بشأنها أمام قضاء دولة أخرى .

وإعتبر أنّه يُشترط لإعمال قاعدة التنازع التي تقضي بتطبيق قانون الإرادة على العقد، أنّ تتَسم الرابطة العقدية بالدولية الموضوعية "مُطلقة "، إذ لا يكفي أن تتَسم العلاقة بالدولية الشخصية أو النسبية .

لذلك، فإنّه وبالمقارنة بين المِعيارين القانوني والإقتصادي، نجد أن الأول أوسع من الثاني. إذ يقتصر المعيار الإقتصادي فقط على عقود المعاملات المالية فيما إذا إتصلت بمصالح التجارة الدولية [٤].

---

[١] هانيا سمير إيعالي, مرجع سابق, ص ١٤ .

[٢] هانيا سمير إيعالي,مرجع سابق, ص ١٣ .

[3] PIERRE MAYER, Droit international privé, 4éme edition, Paris 1991,N°5 p.11 et 12

[٤] هانيا سمير إيعالي, مرجع سابق, ص١٦ .

ولكن بالمقابل يُؤدي المِعيار القانوني الموسّع الى إعتبار العقد دولياً رغم عدم إتصاله بمصالح التجارة الدولية ، مما يدفع بالقاضي ألاّ يكتفي بمثل هذا المعيار عند تقريره الصفة الدولية للعقد ، وإنّما يجب عليه أن يتحقق أيضاً من توفر المِعيار الإقتصادي، ولهذا السبب إتّجه القضاء الفرنسي الحديث [١] للجمع بين المِعيارين الإقتصادي والقانوني[٢] .

بحيث أكّدت المحكمة ضرورة توافر المعياران معاً, فالمعياران يصعب الفصل بينهما. واجتماعهما هو الذي يُجسّد مالياً العنصر الأجنبي في العقد بما يضفي عليه الصفة الدولية.

إنّ النقد الذي وِجّه للمِعيارين القانوني والإقتصادي، دفع البعض[٣] بالقول بإعتماد المِعيار المزدوج، أي المِعيار الذي يكون من خلال الجمع بين المِعيار القانوني الضيّق والذي يقضي بوجود عنصر أجنبي مؤثّر، والمِعيار الإقتصادي الذي يقضي بتعلّق العقد بمصالح التجارة الدولية.

---

[1] Cour d'appel de Toulouse, deuxième chambre civile. – 26 octobre 1982.Journal du droit international,H.Synvet,P.603 .

Cour d'appel de Paris, cinquième chambre.-9 Novembre 1984.,Journal du droit international, E.Loquin. P. 1039.

[٢] مأخوذ عن هانيا سمير إيعالي, مرجع سابق, ص١٦ .

[٣] هشام علي صادق , مرجع سابق, ص ٩٤ – ٩٥ .

المَبحث الثاني : النظريات التي تناولت قانون الإرادة .

إذا كانَ قانون الإرادة هو الحَل لمُشكلة تنازُع القوانين، فقد إختلف الفِقهاء حول ما إذا كانَ إختيار المُتعاقدين لقانون العَقد " مبدأ قانون الإرادة " يَرتَد الى مُطلق سُلطان الإرادة فيَنزل القانون مَنزِلة الشروط التعاقُدية التي يُمكن للمُتعاقدين الإتّفاق على مُخالفتها حتى ولو إتّسمَت بالطابع الآمر(النظرية الشخصية)، أم الى قُوة القانون نفسه الذي مَنحَ الإرادة القُدرة على إختيار قانون العَقد (النظرية الموضوعية) .

سَنتناول في هذا المَبحث النَظرية الشَخصية (فقرَة أولى) والنَظرية المَوضوعية (فقرَة ثانية) .

الفَقَرة الاولى : النَظرية الشَخصية .

يُعتبر" **لوران**" على رأس النَظرية الشَخصية التي تتضمَن فِكرة مَفادُها أنَّ إختيار المُتعاقدين لقانون العَقد يَرجع الى مَبدأ " سُلطان الإرادة " الذي نادى به الفيلسوف " **كانت** " بحيث يرى الأخير أنّ الإرادة سابقة على القانون، وأنّ الحقوق توجد قبل أن يوجد القانون .

وقد تأثر هذا المبدأ بالمَدرسة الفَردية ونِظام الإقتصاد الحُر، كتَعبيرين عن مَبدأ سُلطان الإرادة .

هذا المَبدأ الذي كان يُقدِّس الحُريّة الفَردية ويَسمو بها فوق القانون حتى ولو كان ذلك على حِساب المَصلحة العامة للجَماعة [1]، ويَستمد قوّتهُ من إتفاق الأطَراف على إختيار أحَكامِه لتنظيم الرابطة العقدية، لأنّ قُدرة المُتعاقدين على إختيار قانون العَقد لا يَتُّم بِناءً على قاعِدة من قَواعِد تَنازُع القوانين، وإنّما بناءً لمبدأ " سُلطان الإرادة ".

وبالمُقارنَة بينَ حُريَّة الإرادة في القانون الداخلي، وحُريَّة الإرادة في القانون الدولي الخَاص نَجِد أنَّ النتائِج التي تَترتَب على حُريَّة الإرادة في القانون الداخلي تَكمُن في مَبدأ حُريَّة التعَاقُد،

---

[1] MÉLANGES, Jacques MAURY ,Tome 1 ,Droit international privé et public, Subjectivisme et Objectivisme dans le droit international privé des contrats par H.BATIFFOL DALLOZ & SIREY ,PARIS,p .48.

وإحترِام إرادة المُتعاقدين في تَفسير وتَنفيذ العَقد. وهي مُغايرة للنتائَج التي تَترتَب على حُريَّة الإرادة في القانون الدولي الخَاص، إذْ يَترتَّب على إختيَارِها لقانون العَقد ما يَلي :

- إندِمَاج القانون المُختار في العَقد لتُصبِح أحكَامهُ مُجرَّد شُروط عَقدية يَستطيع المُتعاقدون الإتّفَاق على مَا يُخالفها حتى ولو إتّسمَت بالطابِع الآمر فيَبقى العَقد طَليقاً بِلا قانون يَحكِمَه.
- وعلى هذا الأسَاس تُعامَل أحكام القانون المُختَار سِواءً مِن حَيث إثباتِها، أو من حَيث إمتدَاد رقَابِة المَحكمَة العُليا وقدْ إندمَجَت في العَقد وأصبحَت مُجرَّد شُروط عَقديَة مُعامَلة الوقائِع أمَامَ القضَاء الوطني[1] على تَفسيرهَا,[2] حيث يقَع على عَاتِق الطَرف المُتَمَسِك بحُكم القانون الأجنَبي المُختار عِبء إثباتِه وتَقديم الدَليل على مَضمونِه. على إعتبَار أنَّ القانون لا يُعامَل بوَصفِه قانوناً، وإنّمَا تُعدّ قواعِدِه التي إندمَجَت في العَقد مِن مسَائل الواقِع[3].

إلاَّ أنَّهم لا يَستطيعون الأخَذ بِنصوص القانون المُختَار التي تَتعارَض مع القواعِد الآمِرة في قانون القاضي حَتى ولو لم تَصطدَم بالنِظَام العَام الوطَني على المَعنى المُحَدد لهُ في القانون الدوَلي الخَاص .

مَع الإشارَة الى أنّهُ يَنبغي التَمييز بينَ إندِمَاج القَانون المُختَار في العَقد في حَالة الإرادَة الصَريحَة أو الضِمنية وبينَ سُكوت الإرادَة عنْ تَعيين قانون العَقد حَيث يَصعب في الحالة الأخيرة

---

(1) MĖLANGES, Jacques MAURY ,Tome 1 ,Droit international privé et public, subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats par H.BATIFFOL, DALLOZ & SIREY ,PARIS,p .47.

(٢) رسالة الدكتوراه لهشام صادق, مركز القانون الأجنبي, أمام القضاء الوطني, منشأة المعارف الإسكندرية, ١٩٦٨ بند ٨١ وما بعده .

مأخوذ عن محمود محمد ياقوت, **مدى حُريَّة المُتعاقدين في إختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي**, رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق, كلية الحقوق, جامعة الإسكندرية, ١٩٩٨, ص ٧٤ .

(٣) رسالة ليندا ابراهيم جابر, القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الأجنبي, إشراف حفيظة السيد حداد, محمد سعيد عبد الرحمن, جامعة بيروت العربية, كلية الحقوق والعلوم السياسية, قسم الدراسات العليا, بيروت٢٠١٣ ص ١٣ .

تَصوِّر الإندمَاج, لأنَّنا نَكون أمَام قانون عَيّنه المُشرِّع أو حَددهُ القاضي ليَحكُم الرابِطة العَقدية وليسَ أمَام قانون إختَارتهُ إرادَة المُتعاقدين حَيث تَستطيع الإفلات مِن أحْكامها وإنزالِها مَنزلة الشروط العَقدية .

- كذلك فلا يتقيّد إختيار المُتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد بإشتراط توافر صلة بين هذا القانون وبين العقد[١].
- ويَستند أنصار النظرية الشخصية الى أنّ هناك من الأسباب ما يدفع الأطراف الى إخضاع عقدهم لقانون بلد لا يتصل به العقد بأيّة رابطة ما, منها الرغبة في تجنّب وسائل تدخل الدولة في تنفيذ العقد وتفادي القوانين الخاصة بالرقابة الإقتصادية. وكذلك الرغبة في خضوع العقد لقانون مُحايد لا ينتمي الى قانون دولة أي من الأطراف, لأنّ الخضوع لقانون أحد الأطراف يمنح لهذا المُتعاقد أولوية لا يُمكن إغفالها أخيراً بالرغبة في تطبيق نظام قوي يمكننا العلم بأحكامه مثل المسائل البحرية [٢].

ووِفقاً لهذا الإتجَاه، يَجوز للمُتعاقدين إختيَار قانون إشتهَر بوضِع شروط نَموذجية موحَّدة لنوع مُعيّن مِن العقود مِثل القانون الإنكليزي الذي يُنظِّم بَعض عقود النَقل والتأمين البَحري وتِجارة الحُبوب حَتى ولو لمْ يَكُن هُناكَ صِلة بينَ العَقد والقانون المُختار لأنَّ هذِه الصِلة تَتأَتى مِن حَاجَات التِجارة الدوَلية.

---

[١] وهذا ما جاء في إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ في شأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية حيث لم تتضمن هذه الإتفاقيات أي قيد على مبدأ حُريَّة المُتعاقدين في إختيار قانون العقد , وإن لم تذهب الى حد إندماج القانون المُختار في العقد وإنّما أخضعت هذا الأخير لحكم القانون .

MĖLANGES, Jacques MAURY ,Tome 1 ,Droit international privé et public Subjectivisme et Objectivisme dans le droit international privé des contrats par H.BATIFFOL, DALLOZ & SIREY ,PARIS.

[2] E.COHN, The objective practice on the proper law of contracts. The international and comparative law quarterly 1957.p.373-392.

مأخوذ كما ورد عن منير عبد المجيد, مجلة المحاماة حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية, , العددان الأول والثاني, كانون الثاني وشباط ١٩٩١ , السنة الحادية والسبعون, ص ٤٥.

لا تُقبل الإحالة والتي يَفترض إعمالها أنّ إختصاص القانون المُختار قد تمّ بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع وليس إستناداً الى مُطلق مبدأ سلطان الإرادة .

يؤَدي إندمَاج القانون المُختار في العَقد الى فِقدَان هَذا القانون لصِفتِه القانونية (إرادة إنطباق القانون المُختار)، فيُصبِح عُنصِرا" مِن عَناصِر الواقِع وتتحول أحكامه الى مُجرّد شروط عقدية تكون واجبة التطبيق بصرف النظر عن إرادة القانون المُختار في الانطباق على العلاقة العقدية المطروحة.

إنَّ قانون الإرادَة بوصفِه قاعِدَة مَادية يُمكِن أن يَشمُل بالإضافَة الى القانون الداخلي لدولَة مُعيّنَة الأعرَاف الدولية أو المبادىء العَامة للقانون أيضاً .

إنَّ تطبيق قانون الإرادَة لا يُمكِن أن يُؤّدي الى إختيَار قانون يُبطل تعاقدهم إلاَّ إذا كانَ هَذا الإختيَار بِنَاءً لخَطأ غير مَقصود[١]، حيث أنّ باندماج هذا القانون في العقد يتجرّد من عنصره الآمر القاضي بالبطلان ويصبح شرطاً من شروطه التعاقدية التي لا يتصور أن تؤّدي الى نقض الهدف الذي يسعى اليه المُتعاقدان .

وقد أخَذَ القضَاء الفرنسي بِقَبول إحَالة العقد الى قانون آخَر لا يَقضي تَطبيقَه الى نَفس النَتيجة[٢]، بل ويذهب أيضاً جانب من الفقه الحديث الى رفض إبطال العقد وفقاً لما يقرره القانون المختار لا على أسَاس فِكْرة الإندِمَاج ، وإنَّمَا بهَدَف حِمَاية توقّعات المُتعَاقدين[٣].

إتّفق المُتعاقدون على عَدَم إخْضَاع العِلاقَة التَعَاقديَة لأيَّة تَعديلات تَشريعيَة لاحِقَة قَد تَطرَأ على القانون بَعدَ إبرَام العَقد وَلو كانَت ذاتَ صيغَة آمِرَة ويُسمى هذا الإتفَاق بالشَرط التَعاقُدي الذي

---

(1)Hanotiau – Le droit international.privé americain, Paris – Bruxelles , 1979, p.248.

مأخوذ كما ورد عن محمود محمد ياقوت, **مدى حُريَّة المتعاقدين في إختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي**, رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق, كلية الحقوق, جامعة الإسكندرية,١٩٩٨, ص ٨٠ .

(2)Loussouarn in Annuaire de L'institut de droit international, vol.64,II,1992p.140.

مأخوذ كما ورد عن محمود محمد ياقوت , مرجع سابق, ص ٨٠ .

(3) Claude Ferry ,la validité des contrats en droit international privé , FRANCE/U.S.A. , Paris générale de droit et de jurisprudence ,1989.p.11.

لا يقوى على إبطال العقد [١]. ويكون الهَدف مِن التَجْميد الزمَني لقانون الإرادَة هوَ تَحقيق الإسْتقرَار للرابِطَة العَقديَة، وحِفظْ توقُّعَات الأَفراد حَيثُ إنَّ إختِيارِهم لقانون العَقد قَد إنصَرفَ الى إختِيار هَذا القانون طِبقاً لمَضمونِه الذي كانَ مَوجوداً عليه عِندَ إبرام العَقد، وليسَ طِبقاً لمَضمونِه الجَديد الذي طَرأَ نَتيجةً للتعديلات اللاحِقَة والتي يؤّدي سريانها الى تطبيق قانون آخر بخلاف القانون المُختار[٢].

وفي إطار التحكيم لما كان المحكِّمون يعتَدُّون الى حد كبير بإرادة الأطراف, كان طبيعياً أن يقر التحكيم الدولي حُريَّة إدماج القانون المُختار دون قيد وحرية تعديل هذا الإختيار خلال إجراءات الدعوى وذلك بهدف تحرير عقود التجارة الدولية من سلطان المفاهيم الإقليمية للقوانين الوطنية وإستبعاد مشكلة تنازع القوانين[٣].

وقد كان للبعض[٤] موقف معاكس من الشرط التعاقدي، فمثلاً رفضت المحكمة الإلمانية العُليا مبدأ إتّفاق المُتعاقدين على إستبعاد التعديلات التشريعية اللاحقة في قانون العقد ما لم يتعلق الأمر بالقواعد الإختيارية الجديدة التي تّتسم بالصفة المُكمّلة .

بالرغم من النتائج المُترتّبة عن النظرية الشخصية الاّ أنّها لم تَسلم من النقد, فقد ذهب أنصار المذهب الموضوعي الى أنّ تَرِك الأمر للأطراف لإختيار القانون الذي لا يرتبط بالعقد برابطة قوية يُعد إخلالاً بمبدأ المساواة في المراكز القانونية المُتماثلة , ويُعَد مُدعاة لتحكّم الطرف القوي في الطرف الضعيف .

كما أنّ منطق سلطان الإرادة أو الإدماج , يغفل أنّ الإرادة الحرّة التي تعتبر الأصل في موضوع التصرفات القانونية ليست إلاّ مبادىء حددها المُشرِّع ووضع لها ضوابطها, كما يتجاهل أنّ

---

[١] منير عبد المجيد, حول مفهوم القانون المحدد لمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية, المحاماة, العددان الأول والثاني, مصر, كانون الثاني– شباط ١٩٩١ , ص ٤٥.

[2] MĖLANGES Goldman, Mayer – Le Mythe de " l'ordre juridique de base " ou (Grundlegung) , Paris ,1983, p.206 .

Cour de cassation (Ch. Civ.), 5 December 1910, Revue de Droit Internatuonal Privé et de Droit Pénal international, 1911,P. 395.

[٣] منير عبد المجيد, مرجع أعلاه , ص ٤٨.

[٤] محمود محمد ياقوت, مدى حُريَّة المُتعاقدين في إختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي, ص ١١٥ .

الإرادة الفردية لا تستمد فعاليتها إلاّ من القانون ذاته بل أنّها لا تنتج آثارها إلاّ إذا إعترف بها القانون .

الفقرة الثانية : النظرية الموضوعية .

نتَج عن إطلاق سُلطان الإرادة تحرر العقد من حكم القانون، وتضاءَل تدخل الدولة في حماية الطرف الضعيف أو في تحقيق المصلحة العامة، فسَمَت إرادة الفرد على القانون، الذي إستمّد قوته منها واقتصر دوره على حمايتها [١].

وللحَد من هذا التحرر، وبهدف حماية المصالح العُليا للجماعة، تَدَخلَ المُشرِّع لتنظيم العملية التعاقدية عن طريق فرضه للعديد من القواعد الآمرة التي لا يجوز الخروج عنها. وبالتالي، لم تَعُد هذه الإرادة الفردية حُرّة إلاّ في حدود القانون، الذي تستمد منه سلطانها، فالعقد لا يمكن أن يستند الى فراغ، وإرادة المُتعاقدين لا تستطيع أن تُنشىء نظاماً قانونياً قائماً بذاته. وقاعدة العقد شريعة المُتعاقدين ليست بقاعدة فلسفية وإنّما هي قاعدة قانونية، تستند الى نظام قانوني مُعيّن يُقررها ويضع لها " الضوابط والحدود" [٢].

بخلاف النظرية الشخصية فقد اعترف فِقه القانون الدولي الخاص في النظرية الموضوعية، بدور الإرادة في تعيين القانون واجب التطبيق على العقود وليس في تحرير العقد من سلطان هذا القانون.

وفقاً للنظرية الموضوعية يوجد إتجاهان :

الأول : يعتبر جانب من الفقهاء[٣] أنّ اختيار المُتعاقدين لقانون العقد يتم بناءً لقاعدة مادية

---

[١] محمود محمد ياقوت , مرجع سابق , ص٨٦ .

[2] H. Batiffol– Aspects philosophiques du droit international Privé,Paris,Dalloz,1956. p.99 .

[٣] محمود محمد ياقوت, **حُريَّة المُتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق, دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الإتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص**, منشأة المعارف الإسكندرية , طبعة٢٠٠٠, ص ١٣٠ .

من قواعد القانون الخاص في دولة القاضي، ينزل بمُقتضاها القانون المُختار منزلة الشروط العقدية, وهو وإن كان لا يخضع للأحكام الآمرة في القانون المُختار إلاّ أنّه لا يستطيع مع ذلك الإفلات من حكم القانون وأن يستند الى ذاته، وإنّما هو يخضع للقانون السائد في مركز ثقل الرابطة العقدية والذي لا يستطيع المُتعاقدون مخالفة قواعده الآمرة.

أمّا عن تحديد القانون الأوثق صِلة بالرابطة العقدية، فيتم على أسس موضوعية وبحسب طائفة العقود التي تنتمي اليها الرابطة العقدية موضوع النزاع في ضوء مصالح الدول المُرتبطة بالعقد، وأيضاً مصالح الغير بغَض النظر عن إرادة المُتعاقدين .

فعلى سبيل المثال, تخضع العقود المُتعلّقة بالعقارات لقانون موقع العقار وعقود العمل لقانون دولة التنفيذ وعقود المُعاملات المالية لقانون موطن الأداء المميّز [١]...

أمّا الإتجاه الثاني فيعتبر "**باتيفول** " [٢] من أنصار هذا الإتجاه فهو يرفض أي دور مباشر للإرادة في إختيار قانون العقد. ويعتبر أنّ الإرادة ليست سوى ضابط إسناد يقتصر دورها على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في إطار نظام قانوني مُعيّن يرتبط بها، في ضوء مُقتضيات التعاقد وظروفه وملابساته، فيتم تركيز العوامل المُحيطة بالعقد كونه يُعتبر شيئا" غير ملموس .

---

[١] إنّ نظرية الأداء المُميّز يبدأ دورها في حال سكوت الإرادة عن الإختيار الصريح لقانون العقد, وهي تعني إسناد العقد الى محل التنفيذ المُفترض لهذا الأداء والذي يفترض أن يتم في محل إقامة المدين لهذا الأداء أو في مركز إدارته إذا كان شخصاً إعتبارياً مع الإعتداد بهذا التعيين عند إبرام العقد وهذا التوقيت هو الذي يكفل للمُتعاقدين العلم المُسبق بالقانون الواجب التطبيق وبالتالي يصون توقعاتهم .
ولكن إذا تبيّن للقاضي أن معيار الأداء المميّز لم يقم بدوره من خلال إرتباطه بصلة وثيقة بالعقد أو تعذّر تعيين الأداء المميّز في رابطة معينة فيتم الرجوع في هذه الحالة الإستثنائية للقانون الأكثر تعبيراً عن هذه الصلة التي تشير اليه ظروف التعاقد وملابساتها.

[2] Cour de cassation (ch. Civ .,1re Sect.),– 6 juillet 1959, Revue Critique de droit international privé, Henri Batiffol, p. 708 .

Cour de cassation (1re Ch.civ.), - 25 Mars 1980 , Revue critique de droit international privé, Annee 1980 , Henri Batiffol, P.576.

Cour de cassation (1re Ch. Civ.). – 25 Octobre 1989, Revue critique de droit international privé.

Cour de cassation (1re Ch. Civ.). – 25 Octobre 1990, Patrick Courbe , p.732.

وبإجراء مُقارنة بين نظرية التركيز الموضوعي ونظرية الأداء المميّز , نجد أنّ الأخيرة تحدد بشكل مُسبق , أما الأولى فتحدد لكل حالة على حدة .

ماذا يعني التركيز ؟

هو نتاج جُملة من الشواهد التي تُترجم إرتباط العقد بنظام قانوني مُعيّن، وهي تعني إقامة الصِلة بين العقد والنظام القانوني بما يجعل هذا الأخير صاحب الأهلية لحكم هذا العقد [١].

فالعقد تُحيط به أحداث خارجية تلعب فيه الإرادة دور كبير في تجميع تحديد هذه الأحداث وترجيحها على غيرها ومن ثم توطينها وتركيزها في دولة أو في أخرى[٢]. و بالتالي تحديد مقر العقد الذي يعيّنه القاضي بإعتباره القانون واجب التطبيق على الرابطة العقدية والذي يشكل مركز الثقل فيها[٣]، فمتى تمّ تركيز العقد في مكان مُعيّن سرى عليه قانون هذا المكان. فلا ينصرف إختيار الأفراد للقانون واجب التطبيق، وإنّما ينصرف الى تحديد مقر العقد .

كما ويضيف " **باتيفول** "[٤] أنّه في حال لم تعبّر إرادة المُتعاقدين الصريحة أو الضِمنية عن القانون الأقرب صِلة بالرابطة العقدية ، يستطيع القاضي أن يتدخل ويصحح إختيار المُتعاقدين .

فالتركيز يقوم على محورين :

الأول أنّ الأطراف يركّزون عقدهم – والثاني أنّ القاضي يستخلص القانون واجب التطبيق من خلال إمارات عدة منها ما هو خارج عن تكوين العقد ومنها ما هو متصل بعناصر تكوينه .

يرى الأستاذ " **باتيفول**" أنّ إتّفاق الأطراف الصريح على اختيار قانون مُعيّن يَندرج أيضاً بين هذه المؤشرات الدالة على التركيز وإن كان يُعَد عنصراً أساسياً وجوهرياً في الكثير من الحالات ،

---

[١] عكاشة محمد عبد العال, مرجع سابق, ص٢٢.

[٢] محمود محمد ياقوت , **حُريَّة المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق, دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الإتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص**, منشأة المعارف الإسكندرية , طبعة ٢٠٠٠, ص١٣٧ .

[3] Louis – P. Lucas– La libérté contractuelle en droit international privé francais, Melanges Dabin, t.II,1963,p.743 et s.

مأخوذ عن محمود محمد ياقوت, المرجع أعلاه , ص ١٣٧.

[٤] مأخوذ من محمود محمد ياقوت , مرجع أعلاه, ص ١٤١ .

لأن مثل هذا لا يجعل بذاته القانون المُختار قانوناً واجب التطبيق [١].

لكن الحل المُترتّب على إعمال نظرية التركيز يبقى واحداً سواءً أكان الإتّفاق على تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي صريحاً أم لا[٢]، إذ يقوم القاضي بإستخلاص هذا التركيز.

إلاّ أنّ نظرية " **باتيفول**" شكّلت خرقاً لقاعدة الإسناد المُستقرة في التشريعات الحديثة والتي تخوّل المُتعاقدين حق إختيار قانون العقد .

يُعتبَر" **سافيتي**" [٣] أول من نادى بضرورة تحليل العلاقات القانونية موضوع النزاع تحليلاً دقيقاً حتى يتَسنى تركيزها في مكان مُعيّن، فإذا ما عُرف هذا المكان أمكن إسنادها الى القانون السائد في هذا المركز بوصفه أكثر القوانين المُتنازعة مُلاءمةً لحكمه، وبالتالي فإنّ البطلان الذي يتقرر طِبقاً لهذا القانون يكون له ما يُبرره، وتتحدد وحدة القانون واجب التطبيق على العملية العقدية في جُملتها، وذلك لأنّ المكان الذي تتمركز فيه المصالح يكون دائماً واحداً, كما يخضع كل عقد لقانون مُعيّن ويبقى أنّه لا مجال لنظرية الغش نحو القانون ولا تثور مشكلة الإحالة في معرض هذه النَظرية .

على خلاف النظرية الشخصية فإنّ خضوع العقد لقانون الإرادة وفقاً لقاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي يترتّب عنها النتائج الآتية :

– عدم إمكانية الخروج عن الأحكام الآمرة لهذا القانون وضرورة إحترام أحكامه وقواعده القانونية الآمرة وذلك بخلاف القواعد المُكمّلة والمُفسِّرة في هذا القانون والتي يُمكن مخالفتها في حال تضمنت ما يتعارض مع النظام العام الوطني وفقاً لمعناه المُعتاد عليه في فِقه القانون الدولي الخاص [٤].

– يطبق هذا القانون حتى ولو أدى الى إبطال العقد بإعتبار أنّها إرادة المُتعاقدين .
– إشتراط توافر صِلة بين العقد والقانون المُختار.

---

[١] عكاشة محمد عبد العال, مرجع سابق , ص٢١.

[٢] عكاشة محمد عبد العال, مرجع سابق , ص ٢٢ .

[٣] مأخوذ عن سلطان عبد الله محمود الجواري, مرجع سابق, ص ١١٢.

[٤] هشام علي صادق , مرجع سابق, ص ٨٦.

الإعتداد بالتعديلات التي تطرأ على القانون المُختار بحيث تصبح جزءاً لا يتجزأ منه وذات طبيعة قانونية آمرة، ولا يحق للمُتعاقدين إستبعادها إلاّ إذا إتّسمَت بالصفة المُكمّلة [١].

قبول الإحالة وذلك خلافاً لما هو سائد في نظرية الإحالة في مادة العقود [٢].

" حكم محكمة النقض الفرنسية في ٩ أيلول ١٩٦٠, بحيث أنّ الأطراف كانوا قد إختاروا القانون التشيكوسلوفاكي, لحُكم علاقة عمل تمثيل تجاري بين ممثل تجاري ومشروع تشيكوسلوفاكي, وكان الممثل التجاري يُمارس نشاطه في فرنسا, حيث كان يتوطن بها أيضاً. ورغم الإختيار الصريح للقانون التشيكوسلوفاكي من جانب الأطراف, فقد إستبعدته المحكمة, وطبّقت القانون الفرنسي بوصفه قانون مكان التنفيذ, أي مكان مركز علاقة العمل" [٣].

وفي الخاتمة، لا بد من التطرق للنظرية المزدوجة التي جمعت بين النظريتين الشخصية والموضوعية لجهة حُريّة الأطراف في إختيار القانون واجب التطبيق على العلاقة العقدية من ناحية وبين إخضاع العلاقة العقدية لقانون مركز العلاقة أي قانون الدولة التي تتركز فيها العلاقة العقدية.

تقوم النظرية الإزدواجية على وضعين :

الأول وهو الوضع الذي يتّفق فيه الأطراف صراحةً على إخضاع رابطتهم العقدية لحكم قانون مُعيّن، أما الثاني فهو الإختيار الضِمني أو المُفترض أو حالة عدم الإختيار النهائي.

ففي الحالة الأولى لا تُعمل فكرة التركيز ويُطبّق القانون المُختار وفقاً للإرادة الصريحة ويتعيّن على القاضي أو المُحكّم أن يُطبّق حُكم هذا الإختيار مع الإحتفاظ بخصوصية بعض المسائل المُتعلّقة بشكل التصرّف والمسائل الخاصة بالأهلية والقواعد المُتعلّقة بالحقوق العينية والمسائل المُعتبرة من قوانين البوليس ذات التطبيق الضروري(النظام العام).

أمّا في الحالة الثانية أي حالة الإختيار الضِمني والمُفترض والحالة التي لا يوجد فيها إختيار تماماً فتسترد نظرية التركيز الموضوعي عافيتها, ويتدخل القاضي للبحث عن المؤّشرات التي تدله

---

[١] هانيا سمير ايعالي, مرجع سابق , ص ٢٦.

[٢] سامي منصور, "الإحالة كمبدأ نظرية يفرضها المنطق القانوني, تعليق على القرار الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٤/٢٤", العدل, السنة الثلاثون, ١٩٩٦, ص ٥٨ .

[3] Cour de cassation .soc.9 December 1960, J.C.P. 1961, II. 12029, Note Simon Deptre. P. 12029.

على القانون واجب التطبيق من خلال البحث في الظروف والمُلابسات المحيطة بالتعاقد وهو ما يُسمّى بتركيز العقد بقانون الدولة الأكثر إتصالاً بالعلاقة التعاقدية المطروحة .

الفصل الثاني: أشكال التعبير عن قانون الإرادة والإستثناءات التي تطاله.

بما أنّ قانون الإرادة هو القانون المُطبّق على غالبية العقود الدولية إلاّ إنّ هذا القانون يُعبّر عنه بطُرق عدة ويرد عليه عدد من الإستثناءات .

سنتناول في هذا الفصل الإشكاليات التالية: ما هي أشكال التعبير عن قانون الإرادة ؟ وماذا يكون الحكم لو إصطنع المُتعاقدان خلافاً للحقيقة العنصر الأجنبي في العقد لتوفير صِلة بينه وبين قانون يختارانه لحكمه ؟ ماذا يكون الحكم كذلك فيما لو اتضح أنّ قانونا" آخر يتعارض مع النظام العام في قانون دولة القاضي ؟

سنُقسم هذا الفصل الى مبحثين: الأول يتعلق بأشكال التعبير عن قانون الإرادة والثاني الإستثناءات التي ترد عليه .

المبحث الأول : أشكال التعبير عن قانون الإرادة .

هناك طريقتان يتم من خلالها التعبير عن الإرادة في العقود الدولية وهما :

الإرادة الصريحة والإرادة الضِمنية(فقرة أولى), تقابلهما الإرادة المُفترضة التي يفرض فيها القاضي قانون مُعيّن على المُتعاقدين وذلك في الحالة التي يتعذّر فيها تعيين الإرادة الضِمنية (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الإرادة الصريحة والإرادة الضِمنية.

