Middle East Journal of Legal and Jurisprudence Studies

Homepage: http://meijournals.com/ar/index.php/mejljs/index

ISSN: 2710-2211(Print) ISSN: 2788-4694 (Online)

مجلة الشرق الأوسط
للدراسات القانونية والفقهية

القانون الواجب التطبيق على عقد التوزيع الحصري الالكتروني في حالة عدم الاتفاق على القانون: دراسة مقارنة

زياد طارق محمود الآغا

كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق

ziyadagha80@gmail.com

أ.د. سلطان عبد الله محمود الجواري

كلية الحقوق جامعة الموصل العراق

استلام البحث: 18/10/2021 مراجعة البحث: 29/11/2021 قيول البحث:06/12/2021

ملخص الدراسة:

يعتبر عقد التوزيع الحصري الالكتروني من العقود المهمة في إنعاش حركة التجارة الدولية. وبالنظر الى تشعب العلاقات الاقتصادية في هذا النوع من العقود ينتج عنه مشاكل قانونية متعددة. ويوجد علاقتين رئيسيتين في عقد التوزيع الحصري الالكتروني، الاولى هي العلاقة التي تنشأ ما بين المورد او المنتج مع الموزع والتي سيكون التركيز عليها في موضع دراستنا، اما العلاقة الثانية وهي العلاقة التي تنشأ ما بين الموزع والمستهلك. وبحكم ان المورد هو صاحب السطوة الاقتصادية في عقد التوزيع الحصري الالكتروني لذا يقوم المورد بفرض شروطه على الموزع من خلال بنود معدة مسبقاً، ليجد الموزع نفسه امام خيارين ام الرفض او قبول العقد بشروط المورد. ومن هذا المنطلق تظهر المشاكل القانونية التي تتعلق بالقانون الذي يحكم العقد فمن خلال قواعد التنازع التقليدية يصار الى البحث في ارادة أطراف العلاقة العقدية سواء كانت الصريحة منها ام الضمنية. حيث يستطيع القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع من خلال ارادة أطراف عقد التوزيع الحصري الالكتروني. الا ان المشاكل القانونية تظهر في حالة عدم تحديد القانون الذي سوف يحكم النزاعات المتعلقة بعقد التوزيع الحصري الالكتروني، وعليه يصار الى البحث عن القانون الواجب التطبيق في قواعد الاسناد الجامدة. وفي حالة عدم قدرة القاضي على استخلاص القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد الاسناد الجامدة يقوم باللجوء الى قواعد الاسناد المرنة ومحاولة ربط العقد بالقانون الاكثر صلة بالعقد او ربطه بالأداء المميز لأطراف العقد.

الكلمات المفتاحية: التوزيع، الحصري، المورد، الموزع، الالكتروني

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

The law applicable to the electronic exclusive distribution contract in case the parties do not agree

Ziyad Tarik Mahmood Alagha
College of Law, university of Mosul, Iraq
ziyadagha80@gmail.com
Prof. Sultan Abdullah Mahmood Al Jawari
College of Law, university of Mosul, Iraq

Abstract

The electronic exclusive distribution contract is one of the important contracts in reviving the international trade movement. Given the complexity of economic relations in this type of contracts, it results in multiple legal problems. There are two main relationships in the exclusive electronic distribution contract, the first is the relationship that arises between the suppliers or product with the distributor, which will be the focus of our study, and the second relationship, is the relationship that arises between the distributor and the consumer. By virtue of the fact that the supplier is the owner of the economic power in the exclusive electronic distribution contract, the supplier imposes its conditions on the distributor through pre-prepared clauses, so that the distributor finds himself in front of two options: refuse or accept the contract on the terms of the supplier. From this point of view, the legal problems related to the law governing the contract appear. Through the traditional rules of conflict, the will of the parties to the contractual relationship is examined, whether it is explicit or implicit. Where the judge can determine the law applicable to the dispute through the will of the parties to the exclusive electronic distribution contract. However, legal problems appear in the event that the law that will govern disputes related to the exclusive electronic distribution contract is not specified, and accordingly, a search for the applicable law is required in the rigid rules of attribution. In the event that the judge is unable to derive the applicable law through rigid attribution rules, he will resort to flexible attribution rules and try to link the contract with the law most relevant to the contract or link it to the distinguished performance of the parties to the contract.