تعني الإرادة الصريحة أن يكون ثمّة إتّفاق صريح بين أطراف العقد على إخضاع عقدهم لقانون مُعيّن فيُلزم القاضي بإعمال الإختيار الذي إتّفق عليه الأطراف طالما لم يكن ثمّة غش نحو القانون وطالما توافرت صِلة جديّة ومشروعة بين العقد والقانون المُختار[١].

ولأطراف العقد الحُريَّة المُطلقة في إختيار قانون مُعيّن ليحكم عقدهم, وهذا ما يتّفق مع قاعدة الإسناد المُجمَع عليها لدى الفِقه والقضاء والمُنظمة لدى أغلب التشريعات[٢] والإتّفاقيات الدولية[٣].

- في الفِقه :

بالرغم من هذا الإجماع فقد انقسم الفِقه الى قسمين :

الأول[٤]: والذي يأخذ بضرورة التعيين الصريح للقانون واجب التطبيق مُستنداً في ذلك الى الواقع العملي للعقود الدولية، والتي تشير بإحتوائها لبند مُعيّن يُعد بمثابة احترام لإرادة الأطراف واستجابتهم للدعوة الموجّهة اليهم من قبل قاعدة التنازع بأن يختاروا صراحةً القانون واجب التطبيق على عقدهم إضافة الى ذلك فإنّ هذا التعيين يتَّفق ومصالح المُتعاقدين ويحميها .

---

(١) عكاشة محمد عبد العال, مرجع سابق , ص ٤٣ .

(٢) المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ و المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨:"... هذا ما لم يتفق المُتعاقدان أو يتبين من الظروف أنّ قانوناً آخر مُراد تطبيقه".

(٣) ممدوح عبد الكريم, القانون الدولي الخاص, عمان – الأردن, ١٩٩٩, ص ١٦٧, مأخوذ عن سلطان عبد الله الجواري, مرجع سابق, ص ١٠٠.

(٤) Niboyet تعليق على حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في ١٩٣٢/٥/١٣, قضية فرنسا ضد أرملة كراتيودوري Sirey تاريخ ١٩٣٣/١/١٧, مأخوذ عن ليندا ابراهيم جابر, مرجع سابق , ص ٢٣.

يضيف أنصار هذا الإتجاه, أنّه يجب على الأفراد تحديد القانون واجب التطبيق على عقدهم صراحةً في بنود العقد, وأن يتضمن العقد شرطاً يُلزم أطراف العقد الإلكتروني بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية المُتعلّقة بهم لاسيما العنوان الجغرافي, وفي حال عدم إلتزام أطراف العقد بهذا الشرط يُمكن للطرف الضعيف عند حدوث نزاع أن يقوم برفع دعواه أمام محاكم موطنه, أو محل إقامته.

أما الآخر[١]، فيُعطي الحق للقاضي بعدم الإعتداد بالقانون المُختار صراحةً من قبل المُتعاقدين، إذ لا يجوز الإنجراف وراء إرادة الأطراف ورغباتهم غير المشروعة، لذلك فيتوجّب عليه أن يُطبّق القانون الأكثر صِلة بالعقد.

تجدر الإشارة بأنّه توجد أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة فيها تعبيراً صريحاً فلا يُكتفى بالتعبير الضِمني وهي أحوال يُراد بها عادة تنبيه العاقد قبل التعاقد الى وجه الخطر في ما هو مُقدِم عليه. فلا يُبرم العقد إلاّ بعد التروّي وبعد أن تصدر منه إرادة صريحة[٢] .

إضافةً الى ذلك فهناك نوع مُعيّن من العقود التي تتضمن مادة خاصة أو بنداً "مُعيّناً" يُحدد القانون واجب التطبيق, ومن هذه العقود، عقود البيع النموذجية التي وضعها إتحاد المطاط وجمعية تجارة الحبوب في لندن[٣].

أمّا الفِقه في لبنان فقد إنقسم الى قسمين:

الأول[٤] يرى ضرورة أن يكون الإختيار صريحا"، إذ أنّه في حالة عدم إختيار الصريح فإنّ ذلك سيؤدّي الى تدخل المُحكّمين والقاضي لإعمال القواعد القانونية المُناسبة لحل النِزاع .

ليس بإستطاعة القاضي أن يحلّ محل المُتعاقدين في وضع مفهوم للعقد. بل إنّ ما يَستظهره من النص يجب أن يكون عاكساً لإرادتهما المُفترضة وما هو مُنطبق على روح العقد والغرض منه, على ما جاء في المادة ٣٦٧ من قانون الموجبات والعقود.[١]

---

[١] هشام علي صادق , مرجع سابق , ص ١٩٠ .

[٢]عكاشة محمد عبد العال,مرجع سابق, ص٤١ .

[٣] سلطان عبد الله محمود الجواري, مرجع سابق , ص ١٠١ .

[٤] إدوار عيد, موسوعة أصول المُحاكمات المدنية, جزء ١٢, (التحكيم), مطبعة نمنم, بيروت ١٩٨٩, ص ١٠٩.

أمّا القسم الثاني فقد اتجه بنفس المنحى الذي أخذت به التشريعات الوطنية [٢] والإتّفاقات الدولية [٣] ذات الصلة والتي أكدت على ضرورة البحث عن الإرادة الضِمنية وذلك عند غياب الإختيار، مبررة ذلك لسببين:

الأول أنّ نص المادة ٨١٣ من قانون الأصول المحاكمات المدنية[٤] لا يُشترط أن يكون الإختيار صريحاً, وإلاّ لكان المُشترع قد نصَّ على ذلك بصراحة كما فعل في المادة ١٠٥٩ موجبات وعقود[٥] والتي تنُص على: " أنّ الكفالة لا تُقدر تقديراً بل يجب أن تتجلى إرادة التكفّل من الصك صراحةً ، أمّا إذا لم يفعل فإنّ ذلك لا يمنع من أنّ يكون الإختيار ضِمنياً ".

أمّا السبب الثاني فيعود الى عدم إيراد شرط الصراحة في النص الذي ينسجم مع مبدأ رضائية العقود المُكرّسة في المادة ١٧٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني والتي تنص على إنّ الرضى هو الصلب والركن لكل إتّفاق .

بالرغم من ذلك، فقد لاقت الإرادة الضِمنية بعض النقد، إذ يعتبر بعض الفِقهاء أنّه طالما لم يتم وضع قيود تكشف عن الإختيار الضِمني، فهي تعمد في نهاية المطاف على تفسير القاضي وسلطانه المُطلق مما يؤدّي الى الإخلال بتوقّعات الأطراف ، لذلك يجب أن يرد قيد على الإرادة الضِمنية أي أن يتبيّن من الظروف التي تحيط بالعقد أو من النصوص المُدرجة فيه رغبة الأطراف بصورة مؤقّتة ولا تدع مجالاً للشك بأنّهم يقصدون الى تطبيق قانون مُعيّن .

---

[١] مصطفى العوجي, القانون المدني, الجزء الأول, مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع, بيروت, لبنان, ص ١٠٣.

[٢] المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨, المادة ١/٢٠ من القانون المدني السوري (المرسوم الإشتراعي رقم ٨٤ تاريخ ١٩٤٩/٥/١٨), المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

[٣] المادة ١/٣ من إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ " يُحكم العقد بالقانون المُختار من جانب الأطراف ويجب أن يكون هذا الإختيار صريحاً أو مستخلصاً بصورة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد ".

[٤] المادة ٨١٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد: "يفصل المُحكّم وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم, والاّ فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة, وهو يعتد في جميع هذه الأحوال بالأعراف التجارية".

[٥] المادة ١٠٥٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ١٩٣٢/٣/٩ وتعديلاته, منشورات زين الحقوقية.

ويرى جانب من الفِقه[1] حاجة الإرادة الضِمنية الى وسيلة لضبط مضمونها، إذ أنّ الإرادة في ذاتها شيء مخفي وأداة للكشف عنها وإظهارها للحيّز الخارجي يكون بالتعبير عنها. لذلك وما دامت الإرادة عملاً نفسياً فلا يعلم بها من الناس إلاّ أصحابها ولا يعلم بها الغير إلاّ إذا عُبِّر عنها بأحد مظاهر التعبير.

لكن التساؤل الذي يُطرح، هل من الضرورة أن تكون الإرادة الضِمنية إرادة مؤكدة لا تدع مجالاً للشك في الكشف عنها ؟

هناك إتجاهان :

الأول يَشترط أن تكون الإرادة الضِمنية فيه إرادة مؤكّدة، ومن هذه التشريعات من يتطلب أن يكون الكشف عن هذه الإرادة المؤكّدة منسباً من " عبارات التصرف ذاته " ومنها من يسوّي بين أن تظهر الإرادة المؤكدة من " عبارات العقد أو من ظروف المُنازعة " وهو الحل الذي أخذت به المادة ١/٢٧ من القانون الإلماني[2] والمادة ١/٣و٢ من إتّفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، إضافة الى التشريعات التي نقلت الى قوانينها الداخلية نصوص هذه الإتّفاقية، وتلك التي أصبحت الإتّفاقية نافذة فيها مثل (فرنسا، إيطاليا، الدانمرك، المملكة المتحدة ...) .

كما جاء في إتّفاقية لاهاي المُتعلّقة ببيع المنقولات المادية لسنة ١٩٥٥ والتي تتطلب أن يتولد الإختيار الضِمني بطريقة لا تثير أدنى شك. وإتّفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦ المُتعلّقة بالبيع الدولي للبضائع والتي يجب أن يكون الإختيار فيها متولداً بصورة واضحة من عبارات العقد أو من مسلك الأطراف .

أمّا الإتجاه الثاني فهو الذي يرفض الإختيار معتبراً أنّ الصعوبات التي تحيط بالكشف عنه قد تفتح الطريق أمام القاضي أو المُحكّم للقول بحلول لم تقصدها إرادة المُتعاقدين. وفما يلي أمثلة عن الإرادة الضِمنية :

---

(١) عكاشة محمد عبد العال, مرجع سابق, ص ٤٠و٤٢.

(٢) عكاشة محمد عبد العال, مرجع سابق , ص٤٣ .

- رجوع المُتعاقدين في تنظيم عقدهم الى عقد نموذجي, فعلى سبيل المِثال في حال كان العقد من عقود التجارة الإلكترونية أي العقود التي ينتفي فيها مجلس العقد ويصبح إفتراضي, نطبّق قانون المكان المنصوص عليه في العقد.
- إفراغ المُتعاقدين عقدهم في تنظيم مُعيّن غير معروف إلاّ في نظام قانوني محدد كأنّ يكون في صورة TRUST المعروف في القانون الإنكليزي ، فهنا من الممكن أن تكون الإرادة الضِمنية مُتجهة لتطبيق القانون الإنكليزي .

إذا كان العقد على إتصال بقانون أكثر من دولة في نفس الوقت وكان إحداها يقضي بإعتبار العقد صحيحاً بعكس القوانين الأخرى التي تقضي ببطلانه ، فإنّ إعتبارات التجارة الدولية تجعل الباحث مُطمَئناً الى حمل نيّة الأطراف الضِمنية المؤكّدة على إختيار قانون الدولة الأولى .

– في التشريع الدولي:

وقد نصَّت على ذلك العديد من التشريعات، منها الفقرة الثانية من المادة ١١٦ من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧[١] والتي نصت على ما يلي :

" إنّ إختيار القانون يمكن إجراؤه أو تعديله في أي وقت إذا كان لاحقاً على إبرام العقد فيرتّد أثره الى لحظة إبرام العقد ".

فقد يحدث في بعض الأحيان بالنسبة للعقود المُمتدة أن يتحول مركز ثقل العقد من دولة الى أخرى وهو أمر يصعب التِنبؤ به عند إبرام العقد، وهو ما يفرض إعادة النظر في القانون واجب التطبيق .

ويُمكن أن يكون الإتفاق السريع بسند إلكتروني وفي هذه الحالة يجب للإعتداد بهذا السند،

[١] أحمد عبد الكريم سلامه , مرجع سابق , ص ٨٤.

أن يُحفظ مضمونه على جهاز المُتعاقد بصورة دائمة يضمن سلامتها[١].

ويتوافر الإختيار الصريح في مجال عقود التجارة الإلكترونية عن طريق توافق إرادة الطرفين بواسطة تبادل الرسائل الإلكترونية التي تفيد اختيارهم لقانون دولة ما لحكم العقد.

إذا لم يكُن ثمّة إرادة صريحة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد ولا يُمكن معرفة ذلك من نصوص العقد والظروف المُحيطة به، عن إتجاه هذه الإرادة، وإذا تعذر ذلك نلجأ الى مؤّشرات بديلة مثل تحرير العقد بلغة مُعيّنة أو الى توطين العقد أي تركيزه في مكان يرتبط به العقد موضوعياً وينتج فيه غالبية آثاره بإعتباره الأنسب لحكم المُنازعة المُترتبة عليه .

على صعيد القضاء[٢]، فقد إعتبر القضاء أنّه عندما يتصل العقد بقانون دولتين في نفس الوقت، وكان قانون إحداهما يتضمن أحكاما" تنظّم هذا النوع من العقود خلافاً لقانون الدولة الأخرى والذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام، يبدو من المنطق تطبيق قانون الدولة الأولى بوصفه قانون الإرادة .أما القضاء اللبناني فقد أصدر العديد من الأحكام التي أخذت بالإرادة الضمنية.[٣]

---

[١] الياس ناصيف, **العقود الدولية, العقد الإلكتروني في القانون المقارن**, منشورات الحلبي الحقوقية, طبعة ٢٠٠٩, ص٣٢١.

[٢] حكم لمحكمة الرباط, الصادر بتاريخ ١٩٢٠/٤/١٣, مأخوذ عن سلطان عبد الله محمود الجواري , مرجع سابق, ص ١٠٦.

[٣] محكمة التمييز, قرارات نهائية, غرفة ثالثة, قرار رقم ٤٦ تاريخ ١٩٦٨/٣/١٤, مارون/ عبود, باز, ١٩٦٨, المجموعة السادسة عشر, ص٤١١,..." وبما أنّه طالما أنّ الطرفين لم يعينا في عقد البيع الموّقع منهما في أوستراليا, القانون الذي يحكم أساس هذا العقد, فيجب الرجوع الى مجمل الظروف المُتعلّقة بهذا العقد لتحديد القانون الذي إنصرفت اليه نيّة الطرفين الى تطبيقه بشأنه."

- محكمة الإستئناف البقاع المدنية, قرار رقم ٥٦ تاريخ ١٩٥٩/٩/٢, النشرة القضائية ١٩٥٩ عدد ٢, ص٤٤٥ -٤٤٦... " إنّ القانون الذي يطبق على العقود العقارية, هو محل وجود العقارات, إذا لم يختر المُتعاقدون صراحةً قانوناً آخر يرعى عقودهم".
- محكمة التمييز المدنية الثانية, قرار رقم ٦٦ تاريخ ١٩٦٢/١٠/٣٠, النشرة القضائية اللبنانية , ١٩٦٢, الطبعة الثانية, ..." إعتبرت محكمة الإستئناف أنّ القانون الذي يُطبّق على عقد أنشئ في لبنان, هو القانون اللبناني لا القانون المصري, معتمدة في ذلك على إرادة الفريقين الضِمنية "... =

= – محكمة التمييز– الغرفة الثالثة, قرار رقم ٤٦ تاريخ ١٩٦٨/٣/٤, النشرة القضائية اللبنانية, تموز ١٩٦٨, ص ٨١٢ "... إذا كان المُتعاقدون لم يعيّنوا صراحةً في العقد القانون الذي يحكم أساس هذا العقد يعود

- في الإتّفاقات الدولية :

نصّت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من معاهدة روما لعام ١٩٨٠[١] بأنّ العقد يحكمه القانون الذي إختاره الأطراف. وهذا الإختيار يجب أن يكون صريحاً أو يُستخلص بطريقة مؤكّدة من نصوص العقد, أو ظروف القضية, وبموجب هذا الإختيار يكون للطرفين تعيين القانون واجب التطبيق على العقد بأجمعه أو جزء منه فقط .

وهذا ما أكّدته المادة ١٩ من إتّفاقية روما (١)[٢] لعام ٢٠٠٨ والفقرة الأولى من المادة السابعة من إتّفاقية لاهاي بشأن عقود بيع البضائع الدَولي[٣].

للقاضي أن يستند الى مجمل الظروف المُتعلّقة بالعقد لتحديد القانون الذي إنصرفت نيّة المُتعاقدين الى تطبيقه بشأنه ,... وبما أنّه من مراجعة نص العقد, يتبيّن أن الطرفان قد عمَدَ كلٌّ منهما الى توكيل وكيل عنه مقيم في لبنان كي يقوم بجميع المعاملات الرسمية لتنفيذ هذا العقد, ... وبما أنّ الطرفين المُتعاقدين قد عزما إذاً عند تنظيم العقد الى إعطائه الصيغة النهائية التي تجعله منتجاً لأثاره وذلك بإخضاعه للتسجيل وفقاً للقانون اللبناني, وقد أكدا ذلك في نص العقد نفسه, مما يدل دلالة واضحة على أنّهما قد أرادا منذ تحرير العقد جعل القانون اللبناني مُنطبقاً عليه من حيث الشروط التي تجعله صحيحاً ومُنتجاً لأثاره... ".

[1] Article3, Rome Convention on the law applicable to contractual obligations 1980.(consolidated version) Official Journal C 027 , 26/01/1998 P. 0034 – 0046.

1-A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract.

[2] Article 3 Regulation (EC) N°593/2008 of the european and of the council of 17 June 2008, on the law applicable to contractual obligations (Rome I).Official Journal of the European Union , 4.7.2008.

A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case.

[3] Article 7(1) Hague convention on the law applicable to international sale of goods 1986.

والأصل أنّ يتم الإتّفاق على اختيار قانون العقد الدَولي لحظة إبرام العقد، كما يُمكن أن يتم هذا الإتّفاق في ما بعد وحتى عند نشوب النِزاع بين أطرافه، وكل ذلك دون الإضرار بحقوق الغير حَسني النيّة والذين بنوا توقعاتهم على القانون الأول المُراد العدول عنه [١].

الفقرة الثانية: الإرادة المُفترضة .

يقوم القاضي في حالة الإرادة المُفترضة بتعيين ما كان يمكن أن يقصده المُتعاقدان دون أن يُفسّر العقد للتعرّف على ما قصده المُتعاقدان، أو بعبارة أخرى فهو لا يبحث عن إرادة للمُتعاقدين موجودة فعلاً وإنّ كانت ضِمنية .

بل يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلاً ويقوم على قرائن مُستمدة من ظروف العقد، وهي ما أطلق عليها الإرادة المفروضة .

فإذا إنعدمت الإرادتان الصريحة والضِمنية فلا يحق للقاضي أن يختصر الطريق ويطبّق قانونه الوطني أو يرفض الفصل في النزاع، وإنّما يتعيّن عليه أن يجتهد للوصول الى تحديد قانون العقد إذ يتعيّن عليه البحث على القانون الذي يرتبط به العقد الإلكتروني بالقانون الأوثق أو الرابطة الجدّية.

ويتميّز الإسناد الى قانون الدولة التي يوجد فيها المَدين بالأداء المُميّز في العقد، محل إقامته المعتادة ببساطة، ويتجاوز المشاكل التي قد يثيرها إعمال قانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد، خاصةً إذا كان هذا التنفيذ يتم في العديد من الدول على قدم المساواة [٢].

وتحديد ما هو المقصود بالأداء المُميّز في العقد، لا يثير صعوبة إذ يتم تحديد الآداء المُميّز وفقاً لكل طائفة من العقود آخذاً في الإعتبار بطبيعتها الخاصة .

---

a contract of a sale is governed by the law chosen by the parties .the parties agreement on this choice must be express.....

[١] أحمد عبد الكريم سلامة, مرجع سابق, ص ٨٤ .

[٢] حفيظة السيد حداد , مرجع سابق , ص ٤٧٦ .

تصدى القانون الدولي الخاص السويسري الجديد في المادة ١١٧ فقرة ثانية, لتحديد ما هو المقصود بالأداء المُميّز بالنسبة لبعض العقود إذ اعتبر أداءً مُميّزاً في العقود التالية :

أ – أداء ناقل الملكية في عقود نقل الملكية .

ب – أداء المُعير في عقود عارية الإستعمال التي تقع على أي شيء أو حق .

ج – أداء الخدمة في عقد الوكالة أو عقد المقاولة أو أيّة عقود أخرى موضوعها آداء خدمة.

د – أداء المودع لديه في عقد الوديعة .

هـ – أداء الضامن والكفيل في عقود الضمان والكفالة .

وهذا ما جاء في المادة ٤ فقرة أولى من إتّفاقية روما لسنة ١٩٨٠ التي تُعتَبر القانون الوضعي في دول الإتحاد الأوروبي[١].

وعلى صعيد القضاء, فيُمكننا أخذ القضاء الألماني[٢] كمثال للجمع بين الإرادة الضِمنية والإرادة المُفترضة .

---

[١] " إذا كان القانون واجب التطبيق على العقد لم يتم إختياره وفقاً للمادة ٣, فإنّ العقد سيكون محكوماً بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد بالإرتباط الأوثق . ومع ذلك فإذا كان جزء من العقد الذي يمكن فصله عن بقية الأجزاء أوثق إتصالاً ببلد آخر, فيطبق قانون هذا البلد على هذا الجزء "

كما ونصت المادة ٤ ف٢ من إتّفاقية روما لسنة ١٩٨٠:... " يفترض أنّ للعقد الصِلات الأكثر وثوقاً مع الدولة التي يوجد للشخص المدين بالأداء المُميّز في العقد, لحظة إبرام العقد محل إقامته المعتاد ".

[2] Mahmoud Kamel,the law applicable to international contracts in private international law,revue egyptienne de droit international, volume12 (tome II),1956 (second semester) p.9.

The COURT OF THE German Empire takes into considerations:

1- The will of the parties explicit or conclusive,

2- Their presumed will,=

= 3- The place of erformance,

Indeed in a judgement of 1st February 1952 , given by the new high court of the Federal German Republic, regarding the implicit will, we read:

أمّا معاهدة لاهاي المؤرّخة في ١٥ حزيران سنة ١٩٥٥ والمُتعلّقة ببيع المنقول، فتعتد في المادة ٣ منها بقانون موطن البائع المُعتاد أو مقر شركته، التي تلقّت الطلب كقاعدتي إسناد، يتمّ اللجوء اليهما في حالة عدم تحديد قانون واجب التطبيق من قبل المُتعاقدين .

من القرائن الدالة على الإرادة المفروضة :

محل تكوين العقد، محل تنفيذ العقد، الموطن المُشترك أو مركز الأعمال المُشترك، الجنسية المُشتركة للمُتعاقدين .

جميع هذه القرائن إختلف الفقهاء حول إعتبارها إمّا قرينة على الإرادة المفروضة أو دليلاً تُستقى منه الإرادة الضِمنية [١].

"In this respect it is not a question of seeking out the hypothetical and subjective conception of the parties but of appreaciating reasonably the interest on a purely objective bases ; this appreaciation must be made by the judge in the light of the circumstances existing at the time of the revalorization . The seeking out of the hypothetical will of the subjective conception means nothing else than the seeking out of the nearest point of connection in the above mentioned sense ".

[١] عزالدين عبد الله, القانون الدولي الخاص مرجع سابق , ص ٤٠٥.

المبحث الثاني : الإستثناءات التي تَرد على قانون الإرادة .

إنّ المُستهلك كطرف ضعيف لا بد من حمايته , من هنا برزت عدة قوانين كانت الغاية منها حماية المُستهلك, كما سعى البعض نحو إستعمال بعض وسائل الغش والتحايل نحو القانون.

الفقرة الأولى: قانون حماية المُستهلك .

إنّ المُستهلك في التعاقد عن بُعد لا يرى المُنتج أو السلعة, فقد يتسلم منتجاً لا يتّفق والمواصفات المتّفق عليها. من هنا كان لا بدّ من إقرار قوانين تكفل الحماية للمُستهلك من تعسّف التاجر أو المُنتج .

إنّ المُستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية يوازي المُستهلك في العقود التقليدية، لكن الأول يُبرِم عقوده من خلال وسائط إلكترونية. هذا يعني أنّ له كافة الحقوق والمزايا التي يتمتّع بها المُستهلك في نطاق التجارة التقليدية إضافةً الى خصوصية عقده، الذي يُعقد بوسيلة إلكترونية[١].

عرّفت المادة الثاني فقرة أولى من قانون حماية المُستهلك اللبناني[٢] المُستهلك , بأنّه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستعملها أو يستفيد منها وذلك لأغراض غير مرتبطة مباشرةً بنشاطه المهني .

تُعرَّف عقود الإستهلاك بأنّها تلك العقود التي يكون موضوعها توريد أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات لفرد ،" هو المُستهلك ". وذلك من أجل إستخدامه الشخصي أو العائلي، والذي لا صلة له بنشاطه التجاري أو المهني [٣].

أمّا المُحترف فهو الشخص الطبيعي أو المعنوي، من القطاع الخاص أو العام الذي يُمارس

---

[١] عبد الفتاح بيومي حجازي, **حماية المُستهلك عبر شبكة الأنترنت**,الطبعة الأولى, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, ٢٠٠٦, ص ٢٥.

[٢] قانون حماية المُستهلك اللبناني, الصادر برقم ٦٥٩ تاريخ ٢٠٠٥/٤/٢ والمنشور في الجريدة الرسمية رقم ٦ الصادرة في ٢٠٠٥/٢/١٠.

[٣] تعريف وارد في المادة ١/٢٩ من القانون المدني الإلماني المعدل بقانون ٢٥ يوليو ١٩٨٦ في شأن أحكامه الخاصة بالقانون الدولي الخاص

راجع النص في .Rev.crit ١٩٨٧ ص ١٧٠ وتعليقاً عليه للأستاذ .Fritz STRUM . مأخوذ عن أحمد عبد الكريم سلامه , مرجع سابق , ص٧٧.

باسمه أو لحساب الغير، نشاطاً يتمثّل بتوزيع أو بيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات . كما يُعتبر مُحترفاً، لغرض تطبيق أحكام هذا القانون، أي شخص يقوم بإستيراد السلعة بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها وذلك في إطار ممارسته لنشاطه المهني. وبالتالي فإنّ المُستهلك ليس فقط غير المُمتهن، بل هو أيضاً المُمتهن الذي يتعاقد مع مُمتهن آخر إنّما خارج نطاق نشاطه المهني.

هناك إتجاهان في تعريف المُستهلك :

الإتجاه الأول وهو المفهوم الضيّق والذي يُعتبر فيه المُستهلك كل شخص طبيعي يتعاقد من أجل إستهلاك حاجاته الشخصية أو العائلية أو إشباعها, و من ثم يستبعد في التعريف أولئك الذين يتعاقدون لغرض مهني[١] .

الإتجاه الثاني وهو المفهوم الواسع بحيث يُعتبر مُستهلكا" كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد بقصد إستهلاك مال أو الحصول على خدمة .

إلاّ أنّ غالبية الفِقه, وهو إتجاه القانون يتجه نحو تبني المفهوم الضيّق, ويكون فيه مُستهلكاً كُل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية ويخرج من ذلك كل من يُبرم التصرفات لأغراض المهنة أو الحرفة التي يمتهنها أو يحترفها .

إنّ مُعظم التشريعات إتّفقت على تعريف المُستهلك بأنّه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستعملها أو يستفيد منها, وذلك لأغراض غير مُرتبطة مباشرة بنشاطه المهني .

أمّا المُشرّع الفرنسي فقد عرّف المُستهلك بأنّه من يقوم بإستعمال السلع والخدمات لإشباع حاجاته وحاجات من يعوله ، وليس بهدف إعادة بيعها أو تحويلها أو إستخدامها في نطاق نشاطه المهني .

ووفقاً للفقرة الثانية من المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم ٧/٩٧ الصادر في ٢٠ أيار ١٩٩٧ والمُتعلّق بحماية المُستهلكين في العقود عن بُعد فإنّ المُستهلك هو كل شخص طبيعي

---

[١] نبيل محمد صبح , حماية المُستهلك في التعاملات الإلكترونية , مجلة الحقوق , ص ١٣٥.

يتصرف لإشباع حاجات لا تدخل في إطار نشاطه المهني أو التجاري[١] .

يتميّز العقد الإلكتروني بأنّه عقد يتمّ عن بُعد, أي بين متعاقدَين لا يجمعهما مجلس عقد واحد, فضلاً عن أنّه في مُعظم الحالات يتمّ بين طرفين غير مُتكافئين إقتصادياً , حيث يتمّ بين تاجر مهني ومُستهلك عادي, كما إنّه يُعَد من عقود الإذعان لا المساومة حيث يقتصر دور المُستهلك فيه على قبول بنوده دون مناقشته[٢] كما هو الحال في المادة ١٧٢ م.ع [٣]. لذلك وبسبب أنّها تجري عبر الشبكة وتوجه الى عدد كبير من الجمهور, وتتناول غالباً بضاعة أو خدمات بسعر غير عالٍ, فمن الصعب تخيل إمكانية حصول تفاوض حول بنودها وبالتالي إمكانية تغيير شروطها نتيجة لهذا التفاوض .

لذلك فللمُستهلك قبل إقدامه على التعاقد، الحق بالحصول على المعلومات الكافية والوافية التي تمكّنه من التعاقد وتحقيق مصلحته [٤]. وله أيضاً وخلافاً لمبدأ إلزامية العقود، الحق في حماية حقوقه بعد التعاقد حتى لو أدى ذلك الى مخالفة ما إتّفق عليه المُتعاقدان، لأنّه قد يتعرض للغش والتحايل عند إبرام العقد أو تنفيذه في الوقت التي تكون فيه الأدوات القانونية على المستويين المحلّي والدولي غير قادرة على تأمين الحماية الخاصة لها, فهنا يُبطل العقد . كما أنّه محمي قانوناً عن طريق إعطائه ضمانة تكمُن في حق العدول خلال أجلٍ مُعيّن من تاريخ القبول (أسبوع وفقاً لمادة ٥ من إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠).

إنّ قانون حماية المُستهلك يُعتبر كحد من حدود قانون الإرادة .

---

(١) نبيل محمد صبح , مرجع سابق , ص ١٣٥ .

(٢) وسيم حرب , العقود والأعمال الجارية ضمن إطار التجارة الإلكترونية , الأمم المتحدة , المجلس الإقتصادي الإجتماعي , اللجنة الإقتصادية والإجتماعية, لغربي آسيا , بيروت ٨-١٠ تشرين الأول /نوفمبر ٢٠٠٠, ٣/٩ .

(٣) المادة ١٧٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ١٩٣٢/٣/٩:

" عقد التراضي هو الذي تجري المناقشة و المساومة في شروطه و توضع بحرية بين المتعاقدين " .

(٤) جوليانا ميخائيل عبد الله , **حماية المُستهلك** , معهد الدروس القضائية , القسم العدلي , السنة الأولى – الدورة الأولى , آذار ٢٠١١ , ص٨٧ .

إذ أنّ المبدأ أنّ عقود الإستهلاك تخضع للقاعدة العامة في اختصاص القانون الذي إختاره المُتعاقدين صراحة أو ضمناً (م ٣ من اتّفاقية روما المبدأ أن جميع العقود تخضع لقانون الإرادة, بما فيها عقود الاستهلاك) .

ولكن يرد على هذا المبدأ إستثناء إذ نصّت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من إتّفاقية روما لسنة ١٩٨٠[1] على ما يلي :

إنّ إختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لا يجوز أن يستتبع حرمان المُستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته العادية .

إذا كان العقد قد سبقه في دولة محل الإقامة تقديم عرض خاص أو إعلان , وكان المُستهلك قد قام في تلك الدولة بالأعمال الضرورية لإبرام العقد, أو كان المُتعاقد الآخر أو ممثله قد تلقى طلب المُستهلك في الدولة المذكورة , أو كان الأمر يتعلق بعقد بيع بضائع وذَهب المُستهلك الى دولة أجنبية وأتمّ فيها الطلب طالما كانت الرحلة قد نظمّها البائع من أجل إغراء المُستهلك بإبرام العقد .

---

[1] Article 5 of rome convention (1980) on the law applicable to contractual obligations
Not withstanding the provisions of article 3 ,a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law of the country in which he has his habitual residence .
- If in that country the conclusion of the contract was preceded by a specific invitation addressed to him or by advertising , and he had taken in that country the steps necessary on his part for the conclusion of the contract or ,
- if the other party or his agent recieved the consumers order in that country ,or
- if the contract is for the sale of goods , and the consumer travelled from that country to another country and there gave his order , provided that the consumers journey was arranged bt the seller for the purpose of inducing the consumer to buy .

أمّا روما (١) لسنة ٢٠٠٨[١] فقد نصّت على ضرورة حماية الطرف الضعيف في العقد وذلك عن طريق تطبيق القانون الأكثر رعايةً لمصالحهم .

نصّت المادة ٢٥ الفقرة الثانية من إتّفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بأنّ قانون الإرادة يتوقّف إعماله إذا كان من شأن تطبيقه أن يؤدّي الى حرمان المُستهلك من الحماية القانونية العادية المُقررة له في قانون الدولة التي بها موطنه العادي, وذلك متى كان إبرام العقد قد سبقه في هذه الدولة التي يقيم فيها تقديم عرض خاص أو إعلان كان المُستهلك قد استنفد الإجراءات الدولية الضرورية لابرام هذا العقد ، أو كان المُتعاقد الآخر أو ممثله قد تلقى طلب المُستهلك في الدولة المذكورة أو كان الأمر يتعلّق بعقد بيع بضائع حيث ذهب المُستهلك الى دولة أجنبية وأتمّ فيها الطلب طالما كانت الرحلة قد نظّمها البائع من أجل إغراء المُستهلك لإبرام العقد .

ويُبرر هذا الإتجاه أنّ إعتبارات حماية المُستهلك قد دعت الى النظر اليه على أنّه مركز الخطورة في العملية التعاقدية بحيث أنّ قانون الدولة التي يقيم فيها عادة أو يتوطن فيها المُستهلك يكون هو واجب التطبيق [٢].

لذلك نجد أنّ معاهدة روما قد حققت نوعاً من التوازن بين مصلحتين، الأولى هي مصلحة حماية أطراف العقد في إستخدام مبدأ سلطان الإرادة ، أمّا الثانية فإنّها تتعلّق بضرورة توفير نوع من الحماية الخاصة للطرف الضعيف في العقد عن طريق إعمال قواعد الحماية المنصوص عليها في قانون دولة محلة إقامته، والتي لا تُطبّق بطريقة آلية، إنّما تطبّق إذا كانت أكثر حماية

---

(1) Article 23 of rome converntion (2008) : as regards contracts concluded with parties regarded as being weaker , those parties should be protected by conflict of-law rules that are more favourable to their interests than the gerneral rules.

Article 25 of rome convention (2008) consumers should be protected by such rules of the country of their habitual residence that cannot be derogated from by agreement provided that the consumer contract has been concluded as a result of the professional pursuing his commercial or prfessional activities in the country where the consumer has his habitual residence , directs his activities by any means to that country , and the contract concluded as a result of such activities .

[٢] جوليانا ميخائيل عبد الله , حماية المُستهلك , معهد الدروس القضائية , القسم العدلي , السنة الأولى – الدورة الأولى , آذار ٢٠١١ , ص ٨٨ .

للمُستهلك من تلك التي يقررها قانون الإرادة [١].

وهذا ما نصّت عليه المادة ١٢٠ فقرة أولى من القانون الدولي الخاص السويسري بنصّها على ان تحقيق الحماية للمُستهلك يكون من خلال تطبيق القانون السويسري وأي اختيار يقضي بغير ذلك يَستبعد من مجال التطبيق هذه المادة [٢].

لذلك، وبتعبير آخر فإنّ إختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لا يجوز أن يستتبعه حرمان المُستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته العادية .

أمّا إذا كان المُستهلك غير مقيم في دول الإتحاد الأوروبي فإنّ قواعد تنازع القوانين من حيث المكان هي التي تحدد القانون الواجب تطبيقه إلاّ إذا كان هناك إتّفاق بين الطرفين على إختيار قانون معين لفض نزاعهم بشرط أن لا تتضمن أحكامه تناقضاً مع القوانين الآمرة للبلد التي إستقرت لها صلاحية الفصل في النزاع[٣].

الفقرة الثانية : النظام العام والغش نحو القانون .

– في الفقه:

يرى " **لويس لوكاس**"[٤] أنّ موضوع النظام العام واحد دائماً ألا وهو كفالة إحترام مُقتضى من المُقتضيات الإجتماعية الأساسية, ولكن وسيلة تحقيق هذه الغاية مزدوجة ، فأحياناً وفي القانون الداخلي بنوعٍ خاص يكون دور النظام هو أن يجعل قاعدة ما إلزامية وأحياناً أخرى يكون دوره هجر القاعدة القانونية واجبة التطبيق ومن هنا يظهر الإختلاف في هذين الدورين .

---

[١] أشرف وفا محمد , عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص, المجلة المصرية للقانون الدولي,العدد ٥٧ –٢٠٠١, ص ٢١٥ .

[٢] عادل ابو هشيمه , محمود حوته , **عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص ,** الطبعة الثانية , دار النهضة العربية , القاهرة ,٢٠٠٥ , , ص ١٢٢ .

[٣] هشام مخلوف , محمد وجدي , سمير إسماعيل , التجارة الإلكترونية وآفاق المستقبل, الإسكوا , ص ١٢٩.

[٤] مأخوذ عن عز الدين عبد الله , القانون الدولي الخاص, مرجع سابق , ص ٤٨٤ .

بمعنى آخر, إنّ ما يُميّز النظام العام الداخلي عن النظام العام الدولي هو أنّ الأول لا يُمكن للأفراد الإتّفاق على مخالفته وإبطال أي إتّفاق يتعارض معه. أمّا على صعيد القانون الدولي الخاص, فيقتصر دوره على منع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الاسناد الوطني الى تطبيقه, إذا كان من شأن الإستناد الى حكمه الإخلال والمساس بالأُسس التي يقوم عليها نظام المُجتمع الوطني .

إنّ فكرة النظام العام Notion d'ordre public هي فكرة مجرّدة مؤدّاها وجود نظام عام في الدولة، وهو عبارة عن (نظام المجتمع الأعلى) وهو نظام متعدد الجوانب من خُلقية وإجتماعية وإقتصادية وسياسية .إنّما لا يُمكن حصره في دائرة مُعيّنة أو تعداده بالمحسوس، فهو حالة تختلف من مكان الى آخر، وهو بُعد متغيّر على مرّ الزمان [١].

والنظام العام يُقدّره القاضي وقت المُنازعة المطروحة لديه، كما أنّ " النظام العام الوطني " للدولة في وقت مُعيّن هو واحد لا يتعدد ، فلا يوجد نظام عام دولي ونظام عام داخلي للدولة الواحدة .

يُعرّف الأستاذ " **كابتن** " [٢] النظام العام الداخلي بأنّه مجموعة من النظُم والقواعد في بلد ما تهدف الى حسن أداء المصالح العامة وسلامة العلاقات في ما بين الأفراد وإتّفاقهم مع الآداب، والتي لا يستطيع هؤلاء تجنّب تطبيقها في إتّفاقاتهم.

كما يُعرّف النظام العام الدولي بأنّه مجموعة النظُم والقواعد الوثيقة الصلّة بمدينة بلد ما التي يتعيّن على قضائها تطبيقها تطبيقاً بالأفضلية على أي قانون أجنبي ولو كان مُختصاً وفقاً لقواعد الإسناد العادية .

كما عرّفه البعض الآخر[١] بأنّه الوسيلة التي يستطيع بها القاضي الوطني إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي عيّنته قاعدة الإسناد الوطنية على النزاع المطروح أمامها, وذلك في حال

---

[١] مأخوذ عن عز الدين عبد الله , القانون الدولي الخاص, مرجع سابق , ص ٤٨٨ .

[٢] مأخوذ عن عز الدين عبد الله , المرجع أعلاه , ص ٤٨٤ .

تعارض أحكام ذلك القانون الأجنبي مع المبادىء الأساسية التي يقوم عليها نظام المُجتمع في بلد القاضي .

– في التشريع:

على صعيد التشريعات، فقد نصَّ العديد من التشريعات العربية (المادة ١٦٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني) [٢] والأجنبية مثل القانون البولوني[٣] بأنه لا تُطبّق أحكام القوانين الأجنبية في بولونيا متى كان تطبيقها يضر بالمبادىء الأساسية التي يقوم عليها النظام العام في بولونيا أو يضر بالآداب العامة [٤] .

كما ونصّ المُشرّع المصري في المادة ٢٨[٥] بأنّه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عيّنته النصوص السابقة ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر .

– في الإجتهاد:

---

[١] بدر الدين عبد المنعم شوقي, الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري, تنازع القوانين, تنازع الإختصاص القضائي الدولي, دار النهضة العربية, القاهرة , ١٩٩٣ , ص٢٤٩.

مأخوذ عن محمد إبراهيم أبو الهيجاء, **عقود التجارة الإلكترونية**, الطبعة الثانية ٢٠١١, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ص١٦٢-١٦٣.

[٢] المادة ١٦٦ من قانون الموجبات والقانون اللبناني, الصادر في ١٩٣٢/٣/٩, وتعديلاته : إنّ قانون العقود خاضع لمبدأ حُريّة التعاقد, فللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام و الآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية ".

[٣] المادة ٣٨ من القانون البولوني لسنة ١٩٢٦.

[٤] عز الدين عبد الله , القانون الدولي الخاص , مرجع سابق , ص ٤٩٤ .

[٥]المادة ٢٨من القانون المدني المصري, رقم ١٣١, سنة ١٩٤٨ : " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عيّنته – النصوص السابقة , اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او للآداب في مصر " .

أمّا القضاء اللبناني[١] فلم يضع تعريفاً مباشراً للنظام العام وهذا ما يظهر في العديد من الأحكام والقرارات القضائية إذ تعتبر مفهوم النظام العام مفهوماً غير واضح أو دقيق, فهو يتغيّر في الزمان والمكان .

وبالتالي من آثار الدفع بالنظام العام هو إستبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المُتعارض مع النظام الوطني لدولة القاضي, وذلك لما يكتنف القانون الأجنبي من تعارض مع المبادىء التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي وإحلال قانون القاضي لما يترتّب عنه من سد الفراغ التشريعي الناجم عن تنحية أحكام القانون المُسند اليه, وإحلال قانون القاضي عوضاً عنه, خاصة لما يحققه من حفظ لحقوق المتنازعين , وإستقرار في مجتمع دولة القاضي .

أما الغش نحو القانون, فقد عرّفه الفِقه[٢] بأنّه الإستخدام الإرادي لقاعدة التنازع بهدف التهرّب من الأحكام الآمرة للقانون واجب التطبيق .

إذ إنّ الهدف من الغش نحو القانون هو إسناد المُتعاقدين الإختصاص التشريعي لقانون الدولة التي أرادوا تطبيق قانونها على العقد, عن طريق التحايل والتغيير في عناصر العلاقة التي على أساسها يتحدد ضابط الإسناد المُحدد للقانون الذي يحكم العقد, لما يحققه ذلك من مصالح ما كان ليحققها لهم القانون الأولى بالتطبيق على العقد في حال أن خضعوا لأحكامه .

---

[١] محكمة التمييز المدنية قرارات الغرفة الرابعة, قرار رقم ١٣ تاريخ ١٩٨٩/١٢/١٩, ناديا عبد الله أرملة بريدي/ أبو غنام, باز ١٩٩٦, المجموعة التاسعة والعشرون, ص ١٩٠. "... وبما أنّ النظام العام هو تصور ذهني أو إصطلاح يصعب حصره في تعريف جامع مانع, وهذا ما حدا بالمُشرّع اللبناني– إسوة بمختلف التشريعات العالمية, الى تجنّب وضع تعريف لهذا الإصطلاح تاركاً للإجتهاد القضائي مهمة تحديد القواعد القانونية التي يعتبرها من النظام العام. وإذا ما أريد تبسيط هذا التصوّر الذهني وتقريبه للإفهام , فيمكن القول بصورة عامة جداً أن النظام العام هو مجموعة المبادىء الأساسية والأسس التي يقوم عليها بمُثله و قيَمه وأنظمته القانونية ... "
محكمة التمييز المدنية, الغرفة الخامسة, قرار رقم ٣٢ تاريخ ٢٠١٠/٤/٣٠, جعجع/جعجع ورفيقه, صادر ٢٠١٠, ص ٣٢٨ "... مفهوم النظام العام ليس مفهوماً واضحاً بدقة لأنّه غير محدد بنص قانوني واضح المعالم..."

[٢] عصام الدين القصبي, القانون الدولي الخاص المصري, دار النسر الذهبي للطباعة, القاهرة, ٢٠٠١, ص ٧٨٥–٧٨٧, مأخوذ عن محمد إبراهيم أبو الهيجاء, مرجع سابق , ص ١٦٩.

بالاضافة الى إستثناءات أخرى :

أ- تخضع العقود التي تخصّ العقار لقانون موقع العقار وهذا ما نصَّ عليه العديد من التشريعات الوطنية[١].

أمّا على صعيد الإتّفاقيات الدولية ، فقد نصّت الفقرة السادسة من المادة التاسعة من إتّفاقية روما لسنة ١٩٨٠على ما يلي :

أ – العقد الذي يكون موضوعه حقاً في مال غير منقول أو حقاً في إستعماله يكون خاضعاً من حيث الشكل (المتطلبات الشكلية) الى القواعد الآمرة لقانون البلد الذي يقع فيه هذا المال إذا كان تطبيقها مُلزماً بصرف النظر عن القانون الذي يحكم العقد من حيث الموضوع .

ب – تحديد أهلية أطراف العلاقة لأنّها محكومة بقانون الجنسية[٢].

ج – عقود العلاقات التي يُنظمها المُشرّع لأسباب إقتصادية أو إجتماعية مثل علاقات العمل والضمان الإجتماعي وكذلك المسائل المُتعلّقة بالميراث والوصية. إضافةً الى مسائل الأحوال الشخصية وعقود التأمين المُتعلّقة بالعقار والأموال المنقولة وقت وقوع الأمر الذي ترتّب عليه كسب الحق أو فقدانه [٣].

---

[١] المادة ٢/٢٥ من القانون المدني العراقي , المادة ٢/١٩ من القانون المدني المصري, المادة ٢/١٩ من القانون المدني الليبي .

محكمة إستئناف جبل لبنان, قرار رقم ٤٥١, تاريخ ٢٠٠٤/٥/١٠, كساندر, ٢٠٠٤, العدد الخامس, ص ٨٦٥,..." بما أنّه على فرض صحة تذرع الجهة المُستأنفة بتوقيع العقد في الكويت رغم عدم تضمين العقد ما يشير الى محل توقيعه, فأنّ تعلق ذلك العقد بعقار موجود في لبنان يتضافر وتحديد عملة الدفع أو الإيفاء بالليرة اللبنانية ليُشكل مؤشراً على إنصراف إرادة الفريقين نحو تطبيق القانون اللبناني على شكل العقد كما على مضمونه.

[٢] سلطان عبد الله محمود الجواري, مرجع سابق , ص ١٠٢ .

[٣] سلطان عبد الله محمود الجواري , مرجع سابق , ص ١٠٢ .

فضلاً عن ذلك هناك عقود ومسائل أخرى تخرج من نطاق هذا المبدأ منها ما يتعلق بالقواعد الآمرة ومنها ما يتعلق بالقواعد الناهية المُتعلقة بالنظام العام لأنّ مجال تطبيق قانون الإرادة يتعلق بالقواعد المُكمّلة أو المفسّرة أو المقررة لإرادة الأفراد التي تنظم العلاقات الخاصة بهم[١].

[١] سلطان عبد الله محمود الجواري , مرجع سابق , ص ١٠٢ .

القسم الثاني: قواعد الإسناد الإحتياطية لتنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية:

سبق وأشرنا في القسم الأول من هذا البحث الى مبدأ سلطان الإرادة بوصفه القاعدة العامة التي أجمع عليها الفِقه والقضاء والتشريع لإعتباره القانون المُطبّق على العقود الدولية بما فيها عقود التجارة الإلكترونية .

إذ أُعتبرت العقود الإلكترونية من العقود الدولية وفقاً لما أشرنا اليه في المعيارين الإقتصادي والقانوني.

إنّ قواعد الإسناد الإحتياطية لا يُعمل بها إلاّ إذا إنعدمت الإرادة الصريحة, أو تعذّر معرفة القانون الذي إتجهّت اليه الإرادة الضِمنية . من هنا سنقسم هذا القسم الى فصلين :

الفصل الأول : ويتناول قواعد الإسناد الإحتياطية المقررة في القوانين المقارنة .

الفصل الثاني : ويتناول قواعد الإسناد الإحتياطية المقررة في الإّتفاقات الدولية وخصوصية عقود التجارة الإلكترونية .

الفصل الأول: قواعد الإسناد الإحتياطية المقررة في القوانين المقارنة.

سنتناول في هذا الفصل الطرق المعتمدة في تحديد قواعد الإسناد الإحتياطية (مبحث أول) والتي يلعب فيها القاضي دوراً كبيراً في تحديد قواعد الإسناد الإحتياطية, وذلك من خلال نظرية التركيز الموضوعي في ظل غياب الإختيار الصريح أو الضِمني, أو عن طريق إعتماد نظرية الأداء المُميّز . على أن نتناول في المبحث الثاني المؤشرات الدالة عليها والمُتمثلة بقواعد الأسناد المُرتبطة بالعقد وتلك المُرتبطة بالمُتعاقدين .

المبحث الأول: الطرق المُعتمدة في تحديد قواعد الإسناد الإحتياطية .

برز في هذا المجال عدد من المناهج التي حددت القانون واجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد الإحتياطية وسنتطرق في هذا المبحث الى دور القاضي في تحديد قواعد الإسناد الإحتياطية (فقرة أولى) ونظرية الأداء المُميّز (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : دور القاضي في تحديد قواعد الإسناد الإحتياطية.

ظهر بدايةً المنهج الذاتي الذي نَعَتَه الفقهاء بالعمومية والجمود[١] وهو إتجاه تشريعي آمر ومُلزم للقاضي. ووفقاً لهذا المنهج فإنّ المُشرِّع يقوم بنفسه بعملية التركيز الموضوعية للرابطة العقدية عند تخلّف قانون الإرادة مُحدداً بذلك وبصورة آمرة القانون الواجب التطبيق .

وقد طبّق ذلك العديد من التشريعات العربية منها المادة ١٩ من القانون المدني المصري[٢] التي نصّت على تطبيق قانون الموطن المُشترك للمتعاقدين, أو قانون الدولة التي تمّ فيها العقد . وبنفس الإتجاه سار القانون المدني العراقي[٣] في المادة ٢٥ منه .

وعلى صعيد التشريع الأجنبي, فبذات المنهج سلك المُشرّع الإيطالي[٤] في المادة ٢٥ فقرة أولى حيث قال بإعمال قانون الجنسية المُشتركة بين المُتعاقدين إنّ إتحدا في الجنسية وإلاّ فقانون محل إبرام التصرّف إن إختلفا في الجنسية .

---

[١] عكاشة محمد عبد العال, مرجع سابق, ص ٥٨ .

[٢] القانون المدني المصري رقم ١٣١ سنة ١٩٤٨ , المادة ١٩ (١) يسري على الإلتزامات التعاقدية, قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المُشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً , فإن إختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تمّ فيه العقد. هذا ما لم يتفق المُتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه .

[٣] القانون المدني العراقي رقم ٤٠ سنة ١٩٥١, مطبعة الحكومة – بغداد , الفصل الأول , تطبيق القانون , الفرع الثاني, تنازع القوانين عند التطبيق, (٢) التنازع من حيث المكان, المادة ١/٢٥: يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المُشترك للمُتعاقدين إذا إتحدا موطناً. فإنّ إختلفا يسري قانون الدولة التي تمّ فيها العقد, هذا ما لم يتفق المُتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر يُراد تطبيقه .

[٤] عكاشة محمد عبد العال , مرجع السابق , ص ٥٩ .

إنّ هذا الإتجاه من شأنه أن يحيط الأفراد مقدماً بالقانون واجب التطبيق كما ويتحقق معه الأمان القانوني[١].

إلاّ إنّ هذا المنهج لاقى بعض الإنتقادات, والمآخذ عليه تتعلّق بالخصائص التي يتّصف بها كونه عاماً وجامداً, فهو يسري على كافة العقود دون تمييز بينها ودون النظر الى ما يتّسم به كُلّ منها من طبيعة خاصة .

وبالتالي فإنّ خطورة هذا الحل تكمُن في كونه يتجاهل الطبيعة الخاصة بكل عقد حين يضع قاعدة إسناد عامة, وكثيراً ما لا يُعبّر عن مركز الثقل في العلاقة الأمر الذي يبدو نشازاً في إطار المنهج العام لقواعد التنازع التي تربط قاعدة الإسناد بمركز الثقل في العلاقة [٢].

وهذا ما دفع المادة ١٩ مدني مصري الى القول بأنّ ثِمّة عقود تخرج من مضمون الفكرة المُسندة من المادة المذكورة أعلاه بالنظر لطبيعتها الذاتية والتي توجب تكريس إسناد خاص مُستقل بها .

الإتجاه الثاني, وهو الإتجاه الذي يقوم فيه القاضي بعملية التركيز الموضوعية وذلك بالإستناد الى جملة من المؤشّرات[٣] منها ما هو ذو طبيعة شخصية (شروط مُدرجة في العقد مثلاً تحمل على الإعتقاد بأنّ الأطراف – وإنّ لم يصرّحوا بذل– فقد قصدوا الى تطبيق قانون مُعيّن, الجنسية المُشتركة أو محل الإقامة المُشترك)[٤] ومنها ما هو ذو طبيعة موضوعية (مثل محل إبرام

---

[١] هشام علي صادق, الموجز في القانون الدولي الخاص, تنازع القوانين, الفنية للطباعة والنشر, ١٩٩٣, ص ٣٠. مأخوذ من عكاشة عبد العال, مرجع سابق, ص ٥٩.

[٢] عكاشة محمد عبد العال, مرجع سابق, ص ٦٠ .

[٣] محكمة التمييز المدنية, الغرفة الأولى, قرار رقم ١٠ تاريخ ١٩٩٩/١/٢٨, غودوفروا بيريتي/حمود, بوكالة شريف الحسيني وسليم عثمان ومحمد الحسيني, المنشورات الحقوقية صادر, ١٩٩٩, ص ٤٠,"...حيث من المسلّم به في القانون الدولي الخاص إنّ الأعمال القانونية ومنها الالتزامات الناشئة بين الفرقاء تخضع للقانون الذي إختاره الفرقاء بملء إراداتهم, وعند عدم تعبير الفرقاء عن إراداتهم هذه بشكل واضح يمكن إستنتاج هذه الإرادة المُفترضة من المؤشرات التي تدل عليها إلتزامات الفرقاء وأهمها: مكان حصول الإلتزام وجنسية الفرقاء, ومكان الإيفاء.
وحيث, وفقاً لهذه القاعدة, إنّ محكمة الإستئناف إستنتجت في القضية الحاضرة, إرادة الفرقاء المُفترضة من المؤشّرات التي تدل عليها وهي, تجيير الشيك في باريس, لمصلحة مستفيد فرنسي مقيم في باريس, تضمن مبلغاً من المال بالعملة الفرنسية, ومكان حصول الإيفاء في الدولة الفرنسية. وخلصت محكمة الإستئناف بعد ذلك الى القول أنّ القانون الواجب التطبيق مبدئياً هو القانون الفرنسي.

[٤] عكاشة عبد العال , مرجع سابق، ص ٦١ .

العقد أو مكان تنفيذه) .

وهكذا في ظل هذه النظرية تكون مهمة القاضي الكشف عن أكثر القوانين إتصالاً بالعلاقة وإعماله ناظراً الى إرادة الأطراف سواءً كانت صريحة أو ضِمنية على أنّها مُجرّد عنصر من عناصر التركيز عند تخلّف الإرادة بحثاً عمّا يُسمّونه بالقانون الخاص بالعقد [١].

فالقاضي في هذه الحالة لا يُفسّر العقد في التعرّف على ما قصده المُتعاقدان وإنّما هو يُعيّن ما كان يمكن أن يقصده المُتعاقدان, وبعبارة أخرى فهو لا يبحث عن إرادة للمُتعاقدين موجودة فعلاً, وإن كانت ضِمنية بل أنّه يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلاً مُستمّدة من ظروف التعاقد. [٢]

إنّ ما يُعاب على هذا الإتجاه هو غياب العلم المُسبق للأطراف بالقانون واجب التطبيق والذي يمتاز به المنهج الأول .

الفقرة الثانية: نظرية الأداء المُميّز :

وهو الإتجاه السائد في القانون الدولي الخاص والذي يقضي بأنّ القانون واجب التطبيق على العقد هو القانون الأكثر صِلة به. ولكن قد يتصل العقد بأكثر من نظام قانوني, لذلك وضعت الفقرة الثانية من المادة الرابعة لمعاهدة روما لسنة ١٩٨٠ بعض القرائن لتحديد معيار قانون الدولة الأكثر صِلة بالعلاقة وهو قانون الدولة التي يقيم فيها المدين بالأداء المُميّز .

إنّ إتجاه الأداء المُميّز قائم على التركيز الموضوعي ولكنه تركيز لا دور فيه للإرادة على وجه الإطلاق ولا حتى بوصفها عنصراً من عناصر التركيز [٣].

تُعَد نظرية الأداء المُميّز من ضوابط الإسناد المتطورة في القانون الدولي الخاص وهي تقوم على تعدد وتنوّع الإسناد في مجال العقود الدولية عند سكوت المُتعاقدين عن إختيار قانون العقد .

---

(1) DICEY and MORRIS : The conflict of laws ,9th éd.London 1973 , Rule 196,p.721,Sub-Rule 2-p.735et ss.

(٢) عز الدين عبد الله ,تنازع القوانين في العقد من حيث الموضوع, مرجع سابق, ص ٨٦٦ .

(٣) عكاشة عبد العال، مرجع سابق, ص ٦٢و ٦٣ .

وذلك بحسب الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية محل النزاع, ووفقاً لطائفة كل عقد وبحسب أهمية الإلتزام الأساسي فيه .

لذلك ينبغي على القاضي أن يحدد أولاً الأداء المُميّز في العقد من خلال تحليل العقد محل النزاع المعروض عليه للوقوف على الأداء المُعتبر فيه أداءً مميزاً , ومن ثمّ تحديد موطن أو محل إقامة المدين لذلك الأداء[١] .

إنّ تعبير الأداء المُميّز في الإلتزامات التعاقدية يُقصد به الإلتزام الأكثر أهمية أو الصفة التي تميّز العقد عن بقية العقود . كما في عقد البيع فإنّ إلتزام تسليم المبيع هو الإلتزام الأهم[٢].

وقد عرّفت الأستاذة " **كودمت تالون** " [٣] الأداء المُميّز بأنّه الأداء الذي يسمح بتمييز كل عقد عن الآخر .

إنّ هذه النظرية تؤيدها المادة ٢٤ من القانون المدني المصري بحيث يحق للقضاء الرجوع الى المبادىء العامة في القانون الدولي الخاص لحل مشاكل تنازع القوانين التي لم يرد بشأنها نص صريح وذلك بهدف الخروج من ضوابط الإسناد الإحتياطية المنصوص عليها في المادة ١٩ فقرة أولى من القانون المذكور.

على صعيد الفِقه, إنّ أول من نادى بهذا المنهج هو الفقيه " **شنيتازر**"[٤] عندما ذهب الى القول بأنّ العقد يولّد العديد من الإلتزامات, إلاّ أنّ أحد هذه الإلتزامات هو الذي يُميّز العقد .

كما وكرّس القضاء الفرنسي هذا الضابط في الحكم الصادر عن محكمة إستئناف باريس في

---

[١] الياس ناصيف, القانون الواجب تطبيقه على العمليات المصرفية, مجلة المصارف العربية, العدد ١٦٥, مجلّد ١٤, أيلول ١٩٩٤, ص٧٥ , مأخوذ عن رسالة نافع بحر سلطان الباني , تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية, إشراف عوني محمد الفخري, ٢٠٠٤, ص ٧٢ .

[٢] رسالة لنيل درجة ماجستير في الحقوق لصفا إسماعيل وسمي , حماية المُستهلك في القانون الدولي الخاص, إشراف حفيظة السيد الحداد , جامعة بيروت العربية , كلية الحقوق والعلوم السياسية , قسم الدراسات العليا , بيروت ٢٠١٢ , ص ١٣٧ .

[٣] مأخوذ عن سلامة فارس عرب , **العقود الدولية** , طبعة ٢٠١٠ , كلية الحقوق جامعة المنوفية , ص ٢٦٣.

[٤] رسالة لصفاء اسماعيل وسمي, حماية المُستهلك في القانون الدولي الخاص, إشراف حفيظة السيد الحداد, جامعة بيروت العربية, كلية الحقوق والعلوم السياسية, قسم الدراسات العليا, بيروت ٢٠١٢, ص ١٣٨.

٢٧ كانون الثاني ١٩٥٥ في قضية Jansen C Heuntey [١] حيث تمّ إبرام عقد دولي لم يُحدد أطرافه القانون واجب التطبيق. ولمّا عرض النزاع أمام محكمة إستئناف باريس طبّقت المحكمة القانون الفرنسي كونه القانون الأوثق صلة إضافةً الى إعتبار البائع صاحب الأداء المُميّز في هذا النوع من العقود وبالتالي يُطبّق قانونه .

من فوائد الأداء المُميّز, هو الوضوح وسهولة العلم المُسبق بقانون العقد. ذلك أنّ الأداء المُميّز لا يخلُّ بتوقّعات الأطراف حول القانون واجب التطبيق وهو يحقق العدالة, لأنّ تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد يكون عن طريق تجزئة الإسناد نظراً الى طبيعة العلاقة العقدية بحيث يُخصص لكل فئة من العقود الإسناد الذي ينسجم وطبيعة هذه الفئة. نصّت المادة ١١٧(الفقرة الثانية والثالثة) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧[٢] على إنّه عند عدم وجود إختيار للقانون, فإنّ العقد يخضع لقانون الدولة التي يرتبط بها بروابط ثابتة, ويفترض أنّ هذه الروابط تتوافر في الدولة التي توجد فيها محل إقامة الطرف المتوجّب عليه القيام بالأداء المُميّز, أو التي توجد بها منشأة صاحب الأداء المُميّز, إذا كان العقد قد أُبرم خلال ممارسته لنشاطه المهني.

أولاً: الإختلاف بين فكرة الأداء المُميّز ونظرية التركيز الموضوعي :

بالرغم من أنّ فكرة الأداء المُميّز هي صورة من صور التركيز الموضوعي إلاّ أنّها تختلف

---

[١] رسالة لصفاء اسماعيل وسمي, مرجع سابق, ص ١٣٨.

[٢] يعتبر بهذا الخصوص أداءً مميزاً للعقد :

أ – أداء نقل الملكية في عقود نقل الملكية .

ب– أداء المعير في عقود عارية الإستعمال التي تقع على شيء أو حق .

ت– أداء الخدمة في عقد الوكالة أو عقد المقاولة أو أيّة عقود أخرى موضوعها أداء خدمة .

ث– أداء المودع لديه في عقد الوديعة .

ج– أداء الضامن أو الكفيل في عقود الكفالة والضمان .

مأخوذ عن رسالة صفا إسماعيل وسمي , مرجع سابق , ص ١٤٣ .

عن الأخيرة , ففكرة الأداء المُميّز قوامها أنّ كُل عقد ينفرد بأداء يُميّزه ويُحدد خصائصه ويتحدد هذا الإسناد بناءً لعملية تركيز موضوعي بحت لا تلعب فيها الإرادة أي دور على إعتبار أنها غير مؤكّدة وغائبة, إنّما تستند على عناصر مادية وموضوعية مستوحاة لا من إرادة الأطراف (الغائبة) وإنّما من طبيعة الرابطة محل الإعتبار .