Keywords: distribution, exclusive, supplier, distributor, electronic

مقدمـــــــــــة

مع اتساع حركة التجارة في مختلف انحاء المعمورة بدء التفكير بالبحث عن طرق مبتكرة لتوسيع النشاطات الاقتصادية فأصبح المنتجون يفكرون بأسوق جديدة تقع خارج المناطق الجغرافية التي يقطنونها. وكان أحد أكثر الاسباب التي دفعت نحو تشجيع التوسع التجاري هي الثورة التكنلوجيا والمقرونة بظهور الانترنت، والتي ساهمت بتقارب روى التجار في مختلف انحاء المعمورة وبالتالي أصبح التركيز على ذوق المستهلك لا يقع ضمن النطاق الجغرافي المحدد للمنتج. فمن خلال هذا التداخل في عالم التجارة الدولية ظهرت الحاجة الى وجود موزعين يقومون بأعمال توزيع المنتج ويخضعون لشروط معدة مسبقاً من قبل المورد. لذا ساهم هذا التشعب في العلاقات التجارية بشكل او باخر، الى ظهور مشاكل قانونية متعددة بتعدد انواع عقود التوزيع. وعند الخوض في مضمار تنازع القوانين لحكم العلاقة القانونية التي يخضع لها عقد التوزيع الحصري الالكتروني نجد بان قواعد التنازع التقليدية لا تتماشى مع متطلبات عقد التوزيع الحصري الالكتروني. فحكم العلاقات التي تبرم وتنفذ عبر شبكة الانترنت

يجعل الامر صعباً بمكان ان تطبق عليه قواعد التنازع التقليدية التي يمكن ادراجها في عقد التوزيع الحصري الذي يبرم وينفذ في العالم المادي. لذا اثارنا من خلال هذه الدراسة الى البحث الدؤوب في محاولة الكشف عن أفضل الطرق التي يتوجب اللجوء اليها لإسناد العلاقة القانونية في عقد التوزيع الحصري الالكتروني.

أهمية البحث:

مبدئياً يعد عقد التوزيع الحصري الالكتروني من العقود الرئيسية التي تساعد في نمو الاقتصاد العالمي. لذى شكلت هذه الاهمية الحافز الرئيسي للبحث في هذا الموضوع مدعومةً بأسباب أخرى وكما يلي:

1) جاء على ذكر عقد التوزيع الحصري في اتفاقية روما 1980 ضمن الفقرة الرابعة وهذا دليل على مدى اهمية هذا النوع من العقود بالتالي عدم اهتمام المشرع العراقي بأدراج فقرة قانونية تنص بشكل صريح على كيفية التعامل مع هذا النوع من العقود يشكل عاملً مهم يدفعنا للبحث في ثنايا عقد التوزيع الحصري الكتروني.
2) عدم ملائمة قواعد تنازع القوانين التقليدية وعلى الأخص منها قواعد الاسناد الجامدة لعقد التوزيع الحصري الالكتروني حيث شكل ذلك اهمية خاصة للبحث في الموضوع.
3) قلة المصادر التي تتناول موضوع عقد التوزيع الحصري بشكل عام وعقد التوزيع الحصري الالكتروني بشكل خاص، لذى شكلت هذه الجزئية اهمية خاصة لهذا النوع من العقود.

أسباب اختيار الموضوع:

1) ان من اهم الأسباب التي دفعتنا للبحث في هذا الموضوع هو عدم تناول المشرع العراقي لهذا النوع من العقود على الرغم من الأهمية الاقتصادية له.
2) عدم ملائمة قواعد تنازع القوانين التقليدية وعلى الأخص منها ما يتعلق بقواعد الاسناد الجامدة لعقد التوزيع الحصري الالكتروني.
3) قلة المصادر التي تتناول موضوع عقد التوزيع الحصري بشكل عام وعقد التوزيع الحصري الالكتروني بشكل خاص.