لذلك فعناصر التكوين بين الأداء المُميّز والتركيز الموضوعي للعقد متباينة بالرغم من إتفاق الهدف المُتمثّل في تركيز العقد من الناحية الموضوعية بالبحث عن أكثر القوانين صلة وأوثقها إرتباطاً به.

وفقاً لنظرية الأداء المُميّز فإنّ الأداء المُميّز يتحدد بمقتضى " قرائن " يضعها المُشرّع من غير أنّ يتحمل القاضي عِبء الكشف عن كل العناصر الموضوعية والشخصية المُلابسة والمُحيطة للعقد ومحاولة وزنها أو الجَمع بينها لإعمال القانون الواجب التطبيق [١].

وبالتالي فيتعيّن على القاضي أن يبحث في كل عقد على حدة على العنصر الذي يرتبط به إرتباطاً وثيقاً.

وإتّجهت الولايات المُتحدة الأمريكية الى إتّباع مركز الثقل, إذ إنّ القاضي يختار من نقاط الإتصال المُتعددة تلك النقطة التي تبدو في نظره أكثر إرتباطاً في العقد ومن ثم يقوم بتركيز العقد في الدولة الذي يتم إختيارها وبالتالي يُطبّق قانونها [٢].

في ضابط التركيز المكاني, يتحدد القانون واجب التطبيق على الرابطة العقدية في مرحلة لاحقة لا تسمح للمُتعاقدين قبلها بمعرفة القانون الذي يحكم عقدهم, وبالتالي لا يحقق ضابط التركيز المكاني, الأمان القانوني الذي يريده كل المُتعاقدين .

وعلى صعيد الإتّفاقيات, فقد أخذت المادة ٣ (الفقرة الأولى والثانية) من إتّفاقية لاهاي

---

[١] عكاشة عبد العال , مرجع سابق, ص ٦٤ .

[٢] كليف شيمتهوف مأخوذ كما ورد عن سلطان عبد الله محمود الجواري , مرجع سابق, ص ١٣٩.

المُبرمة في ١٠ حزيران ١٩٥٥[١] بضابط الأداء المُميّز, فنصّت :" في حال عدم إختيار الأطراف للقانون الذي سيحكم العقد, فإنّ البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المُعتادة للبائع وقت تسلمه الطلب, ومع ذلك إذا كان تسليم الطلب بواسطة منشأة البائع فالعقد يكون محكوماً باالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر تلك المنشأة " .

غير أنّ هذه النظرية لاقت بعض النقد, فهي تؤدي الى الإضرار بمصالح الطرف الضعيف, وذلك بإسناد العقد لقانون الطرف الضعيف في العقد, مثل عقد البيع أو عقد توريد الخدمات التي تتم من خلال شبكة الأنترنت. فإنّ القانون واجب التطبيق على هذه العقود هو قانون دولة البائع, أو مُقدّم خدمة التوريد, فنجد أنّ الأداء المُميّز في عقد البيع يتمثّل في إلتزام البائع بتسليم المبيع, وفي عقد توريد الخدمات يتمثّل في إلتزام المُورّد في توريد الخدمة[٢].

كما أنّه يستبعد تطبيق معيار الأداء المُميّز بالحالة التي نجد بها أنّ العقد يرتبط بصِلة أكثر وثوقاً مع قانون دولة أخرى, وفي الحالة التي لا تستطيع فيها المحكمة تحديد صاحب الأداء المُميّز[٣].

---

[1] Article 3 of The Hague,1955 Convention on the law applicable to international sale of good :

In default of a law declared applicable by the parties urder the conditions provided in the preceding article, a sale shall be governed by the domestic law of the country in which the vendor has his habitual residence at the time when he receives the order. If the order is received by an establishment of the vendor, the sale shall be governed by the domestic law of the country in which the establishment is situated .

Nevertheless, a sale shall be governed by the domestic law of the country in which the purchaser has his habitual residence, or in which he has the establishment that has given the order , if the order has been received in such country , whether by the vendor or by his representative , agent or commercial traveller.

[٢] زهر بن سعيد, **النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية** , دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, طبعة ٢٠١٠, ص ١٩١ .

[٣] أشرف وفا محمد, مرجع سابق, ص ٢٠٤ .

ويوجد بعض العقود ذات الطبيعة المُركّبة [1] حيث تتساوى فيها إلتزامات كُل طرف من أطراف العلاقة العقدية من حيث الأهمية وبالتالي يصعب معها تعيين الأداء المُميّز للعقد .

ثانياً: الإستثناء على نظرية الأداء المُميّز :

١- حماية المُستهلك : إنّ نظرية الأداء المُميّز تؤدي الى حرمان المُستهلك من تطبيق قانون محل إقامته المُعتاد في حال تمّ تطبيقها.

٢- عقود المُقايضة : حيث يصعب تحديد صاحب الأداء المُميّز فيها إذ إنّ الإلتزامات التي ترتّبها هذه العقود تتّسم بالدرجة نفسها من الأهمية بحيث يصعب تحديد أيٍّ منها أداءً مميّزاً في العقد .

[1] زهر بن سعيد , مرجع سابق , ص ١٩١ .

المبحث الثاني: المؤشرات الدالة على قواعد الإسناد الإحتياطية .

سنتناول في هذا المبحث قواعد الإسناد المُرتبطة بالعقد[١] (فقرة أولى), وقواعد الإسناد المُرتبطة بالمُتعاقدين (فقرة ثانية) .

الفقرة الأولى: قواعد الإسناد المُرتبطة بالعقد .

أولاً: مكان إبرام العقد:

– في الفِقه:

إنّ العمل بقانون مكان إبرام العقد يؤدي الى وحدة القانون الذي يحكم العقد لأنّ العقد يكون قد أبرم في مكان مُعيّن ولا مجال لتجزئته وإخضاعه لأكثر من مكان [٢].

إنّ مكان إبرام العقد له الأولوية في تحديد القانون واجب التطبيق لأنّه المكان الذي نشأ فيه ونقطة إلتقاء بين إرادة الطرفين المُتعاقدين, كما أنّ قانون مكان إبرام العقد يكون معلوماً بشكل مُسبق من قبل المُتعاقدين [٣].

---

[١] محكمة التمييز المدنية, قرارات نهائية غرفة أولى, قرار رقم ١٠٩ تاريخ ١٩٥٣/١١/٢٦, المعهد العلماني/ لوهارس, باز, خلاصات عن جميع الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز– الغرفة المدنية الأولى والثانية من سنة ١٩٥٠ لغاية سنة ١٩٥٣, ص ١٤٦, "... إنّ القانون الواجب تطبيقه على العقود سواء بما يتعلق بإنشائها أو بما يتعلق بمفعولها وشروطها هو القانون الذي إعتمده المُتعاقدان.
وبما أنّ المُتعاقدين يعتبران مبدئياً أنّهما إختارا قانون المحل الذي أبرم فيه العقد وُنفذ فيه.
وبما أنّه يتبيّن من مراجعة أوراق القضية أنّ الفريقين عقدا الإتّفاق ونفذاه في بيروت فيكونان إعتمدا القانون اللبناني لتقرير علاقتهما القانونية ".

[٢] هبه تامر محمود عبد الله , **عقود التجارة الإلكترونية** , دراسة مقارنة , طبعة الأولى ٢٠١١, منشورات زين الحقوقية , ص ٢٣٦ .

[٣] عز الدين عبد الله , القانون الدولي الخاص, مرجع سابق, ص ٤١٦ .

لقد تبنى الفِقه مثل" **سافينيي**" والقضاء في العديد من الدول العربية مثل مصر والعراق وسوريا والأجنبية مثل الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا معيار مكان إبرام العقد بإعتباره معياراً ثابتاً وغير متغيّر .

ونجد المؤيّدين لفكرة مكان إنعقاد العقد يُبررون تأييدهم بما يلي :

١- إنّه إسناد يُعبِّر عن وجود صِلة حقيقية وجادة بين العقد والقانون[١].

٢- إنّه يكفل للمُتعاقدين العلم المُسبق بالقانون الذي يحكم عقدهم ويوفر لهم الحماية والأمان القانونيين, بحيث يستطيع المُتعاقدون إبرام عقودهم في بلد يعترف بصحة التصرفات القانونية ويعترف كذلك بصحة التواقيع الإلكترونية التي تتم عبر شاشة الحواسب الآلية نفسها [٢].

٣- يضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية [٣], وذلك بخلاف مكان التنفيذ الذي قد يتعدد أو يتجزأ .

٤- كما أنّه يوحّد القانون الذي تخضع له العلاقة العقدية من حيث الشكل والأساس(إخضاعهما الى قانون المكان)[٤].

ويتأكد تطبيق هذا القانون عندما يكون هو قانون قاضي النزاع على أساس التقدير بإنصراف الإرادة التعاقدية اليه وهو تقدير مُطلق لمحاكم الأساس.[٥]

- في القانون :

---

[١] هشام علي صادق, القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , ص ٥٥٣.

[٢] زهر بن سعيد , مرجع سابق , ص ١٨٢ .

[٣] هشام علي صادق, القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, ص ٥٥٣ .

[٤] سامي بديع منصور, الوسيط في القانون الدولي الخاص, تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة , دار العلوم العربية , بيروت لبنان .

[٥] محكمة التمييز المدنية الثانية, قرار رقم ٦٦ تاريخ ١٩٦٢/١٠/٣٠, النشرة القضائية , سنة ١٩٦٢, ص٨٧٤ .

على صعيد القانون اللبناني, لم يتضمن قانون التجارة اللبناني أيّة أحكام تتعلّق بمكان إبرام العقد, لذلك لا بُدّ من الرجوع الى القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين (١٨٤) و(١٨٥)[١] من قانون الموجبات والعقود .

وقد حاول المُشرّع اللبناني وضع ضوابط في العقود بالمراسلة, دون أن يقوم بأيّة مساهمة في شأن العقود بواسطة المكالمات الهاتفية أو ما شابه .

ففي الحالة التي يُعقد فيها العقد بالمراسلة عبر الأنترنت عن طريق تبادل البريد الإلكتروني فهنا نطبّق نص المادة ١٨٤, أمّا إذا كانت العقود منشأة عبر الهاتف مباشرةً أو بواسطة وسيلة إلكترونية موازية, عندها يُعتبرالعقد منشأ بالمخاطبة التلفونية ويُصار الى تطبيق نص المادة ١٨٥.

وُيبرر الأخذ بقانون بلد الإبرام الرغبة في التسيير على المُتعاقدين ومراعاة حاجة المُعاملات الدولية, إضافة الى ذلك فهو يحقق وحدة القانون الذي يحكم العقد من حيث الشكل والموضوع [٢].

إلاّ أنّ هذا الإتجاه لاقى مُعارضة لكون هذا المُؤشّر قد لا يُشكّل في الواقع صِلة أساسية بالعقد فقد يكون عرضياً . وقد تكون هناك عناصر أكثر أهمية تُعبِّر موضوعياً عن مركز العلاقة مثل مكان تسليم البضائع, أو تنفيذ الأعمال, أو القيام بالإيفاء, وهي عناصر قد لا يكون لها أدنى صِلة بمكان الإبرام[٣], على إعتبار أنّ هناك عدداً من العقود مثل العقود الدولية عادةً والعقود الإلكترونية خاصة لا يمكننا معرفة مكان إنعقاد العقد كونها تُبرم إمّا بواسطة وسيط أو مُمثل أو وكيل تجاري أو بواسطة الأنترنت, كما يمكن للشخص المُتعاقد أن يُبرم عقداً وهو يتنقل من دولة

---

[١] المادة ١٨٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني وتعديلاته, تاريخ ١٩٣٢/٣/٩," إذا كانت المساومات جارية بالمراسلة أو بواسطة رسول بين غائبين فالعقد يُعد منشأ في الوقت وفي المكان اللذين صدر فيهما القبول ممن وجه اليه العرض".

المادة ١٨٥ – فقرة أولى(من قانون الموجبات والعقود اللبناني) :" إنّ العقد الذي ينشأ بالمخاطبة التلفونية يُعد بمثابة العقد المُنشأ بين أشخاص حاضرين ".

[٢] فؤاد ديب, **القانون الدولي الخاص, تنازع القوانين** , ص ٣٢٣ .

[٣] سامي بديع منصور, مرجع سابق , ص ٥٢٨ .

الى أخرى, وقد يتواجد المُتعاقد في أماكن غير خاضعة لإقليم دولة مُعيّنة وبالتالي فيصعب تركيز تلك المعاملات تركيزاً مكانياً [١].

ونجد أنّ المُشرّع السوري أشار بوجوب الرجوع الى إتّفاق الطرفين (العقد). فإذا تضمن هذا الإتّفاق ما يفيد تحديد مكان إنعقاد العقد وزمانه طبّق قانون هذا المكان .

أمّا إذا كان هذا الإتّفاق خالياً من الإشارة الى مكانه وزمانه, فيجب عندئذ تطبيق قانون القاضي (السوري) لتحديد مكان إنعقاد العقد وزمانه. وهذا ما جاء في نص المادة ٩٨ من القانون المدني السوري[٢] .

كما ونصّ القانون المصري بأنّه في حالة التعاقد بين غائبين, يُعتبر العقد قد تمّ في المكان وفي الزمان اللذين يَعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد إتّفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك[٣].

أما المُشرّع العراقي فقد أخذ بنظرية العلم بالقبول في المادة ٨٧ منه [٤].

إضافةً الى ذلك فقد اختلفت الدول في تحديد مكان إبرام مثل هذه العقود, كون هذا الأمر أثار العديد من الصعوبات في حالة التعاقد بين غائبين , فقسم أخذ بدولة إرسال الإيجاب أو دولة

---

[١] زهر بن سعيد , مرجع سابق, ص١٨٣ .

[٢] المادة ٩٨ من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ تاريخ ١٩٤٩/٥/١٨: " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تمّ في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد إتّفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك, وذلك بوصفه قانون المرجع في تكييف العلاقات القانونية ".

[٣] سابا وشركاهم, العقود التجارية بين غائبين في تشاريع بلدان الشرق الأوسط , مجلة المحامي, العدد ١و٢ , بيروت, السنة الحادية والعشرون, كانون الثاني وشباط ١٩٥٦,ص ص ٦٠/٦١.

[٤] المادة ٨٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠, لسنة ١٩٥١:

١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تمّ في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد إتّفاق صريح أو ضِمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

٢- ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما .

مكان القبول مثل القانون الإنكليزي أو الدولة التي علم فيها الموجب بالقبول مثل القانون المصري (المادة ٩١ والمادة ٩٧)[١].

كما كرّس المُشرّع اللبناني في المادة ١٨٤[٢] لنظرية إعلان القبول لتحديد مكان إبرام العقد إذ إنّ العقد ينعقد بمجرّد الإعلان والإفصاح عن القبول دون التوقّف على علم المتعاقد الذي صدر عنه العرض بهذا القبول أو عدم علمه به .

كما وأخذت الفقرة الثانية من المادة ١٨٥ بإرادة المُتعاقدين لتحديد مكان إبرام العقد, وذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة .

وقد أخذ العديد من تشريعات الدول بضابط مكان إبرام العقد في الحالة التي يسكت فيها المُتعاقدان عن تحديد القانون الواجب التطبيق مع الإختلاف من حيث الأفضلية تبعاً لإختلاف موقف التشريعات التي تبّنته [٣].

فمثلاً وضع المُشرّع المصري في المادة ١٩ فقرة أولى[١] ضابط محل إبرام العقد في المرتبة الثانية بعد ضابط الموطن المُشترك وبهذا أصبح القاضي أمام تخيير مُقيّد , ذلك لأنّ المُشرّع

---

[١] المادة ٩١ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ سنة ١٩٤٨, ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه, ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به, ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

المادة ٩٧من القانون المدني المصري:

(١) يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تمّ في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول, ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

(٢) ويفترض أنّ الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذان وصل اليه منهما هذا القبول .

[٢] جوزف عجاقه, القانون التجاري اللبناني والأنترنت,العدل, العدد الرابع, بيروت,السنة السابعة والأربعون٢٠١٣, صفحة ١٧٢٢ .

[٣] هشام علي صادق, **القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الإلكترونية,** طبعة ١٩٩٥, منشأة المعارف الإسكندرية , ص ٤١٨ .

خصص قرائن أو ضوابط إسناد معيّنة ينبغي على القاضي التقيّد بها والموقف نفسه تبنّاه القانون المدني العراقي في المادة ٢٥ فقرة أولى[٢] إذ صار هذا الضابط في المرتبة الثانية بعد ضابط الموطن المُشترك [٣].

- في التشريع :

وعلى صعيد الإجتهاد اللبناني فقد أخذت المحاكم اللبنانية في العديد من الإجتهادات بمكان إنشاء العقد[٤].

---

[١] المادة ١٩– الفقرة أولى من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨: يسري على الإلتزامات التعاقدية, قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المُشترك للمُتعاقدين إذا إتحدا موطناً, فإن إختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد . هذا ما لم يتّفق المُتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه .

[٢] المادة ٢٥ – فقرة أولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ : " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المُشترك للمُتعاقدين إذا إتحدا موطناً. فإذا إختلفا يسري قانون الدولة التي تمَّ فيها العقد. هذا ما لم يتفق المُتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانوناً آخر يُراد تطبيقه ".

[٣] صفا إسماعيل وسمي, مرجع سابق, ص ١١٧ .

[٤] محكمة الدرجة الأولى في بيروت, الغرفة الخامسة, قرار رقم ٣٢٧, تاريخ ٢٠٠١/٤/٢, الخضرا/الخضرا العدل٢٠٠١, ص ١٩٩– ٢٠٠... "حيث لا يتبيّن أنّ المدعي والمدعى عليه أرادا إخضاع العقد أو التعهد المُنظّم من المدعى عليه لأحكام قانون الجنسية أي القانون اللبناني, فيقتضي في هذه الحالة تطبيق القانون التحليلي لأنّه قانون مكان إبرام العقد أو التعهد ولأنّ الأمر يتعلق بحق شخصي أي دين يخضع لقانون مكان إبرام العقد".

محكمة التمييز اللبنانية, الغرفة الأولى, قرار رقم ١٠ تاريخ ١٩٩٩/١/٢٨, ورثة غودوفروا بيريتي/حمود بوكالة شريف الحسيني وسليم عثمان ومحمد الحسيني. صادر ١٩٩٩, ص ٣٩ ..." إنّ محكمة الإستئناف إستنتجت في القضية الحاضرة, إرادة الفرقاء المُفترضة من المؤشرات التي تدل عليها وهي, تجيير الشيك في باريس, لمصلحة مستفيد فرنسي مقيم في باريس, تضمن مبلغاً من المال بالعملة الفرنسية, ومكان حصول الإيفاء في الدولة الفرنسية. وخلصت محكمة الإستئناف بعد ذلك الى القول أنّ القانون الواجب التطبيق مبدئياً هو القانون الفرنسي.=

= محكمة إستئناف بيروت المدنية القرار رقم ٧٠١ تاريخ ١٩٦٢/٦/٨, النشرة القضائية العدد ١٨ ,١٩٦٢, ص ٢٥٧..." بما أنّ القاعدة هي أن العقد يخضع من حيث الشكل والأساس لقانون محل تنظيمه وهذه القاعدة مُستمدة من مبدأ إستقرار العقود, وبما أنّ بإستطاعة طرفي العقد أن يشذا عن القاعدة المذكورة, وبما أنّه في العقد المذكور لم يتبيّن أنّ أحداً من الفريقين أراد أن يشذ عن المبدأ المشار اليه, فيعتبر أنّه قد إختار الشريعة الفلسطينية, وبما أن السند منظم في حيفا ويخضع بالتالي للشريعة المرعية الإجراء هناك وقت تنظيمه شكلا وأساساً بإعتبار أنّ هذه الشريعة التي تسود أساس العقد".

وبتعبير آخر أخذ الإجتهاد اللبناني بإخضاع العقد الدولي من حيث الشكل لمكان إنشائه, وفي الأساس لإتفاق الفرقاء وللقانون الذي يحدده هؤلاء صراحةً أو ضمناً. وفي حال عدم وجود إتفاق على تحديد القانون واجب التطبيق, يُطبّق قانون محل إبرام العقد إنطلاقاً من القاعدة اللاتينية. "Locas Regit Actum" أي قاعدة المكان سيد العقد .

– ثانياً: مكان تنفيذ العقد.

إنّ معيار تنفيذ العقد يُعتبر من المعايير التي تقضي بتطبيق القانون واجب التطبيق على العقد من الناحية الموضوعية وهو العنصر المادي الذي تتركّز فيه مصالح المُتعاقدين وتستنبط منه توجه إرادتهم وقت توقيع العقد [١].

وقد كان أول من تبنّى هذا المعيار هو الفقيه الإلماني" **سافينيي** "[٢] بإعتبار أنّ الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة [٣].

ويرى جانب من الفقه مثل" **باتيفول**" [٤] والقضاء (في إلمانيا وسويسرا) بأنّه يخضع العقد لقانون الدولة أو المكان الذي يتم فيه تنفيذ العقد لأن الغاية الأساسية للمُتعاقدين هي تنفيذ الإلتزامات المتولّدة عن العقد .

محكمة التمييز المدنية, قرارات نهائية, غرفة أولى, قرار رقم ١٠٩ تاريخ ١٩٥٣/١١/٢٦, المعهد العلماني/ لوهارس, باز, خلاصات عن جميع الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز, الغرفة المدنية الأولى والثانية من سنة ١٩٥٠ لغاية سنة ١٩٥٣ مع الفهرس النهائي..." إنّ القانون الواجب تطبيقه على العقود سواء بما يتعلق بإنشائها أم بما يتعلّق بمفعولها وشروطها هو القانون الذي إعتمده المُتعاقدان, وبما أنّ المُتعاقدين يعتبران مبدئياً إنهما إختارا قانون المحل الذي أبرم فيه العقد ونفذ فيه, وبما أنّه يتبيّن من مراجعة أوراق القضية أنّ الفريقين عقدا الإتّفاق ونفذاه في بيروت فيكونان إعتمدا القانون اللبناني لتقرير علاقتهما القانونية .

[١] سامي بديع منصور, أسامة العجوز, **القانون الدولي الخاص**, طبعة الثالثة, منشورات زين الحقوقية, بيروت ٢٠٠٩, ص٤٢٨ .

[٢] مأخوذ عن زهر بن سعيد, مرجع سابق, ص١٨٣.

[٣] زهر بن سعيد, مرجع سابق, ص١٨٣.

[٤] مأخوذ عن سلطان عبد الله محمود الجواري, مرجع سابق, ص ١٤٢.

كما يخضع له القضاء الإنكليزي تاركاً معيار محل إبرام العقد وذلك في الحالة التي يختلف فيها مكان إبرام العقد عن مكان تنفيذها. ولكن إذا إختلف مكان إبرام العقد عن مكان تنفيذه فهنا للقاضي أنّ يختار بينهما مع الإستعانة بقواعد أخرى مثل جنسية المُتعاقدين .

إلاّ أنّ هناك جانباً آخر من الفقهاء يرفض هذا الإتجاه بحجة أنّ مكان التنفيذ قد يتعدد تبعاً لتعدد الإلتزامات المتولّدة عن العقد التبادلي [١].

ويرى جانب آخر من الفِقه[٢] أنّ مكان تنفيذ العقد يُعّد في نطاق العقود المُبرمة بالطرق التقليدية من أهم المعايير في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد في غيبة قانون الإرادة. أمّا في نطاق العقود الإلكترونية , فلا أهمية لهذا المعيار إذا تمّ الإتّفاق بين الأطراف على تنفيذ العقد بالطريقة الإلكترونية خاصةً في العقود التي يكون موضوعها حقوقاً مُلكية فكرية أو الإتفاق على بيع برامج الحواسب الآلية .

لكن أنصار نظرية مكان تنفيذ العقد يدافعون عن هذا المعيار بحيث يأخذون بالمكان الرئيسي لتنفيذ العقد في حال تعدد الأمكنة[٣]. وهو ما أكدته محكمة التمييز الفرنسية عندما صدّقت القرار الإستئنافي الذي إعتبرت فيه بما للمحكمة من حق تقدير بأنّ مكان التنفيذ الرئيسي للعقد هو القانون الذي تتركز فيه العلاقة العقدية في القضية المطروحة مُستبعدة بذلك ضِمنياً جُملة مؤشّرات: لغة العقد, مكان التفاوض, إختيار محامين من الجنسية الإلمانية,لأنّ هذه المُؤشّرات ليست قاطعة في المسألة [٤].

---

[١] سلطان عبد الله محمود الجواري , مرجع سابق, ص ١٤٢ .

[٢] أشرف وفا محمد , مرجع سابق, ص٢٠٥.

[3] Cour de cassation (1re Ch.civ.).22 juillet 1986., Revue critique de droit international privé ,Année 1988, Yves LEQUETTE, P 56.

[4]Cour de cassation (.3ere ch.civ). 22 juillet 1986.Revue.critique.de.droit international.privé. Anneé 1988,note Batiffol. ,p.56.

كما أنّهم يضيفون بأنّ هذه القاعدة تمتاز بالموضوعية والواقعية, إذ ليس من المقصود إختلاق مكان وهمي للتنفيذ لا علاقة له مُطلقاً بالعقد, كما هو الحال بالنسبة الى مكان الإنعقاد, وفي جميع الأحوال لا يتوقف مكان التنفيذ على مجرد الصدفة, أو يتأثر بأي عوامل طارئة أو عرضية[١]. فهو المكان الذي تتركز فيه مصالح المُتعاقدين, ويجني هؤلاء ثمار تعاقدهم وتنعقد فيه مسؤولياتهم عند عدم تنفيذ إلتزاماتهم[٢].

وقد تبنّى العديد من التشريعات الوطنية للقانون الدولي الخاص هذا الضابط[٣], كما أبقى عليه العديد من الإتفاقيات الدولية والأوروبية .

وعلى صعيد القضاء, فقد أخذ به القضاء الإلماني كضابط إسناد إحتياطي في حال تخلُّف الإرادة الصريحة والضِمنية, في ما يتعلّق بالقانون واجب التطبيق على عقدهم. ويأخذ به القضاء الفرنسي في ما يتعلّق بآثار العقد[٤] , ويُرجّحه القضاء الإنكليزي على قانون محل إبرام العقد عندما يكون تنفيذ العقد كُلّياً أو جزئياً واجباً في مكان غير مكان تكوين العقد [٥].

أمّا على صعيد القضاء اللبناني, فقد أخذ به العديد من المحاكم اللبنانية[٦] على إعتبار أنّه من أهم المؤشّرات .

---

[١] فيليب كهن, عقد البيع الدولي, ص ٢٦٠ , مأخوذ عن سلطان عبد الله محمود الجواري , مرجع سابق, ص ٢٦٠ .

[٢] زهر بن سعيد , مرجع سابق , ص ١٨٤ .

[٣] عز الدين عبد الله , مرجع سابق , ص ٤٠٤ .

[٤] زهر بن سعيد , مرجع سابق , ص ١٨٣ .

[٥] زهر بن سعيد , مرجع سابق , ص ١٨٣ .

[٦] محكمة التمييز المدنية, قرارت نهائية , غرفة أولى, قرار رقم ١٠٩ تاريخ ١٩٥٣/١١/٢٦, المعهد العلماني/لوهارس, باز, (خلاصات عن جميع الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز, الغرفة المدنية الأولى والثانية من سنة ١٩٥٠ لغاية ١٩٥٣ مع الفهرس الهجائي) ص ١٤٦ و١٤٧ , البند (٣) :..." بما أنّ القانون الواجب تطبيقه على العقود سواء بما يتعلق بإنشائها أم بما يتعلق بمفعولها وشروطها هو القانون الذي إعتمده المُتعاقدان . وبما أنّ المتعاقدين يعتبران مبدئياً أنّهما إختارا قانون المحل الذي أبرم فيه العقد وينفذ فيه .

الفقرة الثانية : قواعد الإسناد المُرتبطة بالمُتعاقدين .

أولاً: الجنسية المُشتركة .

وقد نادى به الفقيه الإيطالي" **مانشينيي**",[1] فاعتبر أنّ قانون جنسية البلد الذي ينتمي اليه المُتعاقدون يكون هو واجب التطبيق إذا كان المُتعاقدان من جنسية واحدة بإعتبار أنّ الإرادة قد إتجهت لتطبيق هذا القانون .

وبما أنّه يتبيّن من مراجعة أوراق القضية أنّ الفريقين عقدا الإتفاق في بيروت , فيكونان إعتمدا القانون اللبناني لتقرير علاقتهما القانونية".

الحاكم المنفرد في عاليه, قرار رقم ٣١٥ تاريخ ١٩٥٣/٨/٢٦, النشرة القضائية اللبنانية, كانون الثاني ١٩٥٤, الجزء الأول, السنة العاشرة, ص ٧٤..." وبما أنّه لأجل تعيين القانون الواجب أن يخضع له العقد ينبغي على =المحكمة أن تنظر في طبيعة الموجبات التي تبادلها المُتعاقدون وفي ظروف إنشائها على أن لا يفوتها أن تراعي إرادة المُتعاقدين.

وبما أنّ العقد الذي حرر في مصر عرَضاً إذا كان يمكن أن يُحرر في أي بلد آخر, كان مُعداً لأن ينفذ في دمشق.

وبما أنّنا نعتبر أنّ المُتعاقدين إتفقوا ضِمناً على تطبيق قانون مكان تنفيذ العقد في ما يختص بجوهره وعلى هذا إستقر الإجتهاد. Henri Batiffol. Dr.Inter,p,590

وبما أنّ الإتّفاق كان على أنّ يجري الدفع بالعملة السورية ومكان العمل تعيّن في مقهى أريزونا وفلوريدا في دمشق.

وبما أنّه يستنتج جلياً من كل هذه الأمائر أنّ المُتعاقدين أخضعوا ضُمناً العقد للقانون السوري لجهة شروط صحته أي لجوهره".

محكمة إستئناف بيروت,الغرفة المدنية, قرار رقم ٣٤٢ تاريخ ١٩٥٠/٦/٢٦, النشرة القضائية اللبنانية, ١٩٥٠ السنة السادسة, ص ٦٠٣ , "... وبما أنّ قَصَد المتفرّغ والمتفرّغ له في إنشاء صك التفرّغ هو الرجوع الى القانون اللبناني حيث يقيم المديون والذي هو محل تنفيذ العقد, بدليل أنهم أنشأوا عقد التفرّغ في عمان, وأبلغوه الى المديون وفقاً لنصوص القانون اللبناني في إعلان الديون وتبليغه بصك في تاريخ ثابت.

وبما أنّه من مجموع ما تقدم فإنّ هذه المحكمة ترى أنّ القانون اللبناني هو الذي يسود العقد, لأنه محل تنفيذ التفرّغ, ومحل إقامة المديون مع ملاحظات إختلاف الجنسيات بالنسبة للمتفرّغ والمتفرّغ له والمديون ...".

[1] مأخوذ عن سلطان عبد الله محمود الجواري, مرجع سابق, ص ١٤٣ .

" وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩١٠/١٢/٥ بأنّ قانون الجنسية المُشتركة للمُتعاقدين له الأفضلية, ويكون هو القانون واجب التطبيق" [١].

إختلفت التشريعات حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المُشتركة للأطراف المُتعاقدة .

فمنح القانون المدني الإيطالي الجنسية المُشتركة المرتبة الأولى في الترتيب وفضّلها على قانون دولة محل إبرام العقد.

كما وإختلف القضاء في شأن قانون الجنسية المُشتركة. فاعتبره بعض أحكام القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفروضة بينما إعتبرته أحكام أخرى دليلاً على الإرادة الضِمنية, أو مركز الأعمال المُشترك [٢].

إلاّ أنّ هذه القاعدة لاقت العديد من الإنتقادات أهمها :

الشك في كون المُتعاقدين يعطيان أي دور لجنسيتهما في ما يتعلّق بالقانون واجب التطبيق, بل إنّ هذا قد يؤدي الى نتائج معاكسة لغرض وقصد المُتعاقدين اللذين يرغبان قبل كل شيء في أن تكون تصرفاتهما القانونية المُنسجمة مع القواعد القانونية السائدة في المكان الذي يعيشان فيه إضافة الى ضعف الصِلة بين القانون واجب التطبيق والعقد, كما أنّ الإعتداد بجنسية المُتعاقدين سيتطلب التحقق من هوية الأطراف, وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد, وهو أمر لا تأبه به التجارة الإلكترونية [٣].