مشكلة البحث:

عدم ملائمة قواعد التنازع التقليدية لعقد التوزيع الحصري الالكتروني حيث انه من المعلوم ان العالم الالكتروني عالم متغير ومتطور لا يتناسب مع مقومات العالم المادي فعملية تطبيق القواعد التقليدية في حل المشاكل الناجمة عن عقد التوزيع الحصري الالكتروني لا يمكن اعمالها على ارض الواقع.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

تساؤلات البحث:

1) إذا كانت قواعد تنازع القوانين التقليدية يمكن تطبيقها على العقود التجارية التي تبرم وتنفذ في العالم المادي فهل يمكن ان نطبق ذات القواعد على فرضية عقد التوزيع الحصري الالكتروني؟
2) غالباً ما يتم تحديد مكان أطراف العقد التجاري الدولي من خلال ضوابط محدد مثل ضابط مكان الابرام او مكان التنفيذ بالتالي نستطيع تحديد القانون الذي سوف يحكم العلاقة العقدية ولكن هل تتناسب تلك الضوابط المعمول بها في العالم المادي مع عقد التوزيع الحصري الالكتروني، على الاخص عند قيام اشخاص عقد التوزيع الحصري الالكتروني باستخدام التقنيات التكنلوجية التي تتيح لهم تغير موقع التواجد عبر شبكة الانترنت مثل برنامج (VPN).

منهجية الدراسة

لقد تم اعتماد المنهج التحليلي المقارن خلال كتابة البحث والمتضمن لكل من القوانين المصرية والجزائرية مع القانون العراقي، هذا بالإضافة الى محاولة ادراج التطبيقات القضائية التي تفسر هذه الاتفاقيات بشكل عملي.

المطلب الاول

الاسناد الجامد كحل لمنازعات عقد التوزيع الحصري الالكتروني

ان التحديد المسبق للقانون الذي سوف يحكم عقد التوزيع الحصري الإلكتروني يشكل نوع من أنواع الأمان القانوني لأطراف العلاقة العقدية، حيث ان أطراف عقد التوزيع الحصري الالكتروني سوف يتوقعون القانون الواجب التطبيق على عقدهم. لذا فان الاسناد الجامد يأخذ بتطبيق معاير محددة بغض النظر عن موضوع العقد وهو إما ان يكون قانون الموطن المشترك او قانون محل الابرام او قانون مكان التنفيذ اي الاخذ بأقرب القوانين التي تتصل بالعقد مباشرة. وعليه ومن خلال هذا المطلب سوف نحاول ان نبين مدى ملائمة الاسناد الجامد لمنازعات عقد التوزع الحصري الالكتروني. وذلك من خلال تقسيم المطلب الى فرعين وكما يلي:

الفرع الاول: ضوابط الاسناد الجامد في منازعات عقد التوزيع الحصري الالكتروني

الفرع الثاني: تقدير مدى صلاحية ضوابط الاسناد الجامد لعقد التوزيع الحصري الالكتروني

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

الفرع الاول

ضوابط الاسناد الجامد في منازعات عقد التوزيع الحصري الالكتروني

اولاً: ضابط الموطن المشترك في عقد التوزيع الحصري الالكتروني.

يعتمد هذا الضابط على الموطن المشترك لتحديد القانون الواجب التطبيق. والمقصود بالموطن المشترك هو المكان الذي يبقى به اشخاص العقد بنية الاستقرار ويتخذونه مركزاً لأعمالهم ومصالحهم لذا يعتبر الموطن المشترك رابطة تقوم بين الفرد واقليم دولة معينة. [1] للموطن المشترك ركنان رئيسان الاول مادي واقعي و المتمثل بالإقامة المعتادة للشخص بصفة دائمة. [2] وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي بنص المادة42 (الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة او مؤقتة ويجوز ان يكون للشخص اكثر من موطن واحد)[3] اما الركن الثاني والمتمثل بالركن المعنوي فهو النية الكامنة للشخص في البقاء بصورة مستمرة في مكان معين وقد تتمثل هذه النية من خلال ظروف يستسقيها القاضي من الافعال المادية التي يقوم بها الشخص. مثال على ذلك شراء دار سكنية في العراق هي نية فعلية على الاستقرار في البلد والبقاء فيه. هذا ما يخص الموطن العام اما إذا ارادنا النظر في الموطن الخاص فتتمثل النية هنا بالدليل الذي يوضح ممارسة التجارة او الحرفة في اقليم محدد. [4]