لذلك طالب بعض الفقهاء بإعطاء الأهمية لهذا المكان, أي الموطن المُشترك للمُتعاقدين[٤].

---

[١] مأخوذ عن سلطان عبد الله محمود الجواري , مرجع سابق, ص ١٤٤ .

[٢] زهر بن سعيد , مرجع سابق, ص١٨٥ .

[٣] زهر بن سعيد , مرجع سابق , ص١٨٦ .

[٤] سلطان عبد الله محمود الجواري , مرجع سابق, ص ١٤٤ .

ثانياً: الموطن المُشترك للمُتعاقدين .

يُعتبر قانون الموطن المُشترك للمُتعاقدين ضابط من ضوابط الإسناد الإحتياطية عندما يمتنع الأفراد عن تعيين القانون واجب التطبيق بشكل واضح ودقيق أو عندما لا يتمكن القاضي من أنّ يستَشِف الإرادة الضِمنية للأفراد, لذلك وتلافياً من تحكّم القاضي في تعيين قانون قد لا يرغب المُتعاقدان في تطبيقه يلجأ الى تركيز العقد في قانون الموطن المُشترك للمُتعاقدين, إذا وجد المُشرّع العراقي أنّ توطّن المُتعاقدين في دولة واحدة يُعد معياراً كافياً يبرر خضوع العقد لقانون هذه الدولة[١].

ولذلك فإنّ خضوع العقد لقانون هذه الدولة يُكفل للأطراف العلم المُسبق بالقانون واجب التطبيق بشكل صريح أو ضِمني[٢].

وهذا ما نصّت عليه المادة ١٩ من القانون المدني المصري [٣].

وعلى صعيد تشريعات الدول العربية نجد أنّ المُشرّع العراقي جمع في نص المادة ٢٥ فقرة أولى[٤] منه الذي يُطابق القانون المدني المصري بين القاعدتين المُرتبطتين بأشخاص المُتعاقدين وهو الموطن المُشترك للمُتعاقدين والقاعدتين المُرتبطتين مباشرة بالعقد وهي مكان الإنعقاد .

ولكن هنا تطرح الإشكالية في تحديد مكان إنعقاد العقد خاصةً في ظل عقود التجارة الإلكترونية إذ نصّت المادة ٨٧ من القانون المدني العراقي[١] بأنّه يُعتد في التعاقد بين غائبين, أنّ

---

[١] إبراهيم أحمد إبراهيم, **القانون الدولي الخاص– تنازع القوانين**– الكتاب الأول طبعة أولى– بغداد : " طبع على نفقة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ١٩٨٢ ص ١٠٣, مأخوذ عن هبه تامر محمود عبد الله , مرجع سابق, ص ٢٣٤ .

[٢] هشام علي صادق, الموطن في القانون الدولي الخاص, تنازع القوانين, الفنية للطباعة والنشر, الإسكندرية , ١٩٩٧, ص ٣١٠, مأخوذ عن هبه تامر محمود عبد الله , مرجع سابق, ص ٢٣٤ .

[٣] المادة ١٩ – الفقرة أولى من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ : " يسري على الإلتزامات التعاقدية , قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المُشترك للمُتعاقدين إذا إتحدا موطناً , فإن إختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد . هذا ما لم يتفق المُتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه ".

[٤] المادة ٢٥ – فقرة أولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ : " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المُشترك للمُتعاقدين إذا إتحدا موطناً. فإذا إختلفا يسري قانون الدولة التي تمَّ فيها العقد. هذا ما لم يتفق المُتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانوناً آخر يُراد تطبيقه ".

العقد قد تمّ في المكان والزمان اللذين يَعلم فيها الموجب بالقبول ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

وبنفس المعيار سار المُشرّع الأردني في المادة ٢٠ فقرة أولى: " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي تمّ فيها العقد هذا ما لم يتفق المُتعاقدان على غير ذلك ".

وقد لاقى قانون الموطن المُشترك بعض المواقف المُعارضة :

١- يجد جانب من الفِقهاء[٢] أنّ عدم الإلمام بأحكام القانون الأجنبي لا يعني بالمُطلق الإلمام بالقانون الوطني أو قانون الموطن المُشترك من الأطراف إذ أنّ قانون مكان الأبرام أو مكان التنفيذ أو قانون الجنسية المُشتركة هو معلوم أيضاً للأطراف على نحو مماثل .

٢- ويجد جانب آخر من الفِقهاء[٣] أنّه من الشائع في عقود التجارة الدولية أن يكون للمُتعاقدين موطنان مختلفان .

٣- أن الموطن الُمشترك للمُتعاقدين يصعب تطبيقه في مجال المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت, وذلك لأنّ التعامل عبر شبكة الأنترنت يعتمد على العناوين الإلكترونية, لا على العنوان الحقيقي, فهناك مواقع على الشبكة تحمل عناوين ترتبط ببلدان مُعيّنة ومع ذلك لا يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنى المتعارف عليه [٤] .

---

[١] المادة ٨٧ – فقرة أولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ : " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تمّ في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد إتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ".

[٢] منير عبد الحميد , **تنازع القوانين في علاقات العمل الفردي** , منشأة المعارف , ١٩٩٥ , ص ١٠١ .

[٣] هشام علي صادق, الموطن في القانون الدولي الخاص, تنازع القوانين, الإسكندرية الفنية للطباعة والنشر, ١٩٩٧, ص ٣١٠ , مأخوذ عن هبه تامر محمود عبد الله , مرجع سابق, ص ٢٣٥ ,

[٤] زهر بن سعيد , مرجع سابق, ص ١٨٧ .

على صعيد الإتّفاقيات الدولية, فقد اعتبرت إتّفاقية فيينا للعقد الدولي لعام ١٩٨٠ أنّ إختلاف موطن الأطراف هو الأساس في معيار العقد الدولي .

الفصل الثاني: قواعد الإسناد الإحتياطية المُقررة في الإتّفاقيات الدولية وخصوصية عقود التجارة الإلكترونية.

لقد إقتصرت مهمة الدول في وضع تشريعات وتنظيم إتّفاقيات خاصة بهدف حماية عقود التجارة الدولية, إلاّ أنّ الإتّفاقات الدولية سعَت الى وضع قواعد إسناد إحتياطية موجودة بخصوص عقد البيع الدولي .

من هذه الإتّفاقيات إتّفاقيتي روما لسنة ١٩٨٠و ٢٠٠٠. إتّفاقيتي لاهاي لسنة ١٩٥٥ و١٩٨٦ القانون واجب التطبيق على عقود البيع الدولية .

سنتناول في هذا الفصل القانون واجب التطبيق وفقاً للإتّفاقيات المُتعلّقة بالقانون الدولي الخاص(مبحث أول) والإتّفاقيات المُرتبطة بالتجارة الدولية(مبحث ثان).

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق وفقاً للإتّفاقيات المُتعلّقة بالقانون الدولي الخاص.

سنتناول في هذا المبحث القانون الواجب التطبيق وفقاً لإتّفاقية روما لسنة ١٩٨٠و٢٠٠٨ (فقرة أولى), والقانون واجب التطبيق وفقاً لإتّفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥و١٩٨٦(فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : إتّفاقية روما لسنة ١٩٨٠و٢٠٠٨.

نصّت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من إتّفاقية روما لسنة ١٩٨٠ على أنّه في حال عدم إختيار القانون واجب التطبيق يُطبّق قانون الدولة التي لها صِلة أكثر إرتباطاً بالعقد .

" إنّ العقد يخضع في غياب الإتّفاق لقانون الدولة الأكثر إرتباطاً بالعقد, ويُفترض أنّ العقد أكثر إرتباطاً بالدولة التي يوجد فيها وقت إبرام العقد محل الإقامة المُعتاد للمُتعاقد الذي يُعَد أداؤه جوهراً للعقد أو الدولة التي يوجد بها المقر الرئيسي للنشاط التجاري بالنسبة للعقود التجارية, أو الدولة التي توجد بها الأموال غير المنقولة إذا كان موضوع العقد يتعلّق بأموال غير منقولة ".

كما ونصّت الفقرة الثانية من نفس المادة على تطبيق قانون صاحب الأداء المُميّز في العقد .

مع الإشارة الى أنّه في حال أمكن فصل جزء من العقد عن بقية الأجزاء, وكان هذا الجزء أكثر إتصالاً بقانون بلد آخر, فيُطبّق قانون هذا البلد .

إنّ تعبير الأداء المُميّز في الإلتزامات التعاقدية, يُقصد به الإلتزام الأكثر أهمية أو الصفة التي تميّز العقد عن بقية العقود. كما في إلتزام تسليم المبيع , فهو الإلتزام الأهم في عقد البيع, إضافةً الى ذلك فإنّ تسليم المبيع يُعطي صفة البيع للعقد [١].

---

[١] عوني محمد الفخري, إتّفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية , دراسة في القانون الدولي الخاص تضمن شرحاً لإتّفاقية روما المُشار اليها مع نظرة في تنازع القوانين من حيث المكان في التشريع العراقي فيما يتعلق بالإلتزامات التعاقدية في مجال المعاملات المالية, بغداد, ٢٠٠٧, ص ٤٤.

أمّا إتّفاقية روما فتَقصد من هذا التعبير الإلتزام الأكثر أهمية. وهو يربط العقد جوهرياً بالبيئة الإجتماعية والإقتصادية التي يُشكّل العقد جزءاً منها, إذ هو المُسيطر على العقد في طبيعته ويُمثل النشاط الذي يرجوه المجتمع أو تُنشده التجارة بإعتباره ضرورياً لصيانة ونمو البيئة الإجتماعية الإقتصادية الوطنية والدولية معاً [١].

ولمعرفة الأداء المُميّز أو تشخيصه يجب الإعتماد على عناصر الإرتباط الداخلية للعقد دون الخارجية والتي لاعلاقة لها بجوهر العقد [٢].

كما ونصّت الفقرة الثالثة من المادة ١١٧ من القانون الدولي الخاص للإتحاد السويسري الصادر سنة ١٩٨٧ [٣] على ما يلي :

" تعتبر الأداءات التالية مُميّزة :

أ- أداء نقل المُلكية في عقود نقل ملكية مال .

ب- أداء الطرف الذي يقوم بمنح المنفعة في عقود إستعمال شيء أو حق .

ت- أداء الخدمات في عقود الوكالة والمقاولة وغيرها من عقود تقديم الخدمات .

ث- أداء المُودع لديه في عقود الوديعة .

ج- أداء الضامن أو الكفيل في عقود الضمان أو عقود الكفالة ".

---

[١] عوني محمد الفخري, مرجع سابق, ص ٤٤- ٤٥ .

[٢] عوني محمد الفخري, مرجع سابق, ص ٤٥.

[٣] عوني محمد الفخري, مرجع سابق, ص٤٦ .

نصّت المادة الرابعة من إتّفاقية روما (١) لسنة ٢٠٠٨ [1] على ما يلي:

في حال عدم الإختيار الصريح أو الواضح من الظروف المحيطة بالعقد للقانون الواجب على العقد, يُطبّق قانون الإقامة المُعتادة لصاحب الأداء المُميّز في العقد .

---

[1] Article 4 of the REGULATION (CE) N° 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL , OF 17 June 2008 ,on the law applicable to contractual obligations (Rome 1), Official Journal of the European Union 4.7. 2008

Applicable law in the abscence of choice :

1 – To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3 and without prejudice to Articles 5 to 8 , the law governing the contract shall be determined as follows :

(a) A contract for the sale of goods shall governed by the law of the country where the seller has his habitual residence ;

(b) (b) a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence;

(c) (c) a contract relating to a right in rem in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated….

2- Where the contract is not covered by paragraph 1 or where the elements of the contract would be covered by more than one of points (a) to (h) of paragraph 1 , the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence .

3- Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply .

4- where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraphs 1 or 2, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected .

ومن الأمثلة على ذلك : قانون موطن الإقامة المُعتاد لبائع السلع في عقد بيع السلع, قانون موطن الإقامة المُعتاد لمزوّد الخدمة في عقد الخدمات, قانون مكان وجود المال غير المنقول في ما يتعلّق بالحقوق العائدة للمنقولات غير المادية ...

على أنّه في حال تعذر تحديد الأداء المُميّز في العقد , يُطبّق قانون البلد الذي يرتبط فيه العقد بصلات أوثق .

الفقرة الثانية : إتّفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥و١٩٨٦ .

أ- قانون دولة البائع :

نصّت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من إتّفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥[١] على ما يلي :

" في غياب إتّفاق الطرفين على القانون واجب التطبيق, طبقاً للشروط المُبيّنة في المادة السابقة, يخضع البيع للقانون الداخلي للبلد الذي يوجد فيه محل الإقامة المُعتاد للبائع وقت تلقّيه طلب الشراء .إذا تمّ إستلام الطلب من قبل إحدى المنشآت التابعة للبائع, فإنّ البيع يخضع للقانون الداخلي البلد التي توجد فيه تلك المنشآت ".

كما نصّت المادة ٨ من إتّفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦[٢] على ما يأتي :

---

(1) Article 3: paragraph 1,The Hague Convention on the law applicable to international sale of goods ,(1955) .Hague conference on private international law.

In default of a law declared applicable by the parties under the conditions provided in the preceding article , a sale shall be governed by the domestic law of the country in which the vendor has his habitual residence at the time when he receives the order. If the order is recieved by an establishment of the vendor, the sale shall be govered by the domestic law of the country in which the establishment is situated.

(2) Article 8(1) of Hague Convention on the law applicable to contracts for the international sale of goods. (concluded 22 December 1986).To the extent thats the law applicable to a contract of sale has not been chosen by the parties in accordance with the article 7 ,the contract is governed by the law of the state where the seller has his place of business at the time of conclusion of the contract.

" إذا لم يتم اختيار القانون واجب التطبيق على عقد البيع طبقاً لأحكام المادة السابعة, يخضع البيع لقانون الدولة التي يوجد فيها المركز التجاري للبائع وقت إبرام العقد ".

لكن بإجراء مقارنة بين الإتّفاقيتين, يظهر لنا أنّه بالرغم من إتّفاقهما على القاعدة العامة والتي تقضي بإخضاع العقد لقانون دولة البائع إلاّ أنّهما إختلفتا ببعض التفاصيل وهي الآتية :

- أخذت إتّفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ بمحل الإقامة المُعتاد للبائع عموماً دون مركز التجارة إلاّ إذا إستُلم الطلب من قبل إحدى المنشآت التابعة للبائع ويُطبّق في هذه الحالة قانون البلد التي توجد فيه هذه المنشأة .

في حين أخذت إتّفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦ بالمركز التجاري للبائع كقاعدة عامة .

- أخذت إتّفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ بالوقت الذي يُستلم فيه الأمر أو الطلب لتعيين موطن البائع في حين أخذت الإتّفاقية الثانية بالوقت الذي يتم فيه إبرام العقد, دون بيان للمعيار الذي بموجبه يعتبر العقد مُنعقداً,إذ أنّها تركت مسألة زمان إنعقاد العقد دون تحديد, وهي مسألة صعبة خاصة في البيوع الدولية ليفتح المجال واسعاً أمام الإجتهاد وتحكّم القضاء.

ب – قانون دولة المُشتري .

نصّت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من إتّفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ [١]: " إذا إستلم البائع أو وكيله أو نائبه طلب الشراء في الدولة التي يوجد فيها الموطن المُعتاد للمُشتري أو توجد بها منشأته التي قدمت طلب الشراء فإنّ القانون الداخلي لتلك الدولة يكون هو الواجب التطبيق على عقد البيع. أي أنّ قانون دولة البائع يستبعد في هذه الحالة ليُطبّق بدلاً منه قانون دولة المُشتري .

---

[1] Article 3: paragraph 2 ,of the Hague Convention on the law applicable to international sale of Goods. (1955) .

Hague conference on private international law.

Nevertheless, a sale shall be governed by the domestic law of the country in which the purchaser has his habitual residence, or in which he has the establishment that has given the order , or the order has been received in such country, whether by the vendor or by his representative, agent or commercial traveller.

كذلك فقد نصّت الفقرة الثانية من المادة الثامنة من إتّفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦[١] على تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها المركز التجاري للمُشتري وقت إبرام العقد وذلك في ثلاث حالات :

- إذا تمّت المفاوضات وأبرم العقد بحضور الطرفين في الدولة المذكورة .
- إذا تضمن العقد نصاً صريحاً يُلزم البائع بتنفيذ إلتزاماته بتسليم المبيع في الدولة المذكورة .
- إذا أبرم العقد وفقاً للشروط التي حددها المُشتري إستجابةً الى دعوة للتعاقد موجّهة من البائع .

غير أنّ الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من نفس الإتّفاقية[٢] أوردت إستثناء" على هذه القاعدة جاء فيه:" أنّه إذا تبيّن من مجموع الظروف (مثل العلاقات التجارية بين طرفين) أنّ العقد يرتبط بشكل واضح بقانون آخر, فإنّ هذا القانون هو الذي يجب تطبيقه على العقد بدلاً من قانون دولة".

كما وجاء في المادة الثامنة فقرة رابعة من الإتّفاقية[١] الى أنّه لا يمكن أن تطبّق أحكام الإتّفاقية الثالثة السالف ذكرها إذا كان كل من البائع والمُشتري وقت إتمام العقد أو وقت إنعقاده قد

---

[1] Article 8(2): a- negotiations ,were conducted , and the contract concluded by and in the presence of the parties in that state or.

Article 8(2): b –the contract provides expressly that the seller must perform his obligation to deliver the goods in that state or.

Article 8(2): c-the contract was concluded on terms determined mainly by the buyer and in response to an invitation directed by the buyer to persons invited to bid (a call for tenders).

[2] Article 8(3):by way of exception,where in the light of the circumstances as a while instance any business relations between the parties the contract is manifestly more closely connected with a law which is not the law which would otherwise be applicable to the contract under paragraph 1 or 2 of this article , the contract is governed by that other law.

تعاطيا الأعمال التجارية في دولة قامت بوضع تحفّظ بموجب المادة ٢١ فقرة أولى وثانية من نفس الإتّفاقية .

---

(1) Article 8(4): paragraph 3 does not apply if ,at the time of the conclusion of the contract the seller and the buyer have their place of business in states having made the reservation under article 21 paragraph 1 sub- paragraph b.

المبحث الثاني: الإتّفاقيات المُتعلقة بالتجارة الدولية.

إنّ خصوصية عقود التجارة الإلكترونية وصعوبة تركيزها مكانياً كونها تُبرم بواسطة الأنترنت بحيث تفتقر للمجلس المادي للعقد, دفعتا الى الأخذ بعين الإعتبار الى أنّ إبرام عقود التجارة الإلكترونية وما يستلزمها من عرض وقبول وتنفيذ يجري بطريق غير محسوسة وفي فضاء إلكتروني, مما يصعب معه تركيز العقد في مكان دون آخر إلاّ على أساس إفتراضي وهو لا يعدو أن يكون إلاّ ضربا" من ضروب الإفتراض القانوني .

سنتناول في هذا المبحث قانون Lex Mercatoria (فقرة أولى) وقانون الأونيسترال النموذجي (فقرة ثانية) .

الفقرة الأولى: قانون Lex Mercatoria

نصّت المادة ٨١٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد[١] : " يفصل المُحكّم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي إختارها الخصوم وإلاّ فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة, وهو يَعتد في جميع هذه الأحوال بالأعراف التجارية ".

إذا لم يكن للمنشىء أو المرسل مقر عمل, يُشار من ثمّ الى محل إقامته المُعتادة .

هناك إتجاه يرى بإخضاع عقود التجارة الإلكترونية الى ما يُسمى بالقانون التجاري المُشترك بين الأمم أو ما يُسمى بـ Lex Mercatoria أي مجموعة الأعراف والعادات الدولية السائدة في نوع التجارة أو المهنة التي يتعلّق بها العقد .

فهي تلك القواعد والنُظُم التي تنشأ في وسط تجاري أو مهني مُعيّن, فلا تنتمي الى دولة مُعيّنة وإنّما الى بيئة خاصة, وتَفترض تطبيقات تقنية تتم في أوساط المهنة الواحدة وتختلف بإختلافها .

وهذه العادات والأعراف غير صادرة عن سلطة رسمية فهي تولد بشكل عفوي من قبل فئة أو جماعة مُعيّنة تطبقها وتعتبرها مُلزمة , ثمّ تمتد تدريجياً مع الوقت وتتوسع رقعة إنتشارها لتلقى

---

[١] المرسوم الإشتراعي رقم ٩٠ تاريخ ١٩٨٣/٩/١٦ وتعديلاته .

في مرحلة أولى قبولاً وإعترافاً من قبل المعنيين بها, وفي مرحلة ثانية من قبل المحاكم لكي تكتسب نتيجة هذا القبول والإعتراف قيمة قانونية مُلزمة. فهي لا تتحصل من التشريعات الداخلية أو المحلّية بل هي وليدة التنظيم الذاتي لمُستخدمي شبكة الأنترنت أنفسهم [١].

يضاف الى ذلك بعض العادات التي درج على ممارستها التُجار في البنود التي يتكرر إدراجها في العقود التجارية الدولية [٢].

فالمسألة تتصل بالتطبيقات التجارية, وبالعادات أو العقود النموذجية, التي تستعمل بشكل شاسع, والتي يتوقع رجال الأعمال المُلتزمين في حقل التجارة الدولية أن يحترمها ويخضع لها المُتعاقدون معهم[٣]. فهي من وضع ممتهني التجارة الدولية مباشرة, ودون تدخل تشريعي أو خارجي, تفرض نفسها كقواعد قانونية لها بيئتها وخصائصها المُلزمة على الأشخاص اللذين تتوجه اليهم تلك القواعد, وهي أساساً ناشئة عن تعاملهم [٤].

هذا القانون, الذي يتّسم بطابعه غير الوطني, يلقى حظه من التطبيق العملي بمنازعات التجارة الدولية المطروحة على المُحكّمين, حيث يعتبر هؤلاء أنّ القانون التجاري المُشترك هو قانون إختصاصهم الذي يمكن تطبيقه مباشرةً على النزاع دون حاجة لإعمال منهج التنازع بما يؤدي اليه من تطبيق القانون الداخلي لدولة ما على العقد, خاصةً وإنّ هذا القانون المُشترك يتضمن قواعد صُنعت خصيصاً لتستجيب لاعتبارات التجارة الدولية على خلاف القوانين الداخلية[٥].

---

(١) طوني ميشال عيسى, **التنظيم القانوني لشبكة الأنترنت,** دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والإتفاقيات الدولية , الطبعة الأولى ٢٠٠١, ص ٤٧٢ .

(٢) فايز الحاج شاهين, القانون الواجب التطبيق على أساس النزاع , تلك التي يختارها الفرقاء و عادات التجارة , المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي, العددان الرابع عشر والخامس عشر, ص ٣٣.

(3) vi.Antonie Kassis. Theorie générale des usages du commerce L.G.D.J 1984 .
مأخوذ عن سامي بديع منصور, مرجع سابق, ص ٤٩٩.

(4) Goldman.in archives des philosophie du droit . 1964.p.188
مأخوذ عن سامي منصور , مرجع سابق , ص ٤٩٩ .

(٥) هشام صادق , مرجع سابق , ص ١٣ .

كما ويرى الكثيرون أنّ في طرح التنظيم الذاتي لشبكة الأنترنت حلاً مثالياً وآلية مُبتكرة في تنظيم إستخدام هذه الشبكة [1], ويدعم هذا التوجه ويؤيّده فريق واسع من الفِقهاء الأمريكيين .

إلاّ أنّ هذا القانون لم يمنع المُحكّمين الدوليين من اللجوء الى المبادىء العامة في تنازع القوانين بما تؤّدي اليه من إختصاص القانون الداخلي لدولة ما, وذلك بهدف سدّ النقص الكامن في هذا القانون والذي لم يُشكل بعد نظاماً قانونياً متكاملاً يُمكن الرجوع اليه في شأن كافة جوانب المنازعات العقدية.

كما ويعتبر أنصار هذه النظرية أنّ العادات والأعراف, عندما تتركز وتتكون تدريجياً على المستوى العالمي, تمتاز في قدرتها على أن تلعب دوراً مرجعياً متجاوزاً الحدود وبالحد الأدنى من المشّقة والعناء على الصعيد القانوني .

إلاّ أنّ هذا التوجّه لا يلقى إجماعاً, فيجد البعض الآخر أنّ من شأن هذا التوجه أن يؤدي الى تعزيز نظام الرقابة الحكومية على شبكة الأنترنت, وفرضٍ قواعد ضيقة للحُريَّات العامة .

أما على صعيد القانون اللبناني[2] فقد ترك للقاضي المجال واسعاً لتطبيق الأعراف السائدة لحل المُنازعة المفروضة عليه .

الفقرة الثانية : قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦ :

نتيجة إزدياد معاملات التجارة الإلكترونية, بحيث أصبحت واقعاً عملياً فرضَ نفسه على المستوى الدولي, مما أدى الى نشأة هيئة الأمم المتحدة , ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون

---

(1) Pierre Trudel ; Quel droit pour la cyber presse ? La régulation de l'information sur l'internet , légibpresse , II , mar 1996, p.15 , n°23

مأخوذ عن بولين أنطونيوس, تحديات شبكة الأنترنت , على صعيد القانون الدولي الخاص, دراسة مقارنة, منشورات الحلبي الحقوقية, ص ٦٧ .

(٢) المادة ٢٢١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ١٩٣٢/٣/٩ وتعديلاته , منشورات زين الحقوقية: " إنّ العقود المنشأة على الوجه القانوني تُلزم المُتعاقدين . ويجب أن تُفهم وتُفسر وتُنفّذ وفقاً لحسن النيّة والإنصاف والعُرف "

المادة ٣٧١ من القانون المذكور أعلاه , " يجب أيضاً على القاضي أن يعقد من تلقاء نفسه بالبنود المرعية عرفاً, وإن كانت لم تُذكر صراحة في نص العقد ".

التجاري الدولي (الأونيسترال), حيث قامت بإصدار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦ بوصفه قانوناً إسترشادياً يُمكن من خلاله الإستفادة منه أساساً عند إصدار التشريعات الوطنية للتجارة الإلكترونية .

إنّ أهمية هذا القانون تكمُن في أنّ قواعده ليست إجبارية بمعنى أنّها لا تُفرض وإنّما تُعرض بشكل إختياري على المُشرّعين.

يحتوي هذا القانون على مجموعة من القواعد والإرشادات التي تهدف الى تهيئة بيئة قانونية أكثر ملاءمة للتجارة الإلكترونية من خلال الإعتراف بتبادل البيانات إلكترونياً وقبول الرسائل الإلكترونية والإعتراف بالإثبات الإلكتروني كما صدر أيضاً قانون الأونيسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني لسنة ٢٠٠١ بهدف الإعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني وبيان الشروط والمتطلبات اللازمة لذلك [١].

في ما يتعلّق بمكان إبرام العقد الإلكتروني, فإنّ القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وبعض القوانين الوطنية إعتدت بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه, وإذا كان للمُنشىء أو للمرسل اليه أكثر من مقر عمل, فإنّه يُعمل بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة المُتعلّقة بالتعاقد الإلكتروني وتنفيذه, وفي حالة عدم وجود تلك العلاقة يُعمل بمقر العمل الرئيسي, وفي حال عدم وجود مقر عمل المُنشىء أو المُرسل اليه يُعمل بمحل الإقامة المعتاد, ويمكن إعتماد محل إقامة المُتعاقد غير المحترِف, وهو (المُستهلك غالباً) مكاناً لإبرام العقد الإلكتروني ما لم يتّفق الطرفان على خلاف ذلك [٢].

وهذا ما شددت عليه الفقرة الرابعة من المادة الخامسة عشر من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦ إذ نصّت على ما يلي[٣] :

---

[١] خالد ممدوح إبراهيم محمد إبرام العقد الإلكتروني, رسالة مُقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق, مجلة الحقوق, العدد الثالث , السنة الثلاثون, أيلول ٢٠٠٦, ص ٤٤١.

[٢] خالد ممدوح إبراهيم محمد , المرجع أعلاه , ص ٤٤١

[٣] وسيم شفيق الحجار, **الإثبات الإلكتروني**, منشورات صادر الحقوقية, ص ٣٤٣.

ما لم يتفق المُنشىء والمرسل اليه على غير ذلك, يُعتبر أنّ رسالة البيانات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المُنشىء , وأستلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه وذلك:

- إذا كان للمنشىء أو المرسل اليه أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل هو المكان الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.
- إذا لم يكن للمُنشىء أو المرسل اليه مقر عمل , يُشار من ثمَّ الى محل إقامته المُعتاد .

الخاتمة:

تطرقنا في بحثنا هذا للعقد التجاري الإلكتروني الذي يُعدّ الصورة المثلى للعقد التجاري الدولي .

ومن خلال هذا البحث يُمكن الإستنتاج أنّ القانون واجب التطبيق على العقود التجارية الدولية من الناحية الشكلية هو واحد لا مجال للشك فيه بحيث نُطبّق قانون إبرام العقد .

أمّا من الناحية الموضوعية, فالأصل أن يخضع العقد لقانون الإرادة سواء أكانت صريحة أم ضِمنية, ولكن يُشترط لتطبيق قانون الإرادة أن يكون العقد دوليا" وفقا للمعيارين الإقتصادي أو القانوني على إعتبار أنّ العامل الأهم في العقد الدولي هو أن يتعلّق بحاجات التجارة الدولية.

لكن هذا المبدأ يرد عليه بعض الإستثناءات التي يتعطل بموجبها قانون الإرادة تتمثل خاصة في حالة المساس بحقوق المُستهلك, أو مخالفة النظام العام أو إستخدام أحد وسائل الغش نحو القانون .

ولاحظنا من خلال بحثنا أنّ قواعد القانون الدولي الخاص أصبحت غير قادرة على مواجهة تطورات التكنولوجيا المُتسارعة, ذلك أنّ عقود التجارة الإلكترونية لها معطياتها الخاصة, التي تتطلب قانوناً ذات طبيعة خاصة يُراعي العلاقات القائمة عبر شبكة الأنترنت, خاصة في الحالة التي لا يعيّن فيها المُتعاقدون القانون المطبّق على عقدهم, كما يتعذر كشف إرادتهم الضِمنية.

إذ تتميّز عقود التجارة الإلكترونية بجملة من الخصائص, وهي السرعة في إنجاز العمليات التجارية, وتوفير الخيارات الأفضل من خلال المقارنة بين عدد من العروض.

كما أنّ عقود التجارة الإلكترونية هي شكل من أشكال عقود التجارة الدولية, لذلك فإنّ قواعد

تنازع القوانين التقليدية لم تضع في إعتبارها إمكانية إنجاز العقود الدولية عن طريق الفضاءات الإلكترونية لأنّ حل تنازع القوانين وفقاً للطرق التقليدية يتوجب بداية تركيز العقد مكانياً ثم تحديد القانون المُنطبِق عليه, وهذا ليس بالأمر السهل في ظل عقود التجارة الإلكترونية وذلك بسبب إنعدام المجلس المادي والشخصي للمُتعاقدين.

يتّفق فقهاء القانون على أنّ التجارة الإلكترونية لا تختلف عن التجارة بمفهومها التقليدي , وإنّ الإختلاف يرجع الى الوسيلة المُستخدمة لإجراء المفاوضات وإبرام العقود, ومحور الإختلاف هو إنّ إتمام هذه الصفقات يكون عبر شبكة ذات طبيعة دولية, كما لا يمنع أن تكون محلية .

وعلى صعيد تشريعات الدول العربية فقد لاحظنا أنّها لم تتناول موضوع عقود التجارة الإلكترونية (باستثناء ما صدر من تشريعات تتعلق بالإثبات الإلكتروني). إنّما تطرقت لموضوع العقود الدولية وعقود المسافة والتي إستعنّا بها على سبيل القياس, بإستثناء مصر التي وضعت مسودة مشروع التجارة الإلكترونية .

على صعيد التشريع اللبناني, فلم يتضمن قانون التجارة اللبناني أحكاما" خاصة تتعلّق بالتجارة الإلكترونية وقد جاء بعيداً عن التطور التكنولوجي والثورة التكنولوجية. لذلك فلا بد من تعديله وتنظيمه وإخراجه من جموده بشكل يتناول هذه العقود من كافة جوانبها.

أمّا على صعيد الإتفاقيات فلم نجد إتفاقية موحّدة لعقود التجارة الإلكترونية تستطيع الدول الإنضمام اليها والإستعانة بها بهدف تنظيم علاقاتهم القائمة عبر شبكة الأنترنت .

من هنا لا بد من عرض المُقترحات التالية التي تساعد في تنشيط هكذا نوع من التجارة خاصة أنّ التعامل عبر وسائل الإتصال الإلكترونية هو في تزايد مُستمر لذا:

أولاً : يجب تحديد القانون واجب التطبيق على العقد بدقة, تجنباً للدخول في تعقيدات القضاة من حيث تكييف العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق.

ثانياً: يقتضي الحرص على فعالية إرادة ذوي الشأن في حماية مصالحهم العقدية على النطاق الدولي في ميدان التجارة الإلكترونية وخاصة المُستهلك كونه الطرف الضعيف في العقد لذلك فلا بد من تطوير قانون حماية المُستهلك .

ثالثاً: يقتضي على المُشرّع مواكبة التطورات الهائلة التي تشهدها شبكة الأنترنت وما ينتج عنها من عقود تُبرم دون أسناد ورقية موقّعة بخط اليد كما جرت عليه العادة في العقود التقليدية.

رابعاً: إصدار تنظيم قانوني خاص ومتكامل من جميع الجوانب بصدد عقود التجارة الإلكترونية, ذلك أنّ المفاهيم التقليدية للإختصاص التشريعي والقضائي التي وضعت لتنظيم مُجتمع مقسّم الى دول يفصل بينها حدود سياسية وجغرافية لا تتلاءم مع مُجتمع إفتراضي ينقسم الى شبكات إتصال ومجالات ومواقع ويب ويلزم البحث عن حلول تُناسب حالة العقد الإلكتروني تتمثل في إنشاء نظام قانوني مُستقل عن القوانين الوطنية, ومن أهم هذه الحلول وضع قانون موضوعي خاص بالمعاملات الإلكترونية LEX. Electronica على غرار القانون الموضوعي المُتعلق بالتجارة الدولية LEX.Mercatoria إضافةً الى التحكيم الإلكتروني .

خامساً: على المُشرّع اللبناني تنظيم التجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية بشكل خاص في تشريعات حديثة وإعتماد قاعدة حُريّة الإثبات في المواد التجارية وذلك بهدف تشجيع الغير على إستخدام هذا النوع من التجارة ويجب جعل قواعد الإثبات الإلكترونية في مرتبة قواعد الإسناد التقليدية .

سادساً: كما ولا بدّ من تطوير القانون المدني اللبناني وتحديد زمان ومكان إنعقاد العقد

وشكلياته حينما يكون إلكترونياً .

سابعاً: إعتبار مادة العقود الإلكترونية مادة منهجية مُستقلة في الجامعات وهو ما بدأت تطبّقه الجامعة اللبنانية.

ثامناً: صياغة شروط القانون واجب التطبيق على العقد الدولي وفَض المُنازعات الناجمة عنه وفقاً لقواعد محددة يتعيّن رسم أحكامها على مستوى التشريع الوضعي والدولي .

تاسعاً: يتعيّن تقديم المزايا والحوافز للمتعاملين في هذا المجال سواءً برفع القيود أو بتقديم التيسيرات والإعفاءات الضريبية والجُمركية .

عاشراً: ضرورة تشجيع المُنتجين على خوض التجارة الإلكترونية وذلك بسبب وجود الكثير من المخاوف من جانب التجار من التعامل بالطرق الإلكترونية , إمّا لعدم القدرة على هذا التعامل أو لعدم الرغبة فيه .

حادي عشر: تأمين مناخ قانوني آمن وفعّال يُلاحق الإعتداءات والقرصنات في العالم الإلكتروني وتنظيم وسائل حماية للأفراد والمواقع والدول .

ثاني عشر: صياغة تشريعات الدول بشكل يتناسب وإستخدام بدائل للأشكال الورقية للإتصال وتخزين المعلومات .

ثالث عشر: وجود إتّفاقية موحّدة لتنظيم التجارة الإلكترونية لأنّ التوحيد هو الحل في المفهوم والتطبيق والنتائج وتضمين إتّفاقية تضع الحلول الكفيلة لتوحيد وجهات النظر .

رابع عشر: ضرورة إنشاء كُليّات متخصصة توجّه طاقاتها البحثية الى موضوعات التجارة الإلكترونية وقانون الأنترنت وآليات السداد والجريمة الإلكترونية وتزويد مكتباتها بالمراجع

المُتخصصة .

خامس عشر: كما يمكن شمول العقد بديلاً آخر لحل المُشكلات التي قد تنشأ وهو التحكيم الإلكتروني الذي يتم فيه وضع إجراءات التحكيم وتبادل الوثائق إلكترونياً, وإصدار الأحكام التي تكون نافذة في حق الأطراف في ضوء الإجراءات التي تمّ الإتّفاق عليها .

إذ إنّ الصعوبات والإجراءات المُعقّدة التي تتطلبها طرق التقاضي العادية والتي لا تتناسب مع طبيعة شبكة الأنترنت إضافةً الى صعوبة تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص على شبكة الأنترنت كان الإتجاه نحو التحكيم مع الأخذ بعين الإعتبار ضرورة تعديل النصوص الأساسية التي ترعى التحكيم الدولي والتي تتضمنها إتفاقية نيويورك والتي تفترض الكتابة والتوقيع بجعلها تتلاءم مع طبيعة الشبكة .

وبحسب رأي الفِقه فإنّ التحكيم هو عبارة عن طريقة تهدف لإيجاد حل لقضية تخصّ العلاقات بين شخص أو أكثر عن طريق مُحكّم أو مُحكّمين يستمدون سلطتهم من إتفاق خاص بين الأطراف, ويتخذون قرارهم على أساس الإتّفاق المذكور دون أن يكونوا مخوّلين من قبل الدولة بهذه المهمة .

كما أنّ التحكيم يتيح اللجوء الى أكثر الجهات خبرة للتعامل مع مسائل التجارة الدولية ذات التقنية المُعقّدة وتتيح الثقة بكفاءة الجهة الي تتولى البت في النزاع .

كما أنّها تجتاز مُشكلات غياب النصوص القانونية في الكثير من المواضيع التي لها علاقة بالتجارة الإلكترونية .

ومن مزاياها أنّها تُهيىء الفرصة لإفلات النزاع الدولي من الخضوع للقوانين الداخلية كي يخضع لقانون خاص ذاتي يتلاءم ومعطياته .

ويَعرف الفرقاء مُسبقاً ما هي السلطة المُختصة لحلّ نزاعاتهم وما هو القانون الذي سيطبّق عليهم, وهذا ما يُعرف " بثبات الحالة القانونية ".

لم يقف الأمر عند مجرّد الصفقات عن طريق العقود الإلكترونية بل تطور الأمر ووصل الى حد إنشاء شركات إلكترونية بين شخصين أو أكثر أو شركتين أو أكثر لم يلتقيا من قبل على أرض الواقع ولم يتصافحا يوماً ما وهي ما عرفت حديثاً بالشركات الإلكترونية, بل تطور الأمر ووصل الى حد إنشاء الشركات الإلكترونية الإفتراضية ولكن ما مدى قانونية هذه الشركات وكيانها القانوني المحلي والدولي, وما مدى خطورتها على التجارة العالمية والإستثمارات الدولية.؟؟؟؟

المراجع باللغة العربية.

المؤلفات:

أولاً:المراجع العامة:

الحداد حفيظة السيد, القانون الدولي الخاص, الكتاب الأول, تنازع القوانين, منشورات الحلبي الحقوقية طبعة ٢٠٠٧.

العوجي مصطفى, القانون المدني, الجزء الاول, العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية, الطبعة الاولى, مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع, بيروت لبنان, ١٩٩٥ .

ديب فؤاد, القانون الدولي الخاص, تنازع القوانين, جامعة دمشق .

عبد الله عز الدين, القانون الدولي الخاص, الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين, الطبعة الخامسة, دار النهضة العربية مصر, ١٩٦٥.

عيد إدوار, موسوعة أصول المُحاكمات المدنية, جزء ١٢,(التحكيم), مطبعة نمنم, بيروت ١٩٨٩.

عبد الحميد منير, تنازع القوانين في علاقات العمل الفردي, منشأة المعارف, ١٩٩٥.

عبد العال عكاشة محمد, قانون العمليات المصرفية الدولية, دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية, الدار الجامعية ١٩٩٣.

عرب سلامة فارس, العقود الدولية, كلية الحقوق جامعة المنوفية, ٢٠١٠ .

صادق هشام علي, القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, منشأة المعارف, الإسكندرية, ١٩٩٥.

منصور سامي بديع, الوسيط في القانون الدولي الخاص, تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة, دار العلوم العربية, بيروت, لبنان.

منصور سامي بديع, العجوز أسامة, القانون الدولي الخاص, طبعة الثالثة, منشورات زين الحقوقية, بيروت ٢٠٠٩.

ياقوت محمود محمد, مدى حرية المتعاقدين في إختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي, ١٩٩٨.

ياقوت محمود محمد, حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق, منشاة المعارف, الاسكندرية, ٢٠٠٠ .

ثانياً: المراجع الخاصة:

أبو هشيمه عادل, حوته محمد, عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص, الطبعة الثانية, دار النهضة العربية, ٢٠٠٥ .

أبو الهيجاء محمد ابراهيم, عقود التجارة الالكترونية, الطبعة الثانية, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ٢٠١١ .

الجواري سلطان عبد الله محمود, عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق (دراسة قانونية مقارنة), الطبعة الاولى, منشورات الحلبي الحقوقية , ٢٠١٠ .

الحجار وسيم شفيق, الإثبات الإلكتروني, المنشورات الحقوقية صادر .

الفخري عوني محمد, إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية, دراسة في القانون الدولي الخاص تضمن شرحاً لإتفاقية روما المُشار اليها مع نظرة في تنازع القوانين من حيث المكان في التشريع العراقي فيما يتعلق بالإلتزامات التعاقدية في مجال المعاملات المالية, بغداد, ٢٠٠٧.

القارح شربل, قانون الأنترنت والتفاوض والوساطة على شبكة الأنترنت, الجزء الأول, منشورات صادر ٢٠١١.

السنباطي إيهاب, الموسوعة القانونية الإلكترونية, دار الجامعة الجديدة, القاهرة.

أيوب بولين أنطونيوس, تحدّيات شبكة الأنترنت على صعيد الدولي الخاص,(دراسة مقارنة), منشورات الحلبي الحقوقية .

بن سعيد زهر, النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, ٢٠١٠.

حجازي عبد الفتاح بيومي, حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت, الطبعة الاولى, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, ٢٠٠٦ .

خيال محمود السيد عبد المعطي, الأنترنت وبعض الجوانب القانونية, مكتبة دار النهضة, القاهرة, ١٩٩٨.

دنون سمير,العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية, الطبعة الأولى ٢٠١٢, المؤسسة الحديثة للكتاب, لبنان .

سلامة أحمد عبد الكريم, القانون الدولي الخاص النوعي(الالكتروني – السياحي– البيئي), الطبعة الاولى, دار النهضة العربية ,القاهرة .

عبد الله هبة ثامر محمود, عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة), الطبعة الاولى ٢٠١١, منشورات زين الحقوقية .

عيسى طوني ميشال, التنظيم القانوني لشبكة الأنترنت, دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والإتفاقيات الدولية , الطبعة الأولى ٢٠٠١.

ناصيف الياس, العقود الدولية – العقد الالكتروني في القانون المقارن, منشورات الحلبي الحقوقية, ٢٠٠٩.

الدراسة و المقال في الدوريات:

الحاج شاهين فايز, القانون الواجب التطبيق على أساس النزاع, تلك التي يختارها الفرقاء وعادات التجارة, المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي, العددان الرابع عشر والخامس عشر, ص ٣٢.

القشيري أحمد صادق," الإتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية ", المجلة المصرية للقانون الدولي, المُجلّد الحادي والعشرون, القاهرة, ١٩٦٥, ص ٦٣ .

حزبون جورج, قواعد تنازع القوانين بين الوصف الإجرائي والمُستحدث الموضوعي, مجلة الحقوق الكويتية, العدد الثاني, الكويت, السنة السادسة والعشرون ٢٠٠٢.

سابا وشركاهم ," العقود التجارية بين غائبين في تشاريع بعض بلدان الشرق الاوسط ", مجلة المحامي العددان ١-٢, بيروت ,السنة الحادية والعشرون, كانون الثاني وشباط ١٩٥٦, ص ٦٠.

صادق هشام,"القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية", مجلة الدراسات القانونية, العدد الاول, جامعة بيروت العربية, ٢٠٠٤, ص ٩.

صبيح نبيل محمد أحمد, "حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية ", مجلة الحقوق, العدد ٢, جامعة الكويت, حزيران ٢٠٠٨, ص ١٣٤.

عبد الله عزالدين," تنازع القوانين في العقد من حيث الموضوع ", الشرق الأدنى, دراسات في القانون, أيلول – كانون الأول , ١٩٦٧, ص ٨٤٩ .

عبد المجيد منير, "حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية", المحاماة, العددان الأول والثاني, مصر, كانون الثاني – شباط ١٩٩١, ص ٤٢ .

عجاقه جوزف," القانون التجاري اللبناني والأنترنت ", العدل, العدد الرابع, بيروت, السنة السابعة والأربعون, ٢٠١٣, ص ١٧١٩ .

رباح غسان," تطور وسائل حماية المُستهلك وطبيعتها القانونية ",العدل, العدد الثاني, بيروت السنة الخامسة والأربعون ٢٠١١, ص ٥١٩ .

محمد أشرف وفا, عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص, المجلة المصرية للقانون الدولي, العدد ٥٧ ,٢٠٠١ .

محمد خالد ممدوح إبراهيم ," إبرام العقد الإلكتروني", رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق, مجلة الحقوق, العدد الثالث, السنة الثلاثون, أيلول ٢٠٠٦. ص٤٣٩ .

منصور سامي, الإحالة كمبدأ نظرية يفرضها المنطق القانوني, مجلة العدل, السنة الثلاثون, ١٩٩٦.

الأحكام والقرارات القضائية:

أولاً: باز– خلاصة القرارات الصادرة عن محكمة التمييز المدنية :

محكمة التمييز, قرارات نهائية,غرفة أولى, قرار رقم ١٠٩ تاريخ ١٩٥٣/١١/٢٦, المعهد العلماني/لوهارس, باز, خلاصات عن جميع الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز, الغرفة المدنية الأولى والثانية من سنة ١٩٥٠ لغاية ١٩٥٣ مع الفهرس الهجائي, ص ١٤٦.

محكمة التمييز, قرارات نهائية, غرفة ثالثة, قرار رقم ٤٦ تاريخ ١٩٦٨/٣/١٤, مارون/ عبود, باز, خلاصة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز المدنية خلال سنة ١٩٦٨, المجموعة السادسة عشر, ص ٤١١.

محكمة التمييز المدنية قرار رقم ١٣ تاريخ ١٩٨٩/١٢/١٩, ناديا عبد الله أرملة بريدي/أبو غنام, باز, خلاصة القرارات الصادرة عن محكمة التمييز المدنية خلال عامي ١٩٨٩–١٩٩٠, بيروت ١٩٩٦, المجموعة التاسعة والعشرون, ص ١٩٠.

محكمة التمييز المدنية, الغرفة الرابعة, قرار رقم ١٩ تاريخ ١٩٩٤/٦/١٤,الخوري/ بوغسان, باز,خلاصة القرارات الصادرة عن محمكمة التمييز المدنية خلال العامين ١٩٨٨- ١٩٩٠, بيروت ١٩٩٦, المجموعة الثالثة والثلاثون, ص ٣٥٨.

محكمة التمييز- الغرفة الثانية, قرار رقم ٣٢ تاريخ ٢٠٠٧/٣/٢٢, ياسين/مرعبي, باز, خلاصة القرارات الصادرة عن محكمة التمييز المدنية خلال العام ٢٠٠٧, المجموعة السادسة والأربعون, ص ٢٦٢.

ثانياً: النشرة القضائية اللبنانية : مجلة حقوقية شهرية تصدرها وزارة العدلية اللبنانية.

محكمة إستئناف بيروت, الغرفة المدنية, قرار رقم ٣٤٢ تاريخ ١٩٥٠/٦/٢٦, النشرة القضائية اللبنانية, ١٩٥٠ السنة السادسة , ص ٦٠٣.

الحاكم المنفرد في عاليه, قرار رقم ٣١٥ تاريخ ١٩٥٣/٨/٢٦, النشرة القضائية اللبنانية, كانون الثاني ١٩٥٤, الجزء الأول , السنة العاشرة .

محكمة إستئناف البقاع المدنية, قرار رقم ٥٦, تاريخ ١٩٥٩/٩/٢, النشرة القضائية اللبنانية, ١٩٥٩, عدد ٢ ص٤٤٥.

محكمة التمييز المدنية الثانية, قرار رقم ٦٦ تاريخ ١٩٦٢/١٠/٣٠, النشرة القضائية اللبنانية, ١٩٦٢ طبعة ثانية, السنة الثامنة عشر, ص ٨٧٤ .

محكمة إستئناف بيروت المدنية , قرار رقم ٧٠١ تاريخ ١٩٦٢/٦/٨, النشرة القضائية اللبنانية, طبعة ثانية, ١٩٦٢,العدد ١٨, ص ٢٥٧ .

محكمة التمييز- الغرفة الثالثة, قرار رقم ٤٦ تاريخ ١٩٦٨/٣/٤, النشرة القضائية اللبنانية, تموز ١٩٦٨, الجزء السابع, السنة الرابعة والعشرون , ص ٨١٢ .

ثالثاً: صادر في التمييز:

محكمة التمييز, الغرفة الأولى, قرار رقم ١٠ تاريخ ١٩٩٩/١/٢٨, ورثة غودوفروا بيريتي/حمود, صادر في التمييز ١٩٩٩, ص ٣٩ .

رابعاً: العدل: مجلة نقابة المحامين بيروت, مجلة حقوقية تصدر كل ثلاثة أشهر.

محكمة الدرجة الاولى في بيروت, الغرفة الخامسة, قرار رقم ٢٠٠١/٣٢٧ تاريخ ٢٠٠١/٤/٢, الخضرا /الخضرا, العدل , ٢٠٠١, العدد الخامسة والثلاثون, صفحة ١٩٩ .

خامساً: كساندر: نشرة إحصائية توثيقية شهرية.

محكمة إستئناف جبل لبنان , الغرفة الرابعة , قرار رقم ٤٥١ تاريخ ٢٠٠٤/٥/١٠, ص ٨٦٥.

الأطروحات والرسائل:

الباني نافع بحر سلطان, تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية, إشراف عوني محمد الفخري ٢٠٠٤ .

ايعالي هانيا سمير ,القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي , إشراف عبده جميل غصوب , جامعة بيروت العربية , كلية الحقوق قسم الدراسات العليا– الدبلوم الخاص , ٢٠٠٥.

جابر ليندا إبراهيم, القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الأجنبي, إشراف حفيظة السيد حداد, محمد سعيد عبد الرحمن, جامعة بيروت العربية, كلّية الحقوق والعلوم السياسية , قسم الدراسات العليا, بيروت ٢٠١٣ .

وسمي صفاء إسماعيل, حماية المُستهلك في القانون الدولي الخاص, إشراف حفيظة السيد الحداد, جامعة بيروت العربية, كلية الحقوق والعلوم السياسية , قسم الدراسات العليا, بيروت ٢٠١٢.

النصوص القانونية:

– النصوص القانونية اللبنانية :

قانون الموجبات والعقود اللبناني , الصادر في ١٩٣٢/٣/٩وتعديلاته, منشورات زين الحقوقية.

قانون حماية المستهلك اللبناني الصادر برقم ٦٥٩ تاريخ ٢٠٠٥/٤/٢ و المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٦ الصادر في ١٠ /٢/٢٠٠٥ .

قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد, المرسوم الإشتراعي رقم ٩٠ تاريخ ١٩٨٣/٩/١٦, وتعديلاته.

وزارة الإقتصاد والتجارة (ECOMLEB) , **مسودة مشروع قانون متعلق بالاتصالات والكتابة والمعاملات الإلكترونية** , أيار ٢٠٠٥.

– النصوص القانونية العربية :

القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ تاريخ ١٩٤٩/٥/١٨.

القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١,المنشور على الصفحة ٦٠١٠ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٥٢٤ بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٣١.

قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الدولية, الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي لدى الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٦.

الإسكوا:

عبد الإله الديوه جي , التجارة الإلكترونية ,الأمم المتحدة , اللجة الإقتصادية والإجتماعية لغربي آسيا,الدوحة , قطر, ٩-١٣ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠١, ص ٣ .

حرب وسيم , العقود و الأعمال الجارية ضمن وسيم حرب , العقود و الأعمال الجارية ضمن طار التجارة الإلكترونية , الأمم المتحدة , المجلس الإقتصادي و الإجتماعي , اللجنة الإقتصادية والإجتماعية ,لغربي آسيا , بيروت ٨-١٠ تشرين الأول /نوفمبر ٢٠٠٠.

مخلوف هشام , وجدي محمد , اساعيل سمير , التجارة الإلكترونية الحاضر وآفاق المستقبل.

الأبحاث:

أسامة أبو حسن مجاهد, خصوصية التعاقد عبر الأنترنت, بحث مقدّم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت , ١-٣ أيار ٢٠٠٠, جامعة الإمارات العربية المتحدة.

عبد الله جوليانا مخائيل , حماية المستهلك , معهد الدروس القضائية , القسم العدلي , السنة الأولى – الدورة الأولى , آذار ٢٠١١ .

المعاهدات والاتفاقيات :

Rome Convention on the law applicable to contractual obligations 1980 (consolidated version) .Official Journal C 027 , 26/01/1998 P. 0034-0046 .

إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠, بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية.

Rome I, on the law applicable to contractual obligations,REGULATION (EC) N° 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008.

The Hague Convention on the Law Applicable to International Sale of Goods.1955

إتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البيع للبضائع .

The Hague (1986) Convention on the Law Applicable to International Sale of Goods .

This convention , is accessible on the website of the Hague conference on Private International law (www.heeh.net).

المواقع الإلكترونية:

www. Wikipedia.org.

www. Mit. Gov.jo

www.Gn4me .COM/2004.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية :

المؤلفات:

DICEY and MORRIS : The conflict of laws ,9th éd.London 1973.

FERRY Claude,La validité des contrats en droit international privé, France/U.S.A , Librairie générale de droit et de jurisprudence , 1989.

MAURY, Jacques, Droit international privé et public, Tome I, Librairie DALLOZ & SIREY, Paris.

MAYER PIERRE, Droit international privé., 4éme edition, Paris 1991,N°5 p.11 et 12 .

الأحكام والقرارات القضائية :

Cour de cassation (1re Ch.civ.). _ 25 Mars 1980, Revue critique de droit international privé , Année 1980.

Cour de cassation (ch.Civ.),5 december 1910, Revue du droit interntional privé et de droit pénal international, Année 1911.

Cour de cassation (1re Ch.civ.).22 juillet 1986. Revue critique de droit international privé ,Yves LEQUETTE. Année 1988.

Cour de cassation (.3ere ch.civ). 22 juillet 1986.Revue.critique.de.droit international.privé,Henri BATIFFOL. Année 1988 .

Cour de cassation (1reCh. Civ.). – 25 octobre 1989, Revue critique de droit international privé.Patrck Courbe , Année 1990.
Cour de cassation (Ch. Civ., 1re Sect.). _ 6 juillet 1959. Revue critique de droit international privé.Henri.Batiffol.
Cour d'appel de Bruxelles,- 17 Mars 1972 , Clunet , Année 1975.
Cour de cassation .soc.9 December 1960, J.C.P. 1961, II. 12029,La semaine Juridique, Note Simon Deptre. Année 1961.
Cour d'appel de Paris (22e ch.).- 20 Juin 1969. Revue critique de droit international privé, Année 1969,E. Mezgerp.
Cour d'appel de Paris , troisième chambre. – 11 Avril 1972. Journal du droit international ,Paris 1974.
Cour d'appel de Toulouse, deuxième chambre civile. – 26 octobre 1982.Journal du droit international,H.Synvet.
Cour d'appel de Paris, cinquième chambre.-9 Novembre 1984.,Journal du droit international, E.Loquin.

الدراسة أو المقال في الدوريات:

Batiffol Henri,aspects philosophiques du droit international privé, Paris,Dalloz,1956.
El Gawady Zeinab Mohamed, The Impact of E-commerce on Developed and Developing Countries , Case Study: Egypt and United States, L'EGYPTE CONTEMPORAINE, N° 481, Le CAIRE January 2006 .
kamel Mahmoud,the law applicable to international contracts in private international law, revue egyptienne de droit international, volume 12,(tomeII),1956 (second semester) p.9.

1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version)

Official Journal C 027 , 26/01/1998 P. 0034 - 0046

Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version)

PRELIMINARY NOTE

The signing on 29 November 1996 of the Convention on the accession of the Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden to the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations and to the two Protocols on its interpretation by the Court of Justice has made it desirable to produce a consolidated version of the Rome convention and of those two Protocols.

These texts are accompanied by three Declarations, one made in 1980 with regard to the need for consistency between measures to be adopted on choice-of-law rules by the Community and those under the Convention, a second, also made in 1980, on the interpretation of the Convention by the Court of Justice and a third, made in 1996, concerning compliance with the procedure provided for in Article 23 of the Rome Convention as regards carriage of goods by sea.

The text printed in this edition was drawn up by the General Secretariat of the Council, in whose archives the originals of the instruments concerned are deposited. It should be noted, however, that this text has no binding force. The official texts of the instruments consolidated are to be found in the following Official Journals.

>TABLE>

ANNEX

CONVENTION on the law applicable to contractual obligations (1) opened for signature in Rome on 19 June 1980

PREAMBLE

THE HIGH CONTRACTING PARTIES to the Treaty establishing the European Economic Community,

ANXIOUS to continue in the field of private international law the work of unification of law which has already been done within the Community, in particular in the field of jurisdiction and enforcement of judgments,

WISHING to establish uniform rules concerning the law applicable to contractual obligations,

HAVE AGREED AS FOLLOWS:

TITLE I

SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1 Scope of the Convention

1. The rules of this Convention shall apply to contractual obligations in any situation involving a choice between the laws of different countries.

2. They shall not apply to:

(a) questions involving the status or legal capacity of natural persons, without prejudice to Article 11;

(b) contractual obligations relating to:

- wills and succession,

- rights in property arising out of a matrimonial relationship,

- rights and duties arising out of a family relationship, parentage, marriage or affinity, including maintenance obligations in respect of children who are not legitimate;

(c) obligations arising under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments to the extent that the obligations under such other negotiable instruments arise out of their negotiable character;

(d) arbitration agreements and agreements on the choice of court;

(c) questions governed by the law of companies and other bodies corporate or unincorporate such as the creation, by registration or otherwise, legal capacity, internal organization or winding up of companies and other bodies corporate or unincorporate and the personal liability of officers and members as such for the obligations of the company or body;

(f) the question whether an agent is able to bind a principal, or an organ to bind a company or body corporate or unincorporate, to a third party;

(g) the constitution of trusts and the relationship between settlors, trustees and beneficiaries;

(h) evidence and procedure, without prejudice to Article 14.

3. The rules of this Convention do not apply to contracts of insurance which cover risks situated in the territories of the Member States of the European Economic Community. In order to determine whether a risk is situated in those territories the court shall apply its internal law.

4. The proceeding paragraph does not apply to contracts of re-insurance.

Article 2 Application of law of non-contracting States

Any law specified by this Convention shall be applied whether or not it is the law of a Contracting State.

TITLE II

UNIFORM RULES

Article 3 Freedom of choice

1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract.

2. The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice under this Article or of other provisions of this Convention. Any variation by the parties of the law to be applied made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 9 or adversely affect the rights of third parties.

3. The fact that the parties have chosen a foreign law, whether or not accompanied by the choice of a foreign tribunal, shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of rules of the law at the country which cannot be derogated from by contract, hereinafter called 'mandatory rules`.

4. The existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of Articles 8, 9 and 11.

Article 4 Applicable law in the absence of choice

1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected. Nevertheless, a separable part of the contract which has a closer connection with another country may by way of exception be governed by the law of that other country.

2. Subject to the provisions of paragraph 5 of this Article, it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration. However, if the contract is entered into in the course of that party's trade or profession, that country shall be the country in which the principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated.

3. Notwithstanding the provisions of paragraph 2 of this Article, to the extent that the subject matter of the contract is a right in immovable property or a right to use immovable property it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the immovable property is situated.

4. A contract for the carriage of goods shall not be subject to the presumption in paragraph 2. In such a contract if the country in which, at the time the contract is concluded, the carrier has his principal place of business is also the country in which the place of loading or the place of discharge or the principal place of business of the consignor is situated, it shall be presumed that the contract is most closely connected with that country. In applying this paragraph single voyage charter-parties and other contracts the main purpose of which is the carriage of goods shall be treated as contracts for the carriage of goods.

5. Paragraph 2 shall not apply if the characteristic performance cannot be determined, and the presumptions in paragraphs 2, 3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country.

Article 5 Certain consumer contracts

1. This Article applies to a contract the object of which is the supply of goods or services to a person ('the consumer`) for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession, or a contract for the provision of credit for that object.

2. Notwithstanding the provisions of Article 3, a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law of the country in which he has his habitual residence:

- if in that country the conclusion of the contract was preceded by a specific invitation addressed to him or by advertising, and he had taken in that country all the steps necessary on his part for the conclusion of the contract, or

- if the other party or his agent received the consumer's order in that country, or

- if the contract is for the sale of goods and the consumer travelled from that country to another country and there gave his order, provided that the consumer's journey was arranged by the seller for the purpose of inducing the consumer to buy.

3. Notwithstanding the provisions of Article 4, a contract to which this Article applies shall, in the absence of choice in accordance with Article 3, be governed by the law of the country in which the consumer has his habitual residence if it is entered into in the circumstances described in paragraph 2 of this Article.

4. This Article shall not apply to:

(a) a contract of carriage;

(b) a contract for the supply of services where the services are to be supplied to the consumer exclusively in a country other than that in which he has his habitual residence.

5. Notwithstanding the provisions of paragraph 4, this Article shall apply to a contract which, for an inclusive price, provides for a combination of travel and accommodation.

Article 6 Individual employment contracts

1. Notwithstanding the provisions of Article 3, in a contract of employment a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law which would be applicable under paragraph 2 in the absence of choice.

2. Notwithstanding the provisions of Article 4, a contract of employment shall, in the absence of choice in accordance with Article 3, be governed:

(a) by the law of the country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract, even if he is temporarily employed in another country; or

(b) if the employee does not habitually carry out his work in any one country, by the law of the country in which the place of business through which he was engaged is situated;

unless it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country, in which case the contract shall be governed by the law of that country.

Article 7 Mandatory rules

1. When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

2. Nothing in this Convention shall restrict the application of the rules of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the contract.

Article 8 Material validity

1. The existence and validity of a contract, or of any term of a contract, shall be determined by the law which would govern it under this Convention if the contract or term were valid.

2. Nevertheless a party may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence to establish that he did not consent if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in the preceding paragraph.

Article 9 Formal validity

1. A contract concluded between persons who are in the same country is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it under this Convention or of the law of the country where it is concluded.

2. A contract concluded between persons who are in different countries is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it under this Convention or of the law of one of those countries.

3. Where a contract is concluded by an agent, the country in which the agent acts is the relevant country for the purposes of paragraphs 1 and 2.

4. An act intended to have legal effect relating to an existing or contemplated contract is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which under this Convention governs or would govern the contract or of the law of the country where the act was done.

5. The provisions of the preceding paragraphs shall not apply to a contract to which Article 5 applies, concluded in the circumstances described in paragraph 2 of Article 5. The formal validity of such a contract is governed by the law of the country in which the consumer has his habitual residence.