وقد جاء على ذكر الموطن المشترك بالنسبة للتعاملات التعاقدية في نص المادة (25) من القانون المدني العراقي (1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبقه...) [5] ومن خلال منظورنا الى عقد التوزيع الحصري الالكتروني نستطيع القول بأن المشرع العراقي قد قدم الموطن المشترك على مكان الابرام ، فكلما كان العقد القائم بين الموزع والمورد متمركز في موطن محدد سهل على القضاء من الناحية العملية تطبيق الاحكام التي تصدر لذى يتوجب على القاضي مبدئيا البحث عن ما اذا كان هناك موطن مشترك لأطراف عقد التوزيع الحصري الالكتروني، وان كان تطبيق هذه الفرضية صعبة التحقيق على الاخص فيما يتعلق وموضوع بحثنا في عقد التوزيع الحصري الالكتروني لأسباب سوف نأتي على ذكرها لاحقا . اما القانون المصري فانه لا يختلف البته عن ما جاء في النص العراقي فقد بينت المادة (1/19) موقف القانون المصري الذي لم يغاير القانون العراقي بشي وهو بهذا الحال يقدم الموطن المشترك على غيره من الامور الاخرى .بينما نص القانون المدني الجزائري في المادة (18) على انه (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين اذا كانت الصلة حقيقية بالمتعاقدين او بالعقد وفي حالة عدم امكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك او

(1) محمد ضياء الدين ناصر اسماعيل، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية *رسالة ماجستير*، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، الجزائر،2017 ، ص 23

(2) الجبوري ابراهيم عباس، *دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص*، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والإنسانية، العراق، العدد 43، 2019، ص 1274.

(3) المادة (42)، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

(4) د. ابراهيم عباس الجبوري، نفس المصدر، ص 1275

(5) المادة (25)، القانون المدني العراقي رقم (40)لسنة 1951

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

الجنسية المشتركة وفي حالة عدم امكان ذلك يطبق قانون محل ابرام العقد ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري) [6]

بينما اوضحت اتفاقية فينا انها تشترط الاختلاف في موطن اشخاص العقد فقد نصت هذه الاتفاقية في المادة الثانية على ما يلي (تطبق احكام هذه الاتفاقية على عقود بيع المنتجات بين اشخاص توجد اماكن عملهم في دول متنوعة عندما تكون هذه الدول متعاقدة، او عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص الى تطبيق قانون دولة متعاقدة) [7])ومن خلال كل ما تقدم ذكره يمكن القول بان ضابط الموطن المشترك لا يمكن الاعتماد عليه مع فرضية عقد التوزيع الحصري الالكتروني لأسباب كثر سوف نأتي على أدرجها عند الانتهاء من الضوابط الجامدة.

ثانياً: ضابط مكان الإبرام العقد في عقد التوزيع الحصري الإلكتروني

يعد مكان ابرام العقد أحد الضوابط الاحتياطية التي توفر للمتعاقدين الامان القانوني حيث يمكن القول بان المكان الذي يتم ابرام العقد فيه هو المكان الذي يتوقع اشخاص العقد ان تطبق احكامه عليهم [8] هذا بالإضافة الى ان تطبيق ضابط مكان ابرام العقد يؤدي بالنتيجة الى وحدة القانون الواجب التطبيق وهو بذات الوقت يوفر الارتباط الحقيقي والجاد بين القانون والعقد. [9]