6. Notwithstanding paragraphs 1 to 4 of this Article, a contract the subject matter of which is a right in immovable property or a right to use immovable property shall be subject to the mandatory requirements of form of the law of the country where the property is situated if by that law those requirements are imposed irrespective of the country where the contract is concluded and irrespective of the law governing the contract.

Article 10 Scope of applicable law

1. The law applicable to a contract by virtue of Articles 3 to 6 and 12 of this Convention shall govern in particular:

(a) interpretation;

(b) performance;

(c) within the limits of the powers conferred on the court by its procedural law, the consequences of breach, including the assessment of damages in so far as it is governed by rules of law;

(d) the various ways of extinguishing obligations, and prescription and limitation of actions;

(e) the consequences of nullity of the contract.

2. In relation to the manner of performance and the steps to be taken in the event of defective performance regard shall be had to the law of the country in which performance takes place.

Article 11 Incapacity

In a contract concluded between persons who are in the same country, a natural person who would have capacity under the law of that country may invoke his incapacity resulting from another law only if the other party to the contract was aware of this incapacity at the time of the conclusion of the contract or was not aware thereof as a result of negligence.

Article 12 Voluntary assignment

1. The mutual obligations of assignor and assignee under a voluntary assignment of a right against another person ('the debter`) shall be governed by the law which under this Convention applies to the contract between the assignor and assignee.

2. The law governing the right to which the assignment relates shall determine its assignability, the relationship between the assignee and the debtor, the conditions under which the assignment can be invoked against the debtor and any question whether the debtor's obligations have been discharged.

Article 13 Subrogation

1. Where a person ('the creditor`) has a contractual claim upon another ('the debtor`), and a third person has a duty to satisfy the creditor, or has in fact satisfied the creditor in discharge of that duty, the law which governs the third person's duty to satisfy the creditor shall determine whether the third person is entitled to exercise against the debtor the rights which the creditor had against the debtor under the law governing their relationship and, if so, whether he may do so in full or only to a limited extent.

2. The same rule applies where several persons are subject to the same contractual claim and one of them has satisfied the creditor.

Article 14 Burden of proof, etc.

1. The law governing the contract under this Convention applies to the extent that it contains, in the law of contract, rules which raise presumptions of law or determine the burden of proof.

2. A contract or an act intended to have legal effect may be proved by any mode of proof recognized by the law of the forum or by any of the laws referred to in Article 9 under which that contract or act is formally valid, provided that such mode of proof can be administered by the forum.

Article 15 Exclusion of convoi

The application of the law of any country specified by this Convention means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law.

Article 16 'Ordre public`

The application of a rule of the law of any country specified by this Convention may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy ('ordre public`) of the forum.

Article 17 No retrospective effect

This Convention shall apply in a Contracting State to contracts made after the date on which this Convention has entered into force with respect to that State.

Article 18 Uniform interpretation

In the interpretation and application of the preceding uniform rules, regard shall be had to their international character and to the desirability of achieving uniformity in their interpretation and application.

Article 19 States with more than one legal system

1. Where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of contractual obligations, each territorial unit shall be considered as a country for the purposes of identifying the law applicable under this Convention.

2. A State within which different territorial units have their own rules of law in respect of contractual obligations shall not be bound to apply this Convention to conflicts solely between the laws of such units.

Article 20 Precedence of Community law

This Convention shall not affect the application of provisions which, in relation to particular matters, lay down choice of law rules relating to contractual obligations and which are or will be contained in acts of the institutions of the European Communities or in national laws harmonized in implementation of such acts.

Article 21 Relationship with other conventions

This Convention shall not prejudice the application of international conventions to which a Contracting State is, or becomes, a party.

Article 22 Reservations

1. Any Contracting State may, at the time of signature, ratification, acceptance or approval, reserve the right not to apply:

(a) the provisions of Article 7 (1);

(b) the provisions of Article 10 (1) (e).

2. . . . (2)

3. Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the third calendar month after notification of the withdrawal.

TITLE III

FINAL PROVISIONS

Article 23

1. If, after the date on which this Convention has entered into force for a Contracting State, that State wishes to adopt any new choice of law rule in regard to any particular category of contract within the scope of this Convention, it shall communicate its intention to the other signatory States through the Secretary-General of the Council of the European Communities.

2. Any signatory State may, within six months from the date of the communication made to the Secretary-General, request him to arrange consultations between signatory States in order to reach agreement.

3. If no signatory State has requested consultations within this period or if within two years following the communication made to the Secretary-General no agreement is reached in the course of consultations, the Contracting State concerned may amend its law in the manner indicated. The measures taken by that State shall be brought to the knowledge of the other signatory States through the Secretary-General of the Council of the European Communities.

Article 24

1. If, after the date on which this Convention has entered into force with respect to a Contracting State, that State wishes to become a party to a multilateral convention whose principal aim or one of whose principal aims is to lay down rules of private international law concerning any of the matters governed by this Convention, the procedure set out in Article 23 shall apply. However, the period of two years, referred to in paragraph 3 of that Article, shall be reduced to one year.

2. The procedure referred to in the preceding paragraph need not be followed if a Contracting State or one of the European Communities is already a party to the multilateral convention, or if its object is to revise a convention to which the State concerned is already a party, or if it is a convention concluded within the framework of the Treaties establishing the European Communities.

Article 25

If a Contracting State considers that the unification achieved by this Convention is prejudiced by the conclusion of agreements not covered by Article 24 (1), that State may request the

Secretary-General of the Council of the European Communities to arrange consultations between the signatory States of this Convention.

Article 26

Any Contracting State may request the revision of this Convention. In this event a revision conference shall be convened by the President of the Council of the European Communities.

Article 27 (3)

Article 28

1. This Convention shall be open from 19 June 1980 for signature by the States party to the Treaty establishing the European Economic Community.

2. This Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States. The instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary-General of the Council of the European Communities (4).

Article 29 (5)

1. This Convention shall enter into force on the first day of the third month following the deposit of the seventh instrument of ratification, acceptance or approval.

2. This Convention shall enter into force for each signatory State ratifying, accepting or approving at a later date on the first day of the third month following the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval.

Article 30

1. This Convention shall remain in force for 10 years from the date of its entry into force in accordance with Article 29 (1), even for States for which it enters into force at a later date.

2. If there has been no denunciation it shall be renewed tacitly every five years.

3. A Contracting State which wishes to denounce shall, not less than six months before the expiration of the period of 10 or five years, as the case may be, give notice to the Secretary-General of the Council of the European Communities. Denunciation may be limited to any territory to which the Convention has been extended by a declaration under Article 27 (2) (6).

4. The denunciation shall have effect only in relation to the State which has notified it. The Convention will remain in force as between all other Contracting States.

Article 31 (7)

The Secretary-General of the Council of the European Communities shall notify the States party to the Treaty establishing the European Economic Community of:

(a) the signatures;

(b) deposit of each instrument of ratification, acceptance or approval;

(c) the date of entry into force of this Convention;

(d) communications made in pursuance of Articles 23, 24, 25, 26 and 30 (8);

(e) the reservations and withdrawals of reservations referred to in Article 22.

Article 32

The Protocol annexed to this Convention shall form an integral part thereof.

Article 33 (9)

This Convention, drawn up in a single original in the Danish, Dutch, English, French, German, Irish and Italian languages, these texts being equally authentic, shall be deposited in the archives of the Secretariat of the Council of the European Communities. The Secretary-General shall transmit a certified copy thereof to the Government of each signatory State.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, having signed this Convention.

Done at Rome on the nineteenth day of June in the year one thousand nine hundred and eighty.

[Signatures of the plenipotentiaries]

PROTOCOL (10)

The High Contracting Parties have agreed upon the following provision which shall be annexed to the Convention:

'Notwithstanding the provisions of the Convention, Denmark, Sweden and Finland may retain national provisions concerning the law applicable to questions relating to the carriage of goods by sea and may amend such provisions without following the procedure provided for in Article 23 of the Convention of Rome. The national provisions applicable in this respect are the following:

- in Denmark, paragraphs 252 and 321 (3) and (4) of the "Solov" (maritime law),

- in Sweden, Chapter 13, Article 2 (1) and (2), and Chapter 14, Article 1 (3), of "sjölagen" (maritime law),

- in Finland, Chapter 13, Article 2 (1) and (2), and Chapter 14, Article 1 (3), of "merilaki"/"sjölagen" (maritime law).`

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Protocol.

Done at Rome on the nineteenth day of June in the year one thousand nine hundred and eighty.

[Signatures of the Plenipotentiaries]

JOINT DECLARATION

At the time of the signature of the Convention on the law applicable to contractual obligations, the Governments of the Kingdom of Belgium, the Kingdom of Denmark, the Federal Republic of Germany, the French Republic, Ireland, the Italian Republic, the Grand Duchy of Luxembourg, the Kingdom of the Netherlands and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland,

I. anxious to avoid, as far as possible, dispersion of choice of law rules among several instruments and differences between these rules, express the wish that the institutions of the European Communities, in the exercise of their powers under the Treaties by which they were established, will, where the need arises, endeavour to adopt choice of law rules which are as far as possible consistent with those of this Convention;

II. declare their intention as from the date of signature of this Convention until becoming bound by Article 24, to consult with each other if any one of the signatory States wishes to become a party to any convention to which the procedure referred to in Article 24 would apply;

III. having regard to the contribution of the Convention on the law applicable to contractual obligations to the unification of choice of law rules within the European Communities, express the view that any State which becomes a member of the European Communities should accede to this Convention.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Joint Declaration.

Done at Rome on the nineteenth day of June in the year one thousand nine hundred and eighty.

[Signatures of the Plenipotentiaries]

JOINT DECLARATION

The Governments of the Kingdom of Belgium, the Kingdom of Denmark, the Federal Republic of Germany, the French Republic, Ireland, the Italian Republic, the Grand Duchy of Luxembourg, the Kingdom of the Netherlands and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland,

On signing the Convention on the law applicable to contractual obligations;

Desiring to ensure that the Convention is applied as effectively as possible;

Anxious to prevent differences of interpretation of the Convention from impairing its unifying effect;

Declare themselves ready:

1. to examine the possibility of conferring jurisdiction in certain matters on the Court of Justice of the European Communities and, if necessary, to negotiate an agreement to this effect;

2. to arrange meetings at regular intervals between their representatives.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Joint Declaration.

Done at Rome on the nineteenth day of June in the year one thousand nine hundred and eighty.

[Signatures of the Plenipotentiaries]

(1) Text as amended by the Convention of 10 April 1984 on the accession of the Hellenic Republic - hereafter referred to as the '1984 Accession Convention` -, by the Convention of 18 May 1992 on the accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic - hereafter referred to as the '1992 Accession Convention` - and by the Convention on the accession of the Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden - hereafter referred to as the '1996 Accession Convention`.

(2) Paragraph deleted by Article 2 (1) of the 1992 Accession Convention.

(3) Article deleted by Article 2 (1) of the 1992 Accession Convention.

(4) Ratification of the Accession Conventions is governed by the following provisions of those conventions:

- as regards the 1984 Accession Convention, by Article 3 of that Convention, which reads as follows:

'Article 3

This Convention shall be ratified by the signatory States. The instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the Council of the European Communities.`,

- as regards the 1992 Accession Convention, by Article 4 of that Convention, which reads as follows:

'Article 4

This Convention shall be ratified by the signatory States. The instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the Council of the European Communities.`,

- as regards the 1996 Accession Convention, by Article 5 of that Convention, which reads as follows:

'Article 5

This Convention shall be ratified by the signatory States. The instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the Council of the European Union.`.

(5) The entry into force of the Accession Conventions is governed by the following provisions of those Conventions:

- as regards the 1984 Accession Convention, by Article 4 of that Convention, which reads as follows:

'Article 4

This Convention shall enter into force, as between the States which have ratified it, on the first day of the third month following the deposit of the last instrument of ratification by the Hellenic Republic and seven States which have ratified the Convention on the law applicable to contractual obligations.

This Convention shall enter into force for each Contracting State which subsequently ratifies it on the first day of the third month following the deposit of its instrument of ratification.`,

- as regards the 1992 Accession Convention, by Article 5 of that Convention which reads as follows:

'Article 5

This Convention shall enter into force, as between the States which have ratified it, on the first day of the third month following the deposit of the last instrument of ratification by the Kingdom of Spain or the Portuguese Republic and by one State which has ratified the Convention on the law applicable to contractual obligations.

This Convention shall enter into force for each Contracting State which subsequently ratifies it on the first day of the third month following the deposit of its instrument of ratification.`,

- as regards the 1996 Accession Convention, by Article 6 of that Convention, which reads as follows:

'Article 6

1. This Convention shall enter into force, as between the States which have ratified it, on the first day of the third month following the deposit of the last instrument of ratification by the Republic of Austria, the Republic of Finland or the Kingdom of Sweden and by one Contracting State which has ratified the Convention on the law applicable to contractual obligations.

2. This Convention shall enter into force for each Contracting State which subsequently ratifies it on the first day of the third month following the deposit of its instrument of ratification.`.

(6) Phrase deleted by the 1992 Accession Convention.

(7) Notification concerning the Accession Convention is governed by the following provisions of those Conventions:

- as regards the 1984 Accession Convention, by Article 5 of that Convention, which reads as follows:

'Article 5

The Secretary-General of the Council of the European Communities shall notify Signatory States of:

(a) the deposit of each instrument of ratification;

(b) the dates of entry into force of this Convention for the Contracting States.`,

- as regards the 1992 Accession Convention, by Article 6 of that Convention, which reads as follows:

'Article 6

The Secretary-General of the Council of the European Communities shall notify the signatory States of:

(a) the deposit of each instrument of ratification;

(b) the dates of entry into force of this Convention for the Contracting States.`,

- as regards the 1996 Accession Convention, by Article 7 of that Convention, which reads as follows:

'Article 7

The Secretary-General of the Council of the European Union shall notify the signatory States of:

(a) the deposit of each instrument of ratification;

(b) the dates of entry into force of this Convention for the Contracting States.`.

(8) Point (d) as amended by the 1992 Accession Convention.

(9) An indication of the authentic texts of the Accession Convention is to be found in the following provisions:

- as regards the 1984 Accession Convention, in Articles 2 and 6 of that Convention, which reads as follows:

'Article 2

The Secretary-General of the Council of the European Communities shall transmit a certified copy of the Convention on the law applicable to contractual obligations in the Danish, Dutch, English, French, German, Irish and Italian languages to the Government of the Hellenic Republic.

The text of the Convention on the law applicable to contractual obligations in the Greek language is annexed hereto. The text in the Greek language shall be authentic under the same conditions as the other texts of the Convention on the law applicable to contractual obligations.`

'Article 6

This Convention, drawn up in a single original in the Danish, Dutch, English, French, German, Greek, Irish and Italian languages, all eight texts being equally authentic, shall be deposited in the archives of the General Secretariat of the Council of the European Communities. The Secretary-General shall transmit a certified copy to the Government of each Signatory State.`,

- as regards the 1992 Accession Convention, in Articles 3 and 7 of that Convention, which read as follows:

'Article 3

The Secretary-General of the Council of the European Communities shall transmit a certified copy of the Convention on the law applicable to contractual obligations in the Danish, Dutch, English, French, German, Greek, Irish and Italian languages to the Governments of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic.

The text of the Convention on the law applicable to contractual obligations in the Portuguese and Spanish languages is set out in Annexes I and II to this Convention. The texts drawn up in the Portuguese and Spanish languages shall be authentic under the same conditions as the other texts of the Convention on the law applicable to contractual obligations.`

'Article 7

This Convention, drawn up in a single original in the Danish, Dutch, English, French, German, Greek, Irish, Italian, Portuguese and Spanish languages, all texts being equally authentic, shall be deposited in the archives of the General Secretariat of the Council of the European Communities. The Secretary-General shall transmit a certified copy to the Government of each Signatory State.`,

- as regards the 1996 Accession Convention, in Articles 4 and 8 of that Convention, which read as follows:

'Article 4

1. The Secretary-General of the Council of the European Union shall transmit a certified copy of the Convention of 1980, the Convention of 1984, the First Protocol of 1988, the Second Protocol of 1988 and the Convention of 1992 in the Danish, Dutch, English, French, German, Greek, Irish, Italian, Spanish and Portuguese languages to the Governments of the Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden.

2. The text of the Convention of 1980, the Convention of 1984, the First Protocol of 1988, the Second Protocol of 1988 and the Convention of 1992 in the Finnish and Swedish languages shall be authentic under the same conditions as the other texts of the Convention of 1980, the Convention of 1984, the First Protocol of 1988, the Second Protocol of 1988 and the Convention of 1992.`

'Article 8

This Convention, drawn up in a single original in the Danish, Dutch, English, Finnish, French, German, Greek, Irish, Italian, Portuguese, Spanish and Swedish languages, all 12 texts being equally authentic, shall be deposited in the archives of the General Secretariat of the Council of the European Union. The Secretary-General shall transmit a certified copy to the Government of each signatory State.`

(10) Text as amended by the 1996 Accession Convention.

REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL
of 17 June 2008
on the law applicable to contractual obligations (Rome I)

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Article 61(c) and the second indent of Article 67(5) thereof,

Having regard to the proposal from the Commission,

Having regard to the opinion of the European Economic and Social Committee ([1]),

Acting in accordance with the procedure laid down in Article 251 of the Treaty ([2]),

Whereas:

(1) The Community has set itself the objective of maintaining and developing an area of freedom, security and justice. For the progressive establishment of such an area, the Community is to adopt measures relating to judicial cooperation in civil matters with a cross-border impact to the extent necessary for the proper functioning of the internal market.

(2) According to Article 65, point (b) of the Treaty, these measures are to include those promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws and of jurisdiction.

(3) The European Council meeting in Tampere on 15 and 16 October 1999 endorsed the principle of mutual recognition of judgments and other decisions of judicial authorities as the cornerstone of judicial cooperation in civil matters and invited the Council and the Commission to adopt a programme of measures to implement that principle.

(4) On 30 November 2000 the Council adopted a joint Commission and Council programme of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters ([3]). The programme identifies measures relating to the harmonisation of conflict-of-law rules as those facilitating the mutual recognition of judgments.

(5) The Hague Programme ([4]), adopted by the European Council on 5 November 2004, called for work to be pursued actively on the conflict-of-law rules regarding contractual obligations (Rome I).

(6) The proper functioning of the internal market creates a need, in order to improve the predictability of the outcome of litigation, certainty as to the law applicable and the free movement of judgments, for the conflict-of-law rules in the Member States to designate the same national law irrespective of the country of the court in which an action is brought.

(7) The substantive scope and the provisions of this Regulation should be consistent with Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters ([5]) (Brussels I) and Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) ([6]).

(8) Family relationships should cover parentage, marriage, affinity and collateral relatives. The reference in Article 1(2) to relationships having comparable effects to marriage and other family relationships should be interpreted in accordance with the law of the Member State in which the court is seised.

(9) Obligations under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments should also cover bills of lading to the extent that the obligations under the bill of lading arise out of its negotiable character.

(10) Obligations arising out of dealings prior to the conclusion of the contract are covered by Article 12 of Regulation (EC) No 864/2007. Such obligations should therefore be excluded from the scope of this Regulation.

(11) The parties' freedom to choose the applicable law should be one of the cornerstones of the system of conflict-of-law rules in matters of contractual obligations.

(12) An agreement between the parties to confer on one or more courts or tribunals of a Member State exclusive jurisdiction to determine disputes under the contract should be one of the factors to be taken into account in determining whether a choice of law has been clearly demonstrated.

(13) This Regulation does not preclude parties from incorporating by reference into their contract a non-State body of law or an international convention.

(14) Should the Community adopt, in an appropriate legal instrument, rules of substantive contract law, including standard terms and conditions, such instrument may provide that the parties may choose to apply those rules.

(15) Where a choice of law is made and all other elements relevant to the situation are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of law should not prejudice the application of provisions of the law of that country which cannot be derogated from by agreement. This rule should apply whether or not the choice of law was

accompanied by a choice of court or tribunal. Whereas no substantial change is intended as compared with Article 3(3) of the 1980 Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations ([7])(the Rome Convention), the wording of this Regulation is aligned as far as possible with Article 14 of Regulation (EC) No 864/2007.

(16) To contribute to the general objective of this Regulation, legal certainty in the European judicial area, the conflict-of-law rules should be highly foreseeable. The courts should, however, retain a degree of discretion to determine the law that is most closely connected to the situation.

(17) As far as the applicable law in the absence of choice is concerned, the concept of 'provision of services' and 'sale of goods' should be interpreted in the same way as when applying Article 5 of Regulation (EC) No 44/2001 in so far as sale of goods and provision of services are covered by that Regulation. Although franchise and distribution contracts are contracts for services, they are the subject of specific rules.

(18) As far as the applicable law in the absence of choice is concerned, multilateral systems should be those in which trading is conducted, such as regulated markets and multilateral trading facilities as referred to in Article 4 of Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments ([8]), regardless of whether or not they rely on a central counterparty.

(19) Where there has been no choice of law, the applicable law should be determined in accordance with the rule specified for the particular type of contract. Where the contract cannot be categorised as being one of the specified types or where its elements fall within more than one of the specified types, it should be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence. In the case of a contract consisting of a bundle of rights and obligations capable of being categorised as falling within more than one of the specified types of contract, the characteristic performance of the contract should be determined having regard to its centre of gravity.

(20) Where the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in Article 4(1) or (2), an escape clause should provide that the law of that other country is to apply. In order to determine that country, account should be taken, *inter alia*, of whether the contract in question has a very close relationship with another contract or contracts.

(21) In the absence of choice, where the applicable law cannot be determined either on the basis of the fact that the contract can be categorised as one of the specified types or as being the law of the country of habitual residence of the party required to effect the characteristic performance of the contract, the contract should be governed by the law of the country with which it is most closely connected. In order to determine that country, account should be taken, *inter alia*, of whether the contract in question has a very close relationship with another contract or contracts.

(22) As regards the interpretation of contracts for the carriage of goods, no change in substance is intended with respect to Article 4(4), third sentence, of the Rome Convention. Consequently, single-voyage charter parties and other contracts the main purpose of which is the carriage of goods should be treated as contracts for the carriage of goods. For the purposes of this Regulation, the term 'consignor' should refer to any person who enters into a contract of carriage with the carrier and the term 'the carrier' should refer to the party to the contract who undertakes to carry the goods, whether or not he performs the carriage himself.

(23) As regards contracts concluded with parties regarded as being weaker, those parties should be protected by conflict-of-law rules that are more favourable to their interests than the general rules.

(24) With more specific reference to consumer contracts, the conflict-of-law rule should make it possible to cut the cost of settling disputes concerning what are commonly relatively small claims and to take account of the development of distance-selling techniques. Consistency with Regulation (EC) No 44/2001 requires both that there be a reference to the concept of directed activity as a condition for applying the consumer protection rule and that the concept be interpreted harmoniously in Regulation (EC) No 44/2001 and this Regulation, bearing in mind that a joint declaration by the Council and the Commission on Article 15 of Regulation (EC) No 44/2001 states that 'for Article 15(1)(c) to be applicable it is not sufficient for an undertaking to target its activities at the Member State of the consumer's residence, or at a number of Member States including that Member State; a contract must also be concluded within the framework of its activities'. The declaration also states that 'the mere fact that an Internet site is accessible is not sufficient for Article 15 to be applicable, although a factor will be that this Internet site solicits the conclusion of distance contracts and that a contract has actually been concluded at a distance, by whatever means. In this respect, the language or currency which a website uses does not constitute a relevant factor.'.

(25) Consumers should be protected by such rules of the country of their habitual residence that cannot be derogated from by agreement, provided that the consumer contract has been concluded as a result of the professional pursuing his commercial or professional activities in that particular country. The same protection should be guaranteed if the professional, while not pursuing his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, directs his activities by any means to that country or to several countries, including that country, and the contract is concluded as a result of such activities.

(26) For the purposes of this Regulation, financial services such as investment services and activities and ancillary services provided by a professional to a consumer, as referred to in sections A and B of Annex I to Directive 2004/39/EC, and contracts for the sale of units in collective investment undertakings, whether or not covered by Council Directive 85/611/EEC of 20 December 1985 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS) ([9]), should be subject to Article 6 of this Regulation. Consequently, when a reference is made to terms and conditions governing the issuance or offer to the public of transferable securities or to the subscription and redemption of units in collective investment undertakings, that reference should include all aspects binding the issuer or the offeror to the consumer, but should not include those aspects involving the provision of financial services.

(27) Various exceptions should be made to the general conflict-of-law rule for consumer contracts. Under one such exception the general rule should not apply to contracts relating to rights *in rem* in immovable property or tenancies of such property unless the contract relates to the right to use immovable property on a timeshare basis within the meaning of Directive 94/47/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis ([10]).

(28) It is important to ensure that rights and obligations which constitute a financial instrument are not covered by the general rule applicable to consumer contracts, as that could lead to different laws being applicable to each of the instruments issued, therefore changing their nature and preventing their fungible trading and offering. Likewise, whenever such instruments are issued or offered, the contractual relationship established between the issuer or the offeror and the consumer should not necessarily be subject to the mandatory application of the law of the country of

habitual residence of the consumer, as there is a need to ensure uniformity in the terms and conditions of an issuance or an offer. The same rationale should apply with regard to the multilateral systems covered by Article 4(1)(h), in respect of which it should be ensured that the law of the country of habitual residence of the consumer will not interfere with the rules applicable to contracts concluded within those systems or with the operator of such systems.

(29) For the purposes of this Regulation, references to rights and obligations constituting the terms and conditions governing the issuance, offers to the public or public take-over bids of transferable securities and references to the subscription and redemption of units in collective investment undertakings should include the terms governing, *inter alia*, the allocation of securities or units, rights in the event of over-subscription, withdrawal rights and similar matters in the context of the offer as well as those matters referred to in Articles 10, 11, 12 and 13, thus ensuring that all relevant contractual aspects of an offer binding the issuer or the offeror to the consumer are governed by a single law.

(30) For the purposes of this Regulation, financial instruments and transferable securities are those instruments referred to in Article 4 of Directive 2004/39/EC.

(31) Nothing in this Regulation should prejudice the operation of a formal arrangement designated as a system under Article 2(a) of Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems ([11]).

(32) Owing to the particular nature of contracts of carriage and insurance contracts, specific provisions should ensure an adequate level of protection of passengers and policy holders. Therefore, Article 6 should not apply in the context of those particular contracts.

(33) Where an insurance contract not covering a large risk covers more than one risk, at least one of which is situated in a Member State and at least one of which is situated in a third country, the special rules on insurance contracts in this Regulation should apply only to the risk or risks situated in the relevant Member State or Member States.

(34) The rule on individual employment contracts should not prejudice the application of the overriding mandatory provisions of the country to which a worker is posted in accordance with Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services ([12]).

(35) Employees should not be deprived of the protection afforded to them by provisions which cannot be derogated from by agreement or which can only be derogated from to their benefit.

(36) As regards individual employment contracts, work carried out in another country should be regarded as temporary if the employee is expected to resume working in the country of origin after carrying out his tasks abroad. The conclusion of a new contract of employment with the original employer or an employer belonging to the same group of companies as the original employer should not preclude the employee from being regarded as carrying out his work in another country temporarily.

(37) Considerations of public interest justify giving the courts of the Member States the possibility, in exceptional circumstances, of applying exceptions based on public policy and overriding mandatory provisions. The concept of 'overriding mandatory provisions' should be distinguished from the expression 'provisions which cannot be derogated from by agreement' and should be construed more restrictively.

(38) In the context of voluntary assignment, the term 'relationship' should make it clear that Article 14(1) also applies to the property aspects of an assignment, as between assignor and assignee, in legal orders where such aspects are treated separately from the aspects under the law of obligations. However, the term 'relationship' should not be understood as relating to any relationship that may exist between assignor and assignee. In particular, it should not cover preliminary questions as regards a voluntary assignment or a contractual subrogation. The term should be strictly limited to the aspects which are directly relevant to the voluntary assignment or contractual subrogation in question.

(39) For the sake of legal certainty there should be a clear definition of habitual residence, in particular for companies and other bodies, corporate or unincorporated. Unlike Article 60(1) of Regulation (EC) No 44/2001, which establishes three criteria, the conflict-of-law rule should proceed on the basis of a single criterion; otherwise, the parties would be unable to foresee the law applicable to their situation.

(40) A situation where conflict-of-law rules are dispersed among several instruments and where there are differences between those rules should be avoided. This Regulation, however, should not exclude the possibility of inclusion of conflict-of-law rules relating to contractual obligations in provisions of Community law with regard to particular matters.
This Regulation should not prejudice the application of other instruments laying down provisions designed to contribute to the proper functioning

of the internal market in so far as they cannot be applied in conjunction with the law designated by the rules of this Regulation. The application of provisions of the applicable law designated by the rules of this Regulation should not restrict the free movement of goods and services as regulated by Community instruments, such as Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) ([13]).

(41) Respect for international commitments entered into by the Member States means that this Regulation should not affect international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted. To make the rules more accessible, the Commission should publish the list of the relevant conventions in the *Official Journal of the European Union* on the basis of information supplied by the Member States.

(42) The Commission will make a proposal to the European Parliament and to the Council concerning the procedures and conditions according to which Member States would be entitled to negotiate and conclude, on their own behalf, agreements with third countries in individual and exceptional cases, concerning sectoral matters and containing provisions on the law applicable to contractual obligations.

(43) Since the objective of this Regulation cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale and effects of this Regulation, be better achieved at Community level, the Community may adopt measures, in accordance with the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty. In accordance with the principle of proportionality, as set out in that Article, this Regulation does not go beyond what is necessary to attain its objective.

(44) In accordance with Article 3 of the Protocol on the position of the United Kingdom and Ireland, annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty establishing the European Community, Ireland has notified its wish to take part in the adoption and application of the present Regulation.

(45) In accordance with Articles 1 and 2 of the Protocol on the position of the United Kingdom and Ireland, annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty establishing the European Community, and without prejudice to Article 4 of the said Protocol, the United Kingdom is not taking part in the adoption of this Regulation and is not bound by it or subject to its application.

(46) In accordance with Articles 1 and 2 of the Protocol on the position of Denmark, annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty establishing the European Community, Denmark is not taking part in the adoption of this Regulation and is not bound by it or subject to its application,

HAVE ADOPTED THIS REGULATION:

CHAPTER I
SCOPE

Article 1

Material scope

1. This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to contractual obligations in civil and commercial matters.

It shall not apply, in particular, to revenue, customs or administrative matters.

2. The following shall be excluded from the scope of this Regulation:

(a) questions involving the status or legal capacity of natural persons, without prejudice to Article 13;

(b) obligations arising out of family relationships and relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects, including maintenance obligations;

(c) obligations arising out of matrimonial property regimes, property regimes of relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects to marriage, and wills and succession;

(d) obligations arising under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments to the extent that the obligations under such other negotiable instruments arise out of their negotiable character;

(e) arbitration agreements and agreements on the choice of court;

(f) questions governed by the law of companies and other bodies, corporate or unincorporated, such as the creation, by registration or otherwise, legal capacity, internal organisation or winding-up of companies and other bodies, corporate or unincorporated, and the personal liability of officers and members as such for the obligations of the company or body;

(g) the question whether an agent is able to bind a principal, or an organ to bind a company or other body corporate or unincorporated, in relation to a third party;

(h) the constitution of trusts and the relationship between settlors, trustees and beneficiaries;

(i) obligations arising out of dealings prior to the conclusion of a contract;

(j) insurance contracts arising out of operations carried out by organisations

other than undertakings referred to in Article 2 of Directive 2002/83/EC of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002 concerning life assurance ([14]) the object of which is to provide benefits for employed or self-employed persons belonging to an undertaking or group of undertakings, or to a trade or group of trades, in the event of death or survival or of discontinuance or curtailment of activity, or of sickness related to work or accidents at work.

3. This Regulation shall not apply to evidence and procedure, without prejudice to Article 18.

4. In this Regulation, the term 'Member State' shall mean Member States to which this Regulation applies. However, in Article 3(4) and Article 7 the term shall mean all the Member States.

Article 2

Universal application

Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.

CHAPTER II
UNIFORM RULES

Article 3

Freedom of choice

1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.