يأتي تباعاً لتطبيق ضابط الموطن المشترك، لذا يمكن القول بان اول ضابط يمكن تطبيقه تسلسلياً على عقد التوزيع الحصري الالكتروني هو ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين يليه في التطبيق ضابط مكان الابرام. وكما مشار اليه مسبقاً ان المادة (25) من القانون المدني العراقي تقابلها المادة (19) الفقرة 1 من القانون المدني المصري والتي لا تختلف مطلقا عما اورده المشرع العرقي بشأن مكان الابرام. وقد اشار القانون المدني الجزائري في المادة (18) الى مكان ابرام العقد كضابط احتياطي. ويمكن القول بأنه من المتصور تطبيق هذا الضابط على عقود التوزيع الحصري التي تبرم وتنفذ بشكل تقليدي. ولكن الامر يختلف تماماً عند محاولة تطبيق هذا الضابط على عقد التوزيع الحصري الالكتروني كون ان مكان ابرم العقد يصعب تحديدها على ارض الواقع. فمن المعلوم ان الفضاء الالكتروني هو عالم افتراضي لا تحدده حدود معينة. [10] وهناك معوقات اخرى تظهر عند تبني هذا الضابط كأساس لحل منازعات عقد التوزيع الحصري الالكتروني والتي سوف يتم التطرق اليها بشكل لاحق. لذا يمكن القول

(6) المادة (18)، القانون المدني الجزائري الامر رقم 75-58 لسنة 1975

(7) خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، *رسالة ماجستير*، جامعة مولود معمري، الجزائر،2010، ص44.

(8) ابو الهيجاء ابراهيم، *عقود التجارة الالكترونية*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،2005، ص 90.

(9) خليفي سمير، مصدر سابق، ص 41؛ الدكتور الجواري سلطان عبد الله محمود، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص140.

(10) خليل خالد عبد الفتاح محمد، *عقد التوزيع الحصري في القانون الدولي الخاص* ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2016 ، ص 144

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

وبشكل مبدئي ان عقد التوزيع الحصري الالكتروني لا يتوافق مع ضابط مكان الابرام للسبب المذكور انفاً ولأسباب اخرى سوف نفصلها لاحقاً.

ثالثاً: ضابط مكان تنفيذ العقد في عقد التوزيع الحصري الالكتروني

يعد الفقيه الالماني (سافيني) اول من أطلق فكرة اسناد العقد الدولي الى محل التنفيذ وذلك لاعتباره المكان الذي سوف ينتج فيه العقد لا اثاره وكنتيجة لذلك سوف يجعله القانون الامثل لتطبيق احكامه على النزاع القائم. وقد وضح الفقيه (باتيفول) ان اشخاص العقد لابد وان يرتبطون بشكل وثيق بمكان تنفيذ العقد [11] وتثير مسالة ضابط مكان تنفيذ عقد التوزيع الحصري الالكتروني المشاكل التي اوردنها عند الحديث عن مكان ابرام العقد من حيث صعوبة تحديد مكان التنفيذ على الانترنت وهناك البعض من عقود التوزيع التي تبرم بشكل الالكتروني وتنفذ بذات الوقت الالكترونياً وسوف نأتي على هذه الصعوبات في نهاية المطلب. لذا لا يمكن الاعتماد على ضابط مكان التنفيذ في عقد التوزيع الحصري الالكتروني للأسباب المذكورة انفاً والتي سوف يتم التطرق اليها بشكل مفصل لاحقاً.