2. The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice made under this Article or of other provisions of this Regulation. Any change in the law to be applied that is made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 11 or adversely affect the rights of third parties.

3. Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.

4. Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in one or more Member States, the parties' choice of applicable law other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement.

5. The existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of Articles 10, 11 and 13.

Article 4

Applicable law in the absence of choice

1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3 and without prejudice to Articles 5 to 8, the law governing the contract shall be determined as follows:

(a) a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence;

(b) a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence;

(c) a contract relating to a right *in rem* in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated;

(d) notwithstanding point (c), a tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a period of no more than six consecutive months shall be governed by the law of the country where the landlord has his habitual residence, provided that the tenant is a natural person and has his habitual residence in the same country;

(e) a franchise contract shall be governed by the law of the country where the franchisee has his habitual residence;

(f) a distribution contract shall be governed by the law of the country where the distributor has his habitual residence;

(g) a contract for the sale of goods by auction shall be governed by the law of the country where the auction takes place, if such a place can be determined;

(h) a contract concluded within a multilateral system which brings together or facilitates the bringing together of multiple third-party buying and selling interests in financial instruments, as defined by Article 4(1), point (17) of Directive 2004/39/EC, in accordance with non-discretionary rules and governed by a single law, shall be governed by that law.

2. Where the contract is not covered by paragraph 1 or where the elements of the contract would be covered by more than one of points (a) to (h) of paragraph 1, the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence.

3. Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply.
4. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraphs 1 or 2, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected.

Article 5

Contracts of carriage

1. To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of goods has not been chosen in accordance with Article 3, the law applicable shall be the law of the country of habitual residence of the carrier, provided that the place of receipt or the place of delivery or the habitual residence of the consignor is also situated in that country. If those requirements are not met, the law of the country where the place of delivery as agreed by the parties is situated shall apply.
2. To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of passengers has not been chosen by the parties in accordance with the second subparagraph, the law applicable shall be the law of the country where the passenger has his habitual residence, provided that either the place of departure or the place of destination is situated in that country. If these requirements are not met, the law of the country where the carrier has his habitual residence shall apply.
The parties may choose as the law applicable to a contract for the carriage of passengers in accordance with Article 3 only the law of the country where:

(a) the passenger has his habitual residence; or

(b) the carrier has his habitual residence; or

(c) the carrier has his place of central administration; or

(d) the place of departure is situated; or

(e) the place of destination is situated.

3. Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract, in the absence of a choice of law, is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply.

Article 6

Consumer contracts

1. Without prejudice to Articles 5 and 7, a contract concluded by a natural person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession (the consumer) with another person acting in the exercise of his trade or profession (the professional) shall be governed by the law of the

country where the consumer has his habitual residence, provided that the professional:

(a) pursues his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, or

(b) by any means, directs such activities to that country or to several countries including that country,

and the contract falls within the scope of such activities.

2. Notwithstanding paragraph 1, the parties may choose the law applicable to a contract which fulfils the requirements of paragraph 1, in accordance with Article 3. Such a choice may not, however, have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement by virtue of the law which, in the absence of choice, would have been applicable on the basis of paragraph 1.

3. If the requirements in points (a) or (b) of paragraph 1 are not fulfilled, the law applicable to a contract between a consumer and a professional shall be determined pursuant to Articles 3 and 4.

4. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to:

(a) a contract for the supply of services where the services are to be supplied to the consumer exclusively in a country other than that in which he has his habitual residence;

(b) a contract of carriage other than a contract relating to package travel within the meaning of Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours ([15]);

(c) a contract relating to a right *in rem* in immovable property or a tenancy of immovable property other than a contract relating to the right to use immovable properties on a timeshare basis within the meaning of Directive 94/47/EC;

(d) rights and obligations which constitute a financial instrument and rights and obligations constituting the terms and conditions governing the issuance or offer to the public and public take-over bids of transferable securities, and the subscription and redemption of units in collective investment undertakings in so far as these activities do not constitute provision of a financial service;

(e) a contract concluded within the type of system falling within the scope of Article 4(1)(h).

Article 7

Insurance contracts

1. This Article shall apply to contracts referred to in paragraph 2, whether or not the risk covered is situated in a Member State, and to all other insurance

contracts covering risks situated inside the territory of the Member States. It shall not apply to reinsurance contracts.

2. An insurance contract covering a large risk as defined in Article 5(d) of the First Council Directive 73/239/EEC of 24 July 1973 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance ([16]) shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3 of this Regulation.

To the extent that the applicable law has not been chosen by the parties, the insurance contract shall be governed by the law of the country where the insurer has his habitual residence. Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with another country, the law of that other country shall apply.

3. In the case of an insurance contract other than a contract falling within paragraph 2, only the following laws may be chosen by the parties in accordance with Article 3:

(a) the law of any Member State where the risk is situated at the time of conclusion of the contract;

(b) the law of the country where the policy holder has his habitual residence;

(c) in the case of life assurance, the law of the Member State of which the policy holder is a national;

(d) for insurance contracts covering risks limited to events occurring in one Member State other than the Member State where the risk is situated, the law of that Member State;

(e) where the policy holder of a contract falling under this paragraph pursues a commercial or industrial activity or a liberal profession and the insurance contract covers two or more risks which relate to those activities and are situated in different Member States, the law of any of the Member States concerned or the law of the country of habitual residence of the policy holder.

Where, in the cases set out in points (a), (b) or (e), the Member States referred to grant greater freedom of choice of the law applicable to the insurance contract, the parties may take advantage of that freedom.

To the extent that the law applicable has not been chosen by the parties in accordance with this paragraph, such a contract shall be governed by the law of the Member State in which the risk is situated at the time of conclusion of the contract.

4. The following additional rules shall apply to insurance contracts covering risks for which a Member State imposes an obligation to take out insurance:

(a) the insurance contract shall not satisfy the obligation to take out insurance

unless it complies with the specific provisions relating to that insurance laid down by the Member State that imposes the obligation. Where the law of the Member State in which the risk is situated and the law of the Member State imposing the obligation to take out insurance contradict each other, the latter shall prevail;

(b) by way of derogation from paragraphs 2 and 3, a Member State may lay down that the insurance contract shall be governed by the law of the Member State that imposes the obligation to take out insurance.

5. For the purposes of paragraph 3, third subparagraph, and paragraph 4, where the contract covers risks situated in more than one Member State, the contract shall be considered as constituting several contracts each relating to only one Member State.

6. For the purposes of this Article, the country in which the risk is situated shall be determined in accordance with Article 2(d) of the Second Council Directive 88/357/EEC of 22 June 1988 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services ([17]) and, in the case of life assurance, the country in which the risk is situated shall be the country of the commitment within the meaning of Article 1(1)(g) of Directive 2002/83/EC.

Article 8

Individual employment contracts

1. An individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3. Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraphs 2, 3 and 4 of this Article.

2. To the extent that the law applicable to the individual employment contract has not been chosen by the parties, the contract shall be governed by the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract. The country where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he is temporarily employed in another country.

3. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 2, the contract shall be governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated.

4. Where it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 2 or 3, the law of that other country shall apply.

Article 9

Overriding mandatory provisions

1. Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.
2. Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.
3. Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

Article 10

Consent and material validity

1. The existence and validity of a contract, or of any term of a contract, shall be determined by the law which would govern it under this Regulation if the contract or term were valid.
2. Nevertheless, a party, in order to establish that he did not consent, may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in paragraph 1.

Article 11

Formal validity

1. A contract concluded between persons who, or whose agents, are in the same country at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under this Regulation or of the law of the country where it is concluded.
2. A contract concluded between persons who, or whose agents, are in different countries at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under this Regulation, or of the law of either of the countries where either of the parties or their agent is present at the time of conclusion, or of the law of the country where either of the parties had his habitual residence at that time.
3. A unilateral act intended to have legal effect relating to an existing or contemplated contract is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs or would govern the contract in substance under this Regulation, or of the law of the country where the act was done, or of the law

of the country where the person by whom it was done had his habitual residence at that time.

4. Paragraphs 1, 2 and 3 of this Article shall not apply to contracts that fall within the scope of Article 6. The form of such contracts shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence.

5. Notwithstanding paragraphs 1 to 4, a contract the subject matter of which is a right *in rem* in immovable property or a tenancy of immovable property shall be subject to the requirements of form of the law of the country where the property is situated if by that law:

(a) those requirements are imposed irrespective of the country where the contract is concluded and irrespective of the law governing the contract; and

(b) those requirements cannot be derogated from by agreement.

Article 12

Scope of the law applicable

1. The law applicable to a contract by virtue of this Regulation shall govern in particular:

(a) interpretation;

(b) performance;

(c) within the limits of the powers conferred on the court by its procedural law, the consequences of a total or partial breach of obligations, including the assessment of damages in so far as it is governed by rules of law;

(d) the various ways of extinguishing obligations, and prescription and limitation of actions;

(e) the consequences of nullity of the contract.

2. In relation to the manner of performance and the steps to be taken in the event of defective performance, regard shall be had to the law of the country in which performance takes place.

Article 13

Incapacity

In a contract concluded between persons who are in the same country, a natural person who would have capacity under the law of that country may invoke his incapacity resulting from the law of another country, only if the other party to the contract was aware of that incapacity at the time of the conclusion of the contract or was not aware thereof as a result of negligence.

Article 14

Voluntary assignment and contractual subrogation

1. The relationship between assignor and assignee under a voluntary assignment or contractual subrogation of a claim against another person (the

debtor) shall be governed by the law that applies to the contract between the assignor and assignee under this Regulation.

2. The law governing the assigned or subrogated claim shall determine its assignability, the relationship between the assignee and the debtor, the conditions under which the assignment or subrogation can be invoked against the debtor and whether the debtor's obligations have been discharged.

3. The concept of assignment in this Article includes outright transfers of claims, transfers of claims by way of security and pledges or other security rights over claims.

Article 15

Legal subrogation

Where a person (the creditor) has a contractual claim against another (the debtor) and a third person has a duty to satisfy the creditor, or has in fact satisfied the creditor in discharge of that duty, the law which governs the third person's duty to satisfy the creditor shall determine whether and to what extent the third person is entitled to exercise against the debtor the rights which the creditor had against the debtor under the law governing their relationship.

Article 16

Multiple liability

If a creditor has a claim against several debtors who are liable for the same claim, and one of the debtors has already satisfied the claim in whole or in part, the law governing the debtor's obligation towards the creditor also governs the debtor's right to claim recourse from the other debtors. The other debtors may rely on the defences they had against the creditor to the extent allowed by the law governing their obligations towards the creditor.

Article 17

Set-off

Where the right to set-off is not agreed by the parties, set-off shall be governed by the law applicable to the claim against which the right to set-off is asserted.

Article 18

Burden of proof

1. The law governing a contractual obligation under this Regulation shall apply to the extent that, in matters of contractual obligations, it contains rules which raise presumptions of law or determine the burden of proof.

2. A contract or an act intended to have legal effect may be proved by any mode of proof recognised by the law of the forum or by any of the laws referred to in Article 11 under which that contract or act is formally valid, provided that such mode of proof can be administered by the forum.

CHAPTER III
OTHER PROVISIONS

Article 19

Habitual residence

1. For the purposes of this Regulation, the habitual residence of companies and other bodies, corporate or unincorporated, shall be the place of central administration.

The habitual residence of a natural person acting in the course of his business activity shall be his principal place of business.

2. Where the contract is concluded in the course of the operations of a branch, agency or any other establishment, or if, under the contract, performance is the responsibility of such a branch, agency or establishment, the place where the branch, agency or any other establishment is located shall be treated as the place of habitual residence.

3. For the purposes of determining the habitual residence, the relevant point in time shall be the time of the conclusion of the contract.

Article 20

Exclusion of *renvoi*

The application of the law of any country specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law, unless provided otherwise in this Regulation.

Article 21

Public policy of the forum

The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum.

Article 22

States with more than one legal system

1. Where a State comprises several territorial units, each of which has its own rules of law in respect of contractual obligations, each territorial unit shall be considered as a country for the purposes of identifying the law applicable under this Regulation.

2. A Member State where different territorial units have their own rules of law in respect of contractual obligations shall not be required to apply this Regulation to conflicts solely between the laws of such units.

Article 23

Relationship with other provisions of Community law

With the exception of Article 7, this Regulation shall not prejudice the application of provisions of Community law which, in relation to particular matters, lay down conflict-of-law rules relating to contractual obligations.

Article 24

Relationship with the Rome Convention

1. This Regulation shall replace the Rome Convention in the Member States, except as regards the territories of the Member States which fall within the territorial scope of that Convention and to which this Regulation does not apply pursuant to Article 299 of the Treaty.

2. In so far as this Regulation replaces the provisions of the Rome Convention, any reference to that Convention shall be understood as a reference to this Regulation.

Article 25

Relationship with existing international conventions

1. This Regulation shall not prejudice the application of international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict-of-law rules relating to contractual obligations.

2. However, this Regulation shall, as between Member States, take precedence over conventions concluded exclusively between two or more of them in so far as such conventions concern matters governed by this Regulation.

Article 26

List of Conventions

1. By 17 June 2009, Member States shall notify the Commission of the conventions referred to in Article 25(1). After that date, Member States shall notify the Commission of all denunciations of such conventions.

2. Within six months of receipt of the notifications referred to in paragraph 1, the Commission shall publish in the *Official Journal of the European Union*:

(a) a list of the conventions referred to in paragraph 1;

(b) the denunciations referred to in paragraph 1.

Article 27

Review clause

1. By 17 June 2013, the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee a report on the application of this Regulation. If appropriate, the report shall be accompanied by proposals to amend this Regulation. The report shall include:

(a) a study on the law applicable to insurance contracts and an assessment of the impact of the provisions to be introduced, if any; and

(b) an evaluation on the application of Article 6, in particular as regards the coherence of Community law in the field of consumer protection.

2. By 17 June 2010, the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee a report on the question of the effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over a right of another person. The report shall be accompanied, if appropriate, by a proposal to amend this Regulation and an assessment of the impact of the provisions to be introduced.

Article 28

Application in time

This Regulation shall apply to contracts concluded after 17 December 2009.

CHAPTER IV
FINAL PROVISIONS

Article 29

Entry into force and application

This Regulation shall enter into force on the 20th day following its publication in the *Official Journal of the European Union*.

It shall apply from 17 December 2009 except for Article 26 which shall apply from 17 June 2009.

This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in the Member States in accordance with the Treaty establishing the European Community.

Done at Strasbourg, 17 June 2008.

For the European Parliament
The President
H.-G. PÖTTERING
For the Council
The President
J. LENARČIČ

Convention On The Law Applicable To International Sale Of Goods – The Hague, 1955

Hague Conference on Private International Law

copy @ lexmercatoria.org

Copyright © 1955 Hague Conference on Private International Law

Contents

Convention on the Law Applicable to International Sale of Goods, The Hague
1955 1
Article 1 1
Article 2 1
Article 3 1
Article 4 2
Article 5 2
Article 6 2
Article 7 2
Articles 8 - 12 [Omitted] 2
Metadata 3
SiSU Metadata, document information 3

Convention on the Law Applicable to International Sale of Goods, The Hague 1955

Article 1

This Convention shall apply to international sales of goods.

It shall not apply to sales of securities, to sales of ships and of registered boats or aircraft, or to sales upon judicial order or by way of execution. It shall apply to sales based on documents.

For the purposes of this Convention, contracts to deliver goods to be manufactured or produced shall be placed on the same footing as sales provided the party who assumes delivery is to furnish the necessary raw materials for their manufacture or production.

The mere declaration of the parties, relative to the application of a law or the competence of a judge or arbitrator, shall not be sufficient to confer upon a sale the international character provided for in the first paragraph of this Article.

Article 2 [7]

A sale shall be governed by the domestic law of the country designated by the Contracting Parties.

Such designation must be contained in an express clause, or unambiguously result from the provisions of the contract.

Conditions affecting the consent of the parties to the law declared applicable shall be determined by such law.

Article 3

In default of a law declared applicable by the parties under the conditions provided in the preceding Article, a sale shall be governed by the domestic law of the country in which the vendor has his habitual residence at the time when he receives the order. If the order is received by an establishment of the vendor, the sale shall be governed by the domestic law of the country in which the establishment is situated.

Nevertheless, a sale shall be governed by the domestic law of the country in which the purchaser has his habitual residence, or in which he has the establishment that has given the order, if the order has been received in such country, whether by the vendor or by his representative, agent or commercial traveller.

In case of a sale at an exchange or at a public auction, the sale shall be governed by the domestic law of the country in which the exchange is situated or the auction takes place.

Article 4
In the absence of an express clause to the contrary, the domestic law of the country in which inspection of goods delivered pursuant to a sale is to take place shall apply in respect of the form in which and the periods within which the inspection must take place, the notifications concerning the inspection and the measures to be taken in case of refusal of the goods.

Article 5
This Convention shall not apply to:
1. The capacity of the parties;
2. The form of the contract;
3. The transfer of ownership, provided that the various obligations of the parties, and especially those relating to risks, shall be subject to the law applicable to the sale pursuant to this Convention;
4. The effects of the sale as regards all persons other than the parties. [22]

Article 6
In each of the Contracting States, the application of the law determined by this convention may be excluded on a ground of public policy.

Article 7
The contracting States have agreed to incorporate the provisions of Articles 1-6 of this Convention in the national law of their respective countries.

Articles 8 - 12 [Omitted]
[Omitted]

Metadata
SiSU Metadata, document information

Document Manifest @:
‹http://www.jus.uio.no/lm/hcpil.applicable.law.sog.convention.1955/sisu_manifest.html›
Title: Convention On The Law Applicable To International Sale Of Goods - The Hague, 1955
Creator: Hague Conference on Private International Law
Rights: Copyright (C) 1955 Hague Conference on Private International Law
Subject: applicable law, international sales, sale of goods
Publisher: SiSU ‹http://www.jus.uio.no/sisu› (this copy)
Date: 1955
Topics Registered: Hague Conference on Private International Law:convention;agency:convention;applicable law:convention;-contract:sale of goods:convention

Version Information
Sourcefile: hcpil.applicable.law.sog.convention.1955.sst
Filetype: SiSU text 2.0

Source Digest:
SHA256(hcpil.applicable.law.sog.convention.1955.sst)=6359d7b8943ab9a377bee7c616815cdb3dbf7837-cbf0143510e33188bae84eb0

Skin Digest:
SHA256(skin_lm.rb)=5acda64a9532f9ef6b71693da2b471d4efac2f23a8499e68de066eec8ea9b8e9

Generated
Document (dal) last generated: Wed Sep 01 14:09:00 -0400 2010
Generated by: SiSU 2.6.3 of 2010w30/3 (2010-07-28)
Ruby version: ruby 1.8.7 (2010-08-16 patchlevel 302) [i486-linux]

31. CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS1

(Concluded 22 December 1986)

This Convention, including related materials, is accessible on the website of the Hague Conference on Private International Law (www.hcch.net), under "Conventions". For the full history of the Convention, see Hague Conference on Private International Law, *Proceedings of the Extraordinary Session (1985) - Diplomatic Conference on the law applicable to sales contracts* (801 pp.).

The States Parties to the present Convention,

Desiring to unify the choice of law rules relating to contracts for the international sale of goods,

Bearing in mind the *United Nations Convention on contracts for the international sale of goods*, concluded at Vienna on 11 April 1980,

Have agreed upon the following provisions –

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1

This Convention determines the law applicable to contracts of sale of goods –

a) between parties having their places of business in different States;

b) in all other cases involving a choice between the laws of different States, unless such a choice arises solely from a stipulation by the parties as to the applicable law, even if accompanied by a choice of court or arbitration.

Article 2

The Convention does not apply to –

a) sales by way of execution or otherwise by authority of law;

b) sales of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money; it does, however, apply to the sale of goods based on documents;

c) sales of goods bought for personal, family or household use; it does, however, apply if the seller at the time of the conclusion of the contract neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use.

Article 3

For the purposes of the Convention, "goods" includes –

a) ships, vessels, boats, hovercraft and aircraft;

b) electricity.

Article 4

(1) Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered contracts of sale unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production.

---

1 This Convention, including related materials, is accessible on the website of the Hague Conference on Private International Law (www.hcch.net), under "Conventions". For the full history of the Convention, see Hague Conference on Private International Law, *Proceedings of the Extraordinary Session (1985) - Diplomatic Conference on the law applicable to sales contracts* (801 pp.).

(2) Contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes goods consists of the supply of labour or other services are not to be considered contracts of sale.

Article 5

The Convention does not determine the law applicable to –

a) the capacity of the parties or the consequences of nullity or invalidity of the contract resulting from the incapacity of a party;

b) the question whether an agent is able to bind a principal, or an organ to bind a company or body corporate or unincorporate;

c) the transfer of ownership; nevertheless, the issues specifically mentioned in Article 12 are governed by the law applicable to the contract under the Convention;

d) the effect of the sale in respect of any person other than the parties;

e) agreements on arbitration or on choice of court, even if such an agreement is embodied in the contract of sale.

Article 6

The law determined under the Convention applies whether or not it is the law of a Contracting State.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Section 1 – Determination of the applicable law

Article 7

(1) A contract of sale is governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this choice must be express or be clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, viewed in their entirety. Such a choice may be limited to a part of the contract.

(2) The parties may at any time agree to subject the contract in whole or in part to a law other than that which previously governed it, whether or not the law previously governing the contract was chosen by the parties. Any change by the parties of the applicable law made after the conclusion of the contract does not prejudice its formal validity or the rights of third parties.

Article 8

(1) To the extent that the law applicable to a contract of sale has not been chosen by the parties in accordance with Article 7, the contract is governed by the law of the State where the seller has his place of business at the time of conclusion of the contract.

(2) However, the contract is governed by the law of the State where the buyer has his place of business at the time of conclusion of the contract, if –

a) negotiations were conducted, and the contract concluded by and in the presence of the parties, in that State; or

b) the contract provides expressly that the seller must perform his obligation to deliver the goods in that State; or

c) the contract was concluded on terms determined mainly by the buyer and in response to an invitation directed by the buyer to persons invited to bid (a call for tenders).

(3) By way of exception, where, in the light of the circumstances as a whole, for instance any business relations between the parties, the contract is manifestly more closely connected with a law which is not the law which would otherwise be applicable to the contract under paragraphs 1 or 2 of this Article, the contract is governed by that other law.

(4) Paragraph 3 does not apply if, at the time of the conclusion of the contract, the seller and the buyer have their places of business in States having made the reservation under Article 21, paragraph 1, sub-paragraph *b)*.

(5) Paragraph 3 does not apply in respect of issues regulated in the *United Nations Convention on contracts for the international sale of goods* (Vienna, 11 April 1980) where, at the time of the

conclusion of the contract, the seller and the buyer have their places of business in different States both of which are Parties to that Convention.

Article 9

A sale by auction or on a commodity or other exchange is governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 7 to the extent to which the law of the State where the auction takes place or the exchange is located does not prohibit such choice. Failing a choice by the parties, or to the extent that such choice is prohibited, the law of the State where the auction takes place or the exchange is located shall apply.

Article 10

(1) Issues concerning the existence and material validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law are determined, where the choice satisfies the requirements of Article 7, by the law chosen. If under that law the choice is invalid, the law governing the contract is determined under Article 8.
(2) The existence and material validity of a contract of sale, or of any term thereof, are determined by the law which under the Convention would govern the contract or term if it were valid.
(3) Nevertheless, to establish that he did not consent to the choice of law, to the contract itself, or to any term thereof, a party may rely on the law of the State where he has his place of business, if in the circumstances it is not reasonable to determine that issue under the law specified in the preceding paragraphs.

Article 11

(1) A contract of sale concluded between persons who are in the same State is formally valid if it satisfies the requirements either of the law which governs it under the Convention or of the law of the State where it is concluded.
(2) A contract of sale concluded between persons who are in different States is formally valid if it satisfies the requirements either of the law which governs it under the Convention or of the law of one of those States.
(3) Where the contract is concluded by an agent, the State in which the agent acts is the relevant State for the purposes of the preceding paragraphs.
(4) An act intended to have legal effect relating to an existing or contemplated contract of sale is formally valid if it satisfies the requirements either of the law which under the Convention governs or would govern the contract, or of the law of the State where the act was done.
(5) The Convention does not apply to the formal validity of a contract of sale where one of the parties to the contract has, at the time of its conclusion, his place of business in a State which has made the reservation provided for in Article 21, paragraph 1, sub-paragraph *c)*.

Section 2 – Scope of the applicable law

Article 12

The law applicable to a contract of sale by virtue of Articles 7, 8 or 9 governs in particular –
a) interpretation of the contract;
b) the rights and obligations of the parties and performance of the contract;
c) the time at which the buyer becomes entitled to the products, fruits and income deriving from the goods;
d) the time from which the buyer bears the risk with respect to the goods;
e) the validity and effect as between the parties of clauses reserving title to the goods;
f) the consequences of non-performance of the contract, including the categories of loss for which compensation may be recovered, but without prejudice to the procedural law of the forum;
g) the various ways of extinguishing obligations, as well as prescription and limitation of actions;
h) the consequences of nullity or invalidity of the contract.

Article 13

In the absence of an express clause to the contrary, the law of the State where inspection of the goods takes place applies to the modalities and procedural requirements for such inspection.

CHAPTER III – GENERAL PROVISIONS

Article 14

(1) If a party has more than one place of business, the relevant place of business is that which has the closest relationship to the contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract.
(2) If a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.

Article 15

In the Convention "law" means the law in force in a State other than its choice of law rules.

Article 16

In the interpretation of the Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

Article 17

The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum that must be applied irrespective of the law that otherwise governs the contract.

Article 18

The application of a law determined by the Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

Article 19

For the purpose of identifying the law applicable under the Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own system of law or its own rules of law in respect of contracts for the sale of goods, any reference to the law of that State is to be construed as referring to the law in force in the territorial unit in question.

Article 20

A State within which different territorial units have their own systems of law or their own rules of law in respect of contracts of sale is not bound to apply the Convention to conflicts between the laws in force in such units.

Article 21

(1) Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession make any of the following reservations –

a) that it will not apply the Convention in the cases covered by sub-paragraph *b)* of Article 1;

b) that it will not apply paragraph 3 of Article 8, except where neither party to the contract has his place of business in a State which has made a reservation provided for under this sub-paragraph;

c) that, for cases where its legislation requires contracts of sale to be concluded in or evidenced by writing, it will not apply the Convention to the formal validity of the contract, where any party has his place of business in its territory at the time of conclusion of the contract;

d) that it will not apply sub-paragraph *g)* of Article 12 in so far as that sub-paragraph relates to prescription and limitation of actions.

(2) No other reservation shall be permitted.

(3) Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the month following the expiration of three months after notification of the withdrawal.

Article 22

(1) This Convention does not prevail over any convention or other international agreement which has been or may be entered into and which contains provisions determining the law applicable to contracts of sale, provided that such instrument applies only if the seller and buyer have their places of business in States Parties to that instrument.

(2) This Convention does not prevail over any international convention to which a Contracting State is, or becomes, a Party, regulating the choice of law in regard to any particular category of contracts of sale within the scope of this Convention.

Article 23

This Convention does not prejudice the application –

a) of the *United Nations Convention on contracts for the international sale of goods* (Vienna, 11 April 1980);

b) of the *Convention on the limitation period in the international sale of goods* (New York, 14 June 1974), or the *Protocol* amending that Convention (Vienna, 11 April 1980).

Article 24

The Convention applies in a Contracting State to contracts of sale concluded after its entry into force for that State.

CHAPTER IV – FINAL CLAUSES

Article 25

(1) The Convention is open for signature by all States.

(2) The Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

(3) The Convention is open for accession by all States which are not signatory States as from the date it is open for signature.

(4) Instruments of ratification, acceptance, approval and accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

Article 26

(1) If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

(2) Any such declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

(3) If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 27

(1) The Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the fifth instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 25.
(2) Thereafter the Convention shall enter into force –

a) for each State ratifying, accepting, approving or acceding to it subsequently, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

b) for a territorial unit to which the Convention has been extended in conformity with Article 26 on the first day of the month following the expiration of three months after the notification referred to in that Article.

Article 28

For each State Party to the *Convention on the law applicable to international sales of goods*, done at The Hague on 15 June 1955, which has consented to be bound by this Convention and for which this Convention is in force, this Convention shall replace the said Convention of 1955.

Article 29

Any State which becomes a Party to this Convention after the entry into force of an instrument revising it shall be considered to be a Party to the Convention as revised.

Article 30

(1) A State Party to this Convention may denounce it by a notification in writing addressed to the depositary.
(2) The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of three months after the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation takes effect upon the expiration of such longer period after the notification is received by the depositary.

Article 31

The depositary shall notify the States Members of the Hague Conference on Private International Law and the States which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with Article 25, of the following –

a) the signatures and ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Article 25;

b) the date on which the Convention enters into force in accordance with Article 27;

c) the declarations referred to in Article 26;

d) the reservations and the withdrawals of reservations referred to in Article 21;

e) the denunciations referred to in Article 30.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on the 22nd day of December, 1986, in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law as of the date of its Extraordinary Session of October 1985, and to each State which participated in that Session.

الفهرس

المقدمة : ٣

القسم الأول: قواعد الإسناد الأصلية لتنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية. ١١

الفصل الاول: قانون الإرادة. ١٣

المبحث الأول : قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة. ١٤

الفقرة الأولى : نشأة قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة ١٤

الفقرة الثانية : دَولية العقد ٢١

المَبحث الثاني : النظريات التي تناولت قانون الإرادة ٢٥

الفَقَرة الاولى : النَظرية الشَخصية ٢٥

الفقرة الثانية : النظرية الموضوعية ٣٠

الفصل الثاني : أشكال التعبير عن قانون الإرادة والإستثناءات التي تطاله. ٣٦

المبحث الأول : أشكال التعبير عن قانون الإرادة ٣٧

الفقرة الأولى: الإرادة الصريحة والإرادة الضِمنية. ٣٧

الفقرة الثانية: الإرادة المُفترضة ٤٤

المبحث الثاني : الإستثناءات التي تَرد على قانون الإرادة ٤٧

الفقرة الأولى: قانون حماية المُستهلك ٤٧

الفقرة الثانية : النظام العام والغش نحو القانون ٥٢

القسم الثاني: قواعد الإسناد الإحتياطية لتنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية ٥٨

الفصل الأول: قواعد الإسناد الإحتياطية المقررة في القوانين المقارنة. ٥٩

المبحث الأول: الطرق المُعتمدة في تحديد قواعد الإسناد الإحتياطية ٦٠

الفقرة الأولى : دور القاضي في تحديد قواعد الإسناد الإحتياطية. ٦٠

الفقرة الثانية: نظرية الأداء المُميّز : ٦٢

أولاً: الإختلاف بين فكرة الأداء المُميّز ونظرية التركيز الموضوعي : ٦٤
ثانياً: الإستثناء على نظرية الأداء المُميّز : ٦٧
المبحث الثاني: المؤشرات الدالة على قواعد الإسناد الإحتياطية ٦٨
الفقرة الأولى: قواعد الإسناد المُرتبطة بالعقد ٦٨
أولاً: مكان إبرام العقد: ٦٨
الفقرة الثانية : قواعد الإسناد المُرتبطة بالمُتعاقدين ٧٧
أولاً: الجنسية المُشتركة ٧٧
ثانياً: الموطن المُشترك للمُتعاقدين ٧٩
الفصل الثاني: قواعد الإسناد الإحتياطية المُقررة في الإتّفاقيات الدولية وخصوصية عقود التجارة الإلكترونية. ٨٢
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق وفقاً للإتّفاقيات المُتعلّقة بالقانون الدولي الخاص. ٨٣
الفقرة الأولى : إتّفاقية روما لسنة ١٩٨٠و٢٠٠٨. ..... ٨٣
الفقرة الثانية : إتّفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥و١٩٨٦ . ..... ٨٦
المبحث الثاني: الإتّفاقيات المُتعلقة بالتجارة الدولية. ٩٠
الفقرة الأولى: قانون Lex Mercatoria ٩٠
الفقرة الثانية : قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦ :..... ٩٢
الخاتمة..... ٩٥
المراجع ١٠١
الملاحق ١١٤
الفهرس ١٥٨