الفرع الثاني

تقدير مدى صلاحية ضوابط الاسناد الجامد لعقد التوزيع الحصري الالكتروني

كما أشرنا سلفاً لا نعتقد بان الضوابط الجامدة هي الحل الامثل لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقد التوزيع الحصري الالكتروني لأسباب كثر على سبيل المثال، إذا ما تطرقنا الى ضابط الموطن المشترك سوف نواجه مشاكل كثيرة عند اعمال هذا الضابط على عقد التوزيع الحصري الالكتروني. من اولى المصاعب التي سوف تواجهنا هو صعوبة التأكد من موطن اشخاص العقد الالكتروني ومقار عملهم عبر شبكة الانترنت [12] وعلى وجه الخصوص إذا ما تم ابرام عقد توزيع حصري الالكتروني من دون اي تسليم مادي للبضائع. فيحدث ان يقوم شخص بتوقيع عقد توزيع مع مورد لبرنامج الحاسوب على سبيل المثال ثم يقوم بالتوزيع على الانترنت وهو بهذا الفرض يدور في عالم افتراضي ليس له موطن محدد يمكن الاعتماد عليه بينما لو تم ابرام العقد الكترونيا ومن ثم كان تسليم البضاعة بشكل مادي على ارض الواقع يمكن استخلاص موطن الموزع من خلال مكان التسليم. وقد يحدث ان يتعاقد الشخص وهو في زيارة لبلد ثاني باستخدام جهاز الحاسوب، عندها لن يكون التعاقد في الموطن الحقيقي لأشخاص العقد. لذا لا يعد ضابط الموطن من الضوابط المناسبة لحل النزاعات التي قد تنشى عن عقد التوزيع الحصري الالكتروني. وبالنظر الى جنسية المتعاقدين المشتركة نجد انه لا نستطيع التأكد من هوية اشخاص العقد الذي يبرم بشكل الالكتروني. بالإضافة الى صعوبة تحديد المكان. [13] والتي أسلفنا ذكرها فيما سبق من البديهي ان العقود التي تبرم على

(11) محمد ضياء الدين ناصر اسماعيل، مصدر سابق، ص26
(12) خليفي سمير، مصدر سابق، 46
(13) محمد ضياء الدين ناصر اسماعيل، مصدر سابق، ص24

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

الانترنت تبرم من دون حضور أطراف العقد الالكتروني بالتالي سوف يصعب من تحديد اشخاص العقد. ويزاد الامر تعقيداً عند ابرام العقد من قبل شركات التوزيع التي تنشأ لأول مرة على شبكة الانترنت وليس لها تمثيل حقيقي على ارض الواقع فيصعب تحديد جنسية الشركة كما في بيع البرامج الالكترونية والتي تنتج وتسوق على الانترنت. [14] بالتالي ان هذا الامر يدفعنا الى عدم قبول ضابط الجنسية في عقد التوزيع الحصري الالكتروني لعدم ملائمته كضابط اختيار للقانون الواجب التطبيق. اما بالنسبة الى ضابط مكان الابرام في العقد الالكتروني لا نعتقد أن هذا الضابط هو الاخر يمكن التعامل معه ضمن الشبكة العنكبوتية وذلك بسبب صعوبة تحديد مكان التعاقد على الاخص انه يبرم بين غائبين لذا لا يمكن تحديد مكان ابرام العقد بشكل دقيق. [15]

فقد يكون الموزع على سبيل المثال مسافرا من العراق الى تركيا لغرض السياحة ومن ثم يبرم عقد من تركيا على حاسوبه المحمول مع المورد المتواجد في الاردن او ان يكون في داخل رحلة بحرية فكيف يمكن تحديد اماكن تواجد اشخاص العقد لكي يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التوزيع الحصري الالكتروني.

ومن خلال ما سبق ذكره تبادر الى ذهننا تساؤل ربما لم يغط في المصادر التي استطعنا الحصول عليها من اجل كتابة بحثنا. من المعلوم ان جميع اجهزة الحاسوب تحتوي على (Media Access Control) او ما يطلق عليه باختصار MAC (address) وهو يشكل العنوان الرئيسي لجهاز الحاسوب حيث يمكن القول بانه مجموعة من حروف وارقام تعطى لكارت الاتصال عند التصنيع ويبقى هذا الرمز ثابتاً لا يتغير بشكل دائم من إذ الاصل لكن وجدت برامج خاصة بتغيره بشكل مؤقت اي انه حتى لو تم الاعتماد على الرقم الخاص بالماك ادريس لا يمكن اخذه كوسيلة دالة على جهة التعاقد وذلك لسهولة تغيره .[16] ولربما ادرجنا ما سبق لإيصال الفكرة التي نروم توضيحها، إذ يمكن القول بان ال (MAC address) ما هو الا عنوان الجهاز المستخدم وما يهمنا هو معرفة الشبكة التي تغذي الجهاز بالأنترنت والتي تدل بشكل مباشر على منطقة التعاقد. وعلى وجه مشابه لما يتعلق بجهاز الحاسوب يعطى رقم خاص من قبل مزود خدمة الانترنت على شكل ارقام محددة مسبقاً، وهو ما يسمى بروتوكولات الانترنت (Internet Protocol) ويختصر بمصطلح (IP) والذي يقوم بتحديد مكان استخدام الجهاز من بين مليارات الاجهزة اي انه يعمل كعنوان المنزل عبر شبكة الانترنت ولكن التساؤل الذي نطرحه ماذا لو قام الموزع في عقد التوزيع الحصري الالكتروني باستخدام تقنية ال (VPN) [17] ، اي (الشبكة الافتراضية الخاصة) في اللغة العربية ، والمعروف ان من خلال هذه التقنية يستطيع الشخص اعطاء رقم IP مختلف عن الذي يحمله جهاز الحاسوب الخاص به وبالتالي التغير الوهمي

مشوار حمزة، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي، *رسالة ماجستير*، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر ،2015، ص 86.

(14) محمد حسام اسامة ، مصدر سابق، ص 48

(15) ابتسام زيغم محاسن، بلقاسم تروزين، القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، مجلة الاجتهاد القضائي، الجزائر ، المجلد 12 ، العدد2 ، 2020، ص 353 .

(16) يوسف سامي، البورت سكيورتي ، https://www.connect4techs.com ، 2019، تم زيارة الموقع بتاريخ 2021/07/15

(17) نورد في بي ان، ما هو عنوان ايبي ، https://nordvpn.com/ar/what-is-my-ip ، بدون سنة نشر ، تم زيارة الموقع بتاريخ 2021/07/15

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

لمكان تواجد الشخص فمثلاً يستطيع العراقي المتواجد في العراق من ان يوهم الشخص المقابل له بانه متواجد في الاردن من خلال استخدامه للبرنامج المذكور انفا . وكنتيجة لذلك لا نعتقد ان مكان ابرام العقد سوف يكون مجدياً في عقد التوزيع الحصري الالكتروني لصعوبة تحديد المكان الحقيقي لأبرام العقد بالتالي يجب البحث عن ضوابط اخرى أكثر جدوى للتعامل مع العالم الالكتروني. اخيرا فيما يتعلق وضابط مكان تنفيذ العقد هو الاخر لا يمتلك المقومات الكافية التي تجعل منه ضابطاً عمليا يستطيع من خلاله القاضي استشفاف القانون الواجب التطبيق على النزعات التي تنشأ من خلال عقد التوزيع الحصري وذلك لصعوبة تحديد مكان تنفيذ العقد على الأخص في العقود التي تبرم وتنفذ عبر شبكة الانترنت. [18]

لذا وفي هذه الحالة يمكن القول بان العقود نوعين الاول ما يبرم على الانترنت وينفذ على ارض الواقع والاخرى هي العقود التي تبرم وتنفذ عبر شبكة الانترنت، والتي بطبيعة الحال سوف تضع هذا الضابط في مهب الريح حيث لا يمكن معرفة مكان التنفيذ على الاخص في حالة استخدام البرامج التقنية الحديثة التي يوهم الشخص بالتنفيذ في مكان معين دون غيرها وهو بذات الوقت لا يتواجد على ارض الواقع في تلك الدولة لذا من الصعب اعمال هذا المعيار على عقد التوزيع الحصري الالكتروني. وكخلاصة لما تم سرده مسبقاً نجد ان الضوابط الجامدة بمجملها لا تتناسب مع عقد التوزيع الحصري الالكتروني ولعل من الافضل البحث فيما يتعلق والضوابط المرنة التي لربما تتفق مع عقد التوزيع الحصري الالكتروني بشكل أكبر.

المطلب الثاني

الإسناد المرن كحل لمنازعات عقد التوزيع الحصري الالكتروني

يتجه فقهاء القانون الدولي الخاص الى الاسناد المرن لمسايرة ذاتية العقود التي تبرم في الاوساط الدولية فعند عدم تماشي قواعد الاسناد الجامدة يحال الامر الى قواعد الاسناد المرنة. والتي تبحث في ذاتية العقود بشكل منفرد، وان من اهم ما يميز هذا المنهج هو عدم تحديده لضوابط معينة يتم الاسناد اليها في تحديد القانون الواجب التطبيق، بل يوكل الامر الى السلطة التقديرية للقاضي محاولة من القاضي البحث في ذاتية العقد وايجاد أقرب القوانين التي تتصل بالعقد او بالنظر في حيثيات العقد والبحث عن الاداء المميز فيه لجعله المرتكز الذي يتم عليه اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد. لذا سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الاول القانون الاوثق صلة بالعقد كحل لمنازعات عقد التوزيع الحصري الالكتروني اما الفرع الثاني سوف نبين من خلاله نظرية الاداء المميز ومدى تطابقها مع عقد التوزيع الحصري الالكتروني.

(18) د. خليل خالد عبد الفتاح محمد، مصدر سابق، ص 145

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

الفرع الاول

القانون الاوثق صلة بالعقد في عقد التوزيع الحصري الالكتروني

لابد مبدئيا ان نبين ما المقصود بالقانون الاكثر صلة بالعقد والذي يعتمد بشكل اساسي على مبدأ التركيز في البحث عن المعطيات التي يرتكز عليها العقد، وان فكرة تركيز العقد جاءت من قبل الفقيه الالماني Savigny إذ ركز على ضرورة اجتناب الاسناد الى قواعد محددة مسبقا أذ يتوجب على القاضي النظر في العلاقات التي ينشئها العقد بين أطرافه، ومن ثم اسناد هذه العلاقات الى القانون الاقرب الى موضوع النزاع والاكثر ملائمة. لذا وبشكل او باخر اعتبر Savigny ان اشخاص العقد لهم تواجد مكاني محدد وهو بذلك القانون الامثل لحكم العلاقة العقدية، لكون ان العلاقة العقدية تتمركز في تلك المنطقة وهي بهذا الفرض تعتبر منطقة التواجد القانوني للعلاقة العقدية، حيث يرى بانه ليس من المهم ان يحدد سلطان القانون والامتداد المتعلق به، بل ان الاهم هو ان يحدد موقع الشخص بالتالي امكانية رد العلاقة القانونية الى البيئة الحقيقية التي تتناسب معها وهي بهذا أفضل الاماكن لحل النزاع. وقد اعتمد في تحليله هذا على القانون الروماني من خلال فرضين: 1-انه يجب تحديد القانون الواجب التطبيق كي يتسنى معرفة المحكمة المختصة. 2-هو الرغبة التي يبديها اصحاب العلاقة من اخضاع علاقتهم العقدية لهذا القانون من خلال اختيارهم لمكان تواجدهم.[19] وهذا ايضا ما نادى به الفقيه الفرنسي باثيفول والذي كان يرى بان ارادة اطراف العقد لا تستطيع ان تحدد القانون الخاص بالعقد انما تقوم بتركيز الرابطة العقدية في منطقة محددة بالنظر الى المحددات التي تحيط بالعقد. فيستطيع القاضي وفقا لما تم سرده ان يتغاضى عن ارادة أطراف العقد حتى ولو عبر عنها اصحابها بشكل صريح. وهذا ما يتناقض تماماً مع ما يجري عليه العمل في العقود الدولية بشكل عام، إذ تعد الارادة الصريحة للمتعاقدين اهم الاسس التي يبنى عليها اختيار القانون الواجب التطبيق لذا جاءت نظرية بثيفول متلعثمة بإهمال الارادة الصريحة للمتعاقدين في بادئ الامر، ثم ما لبث ان غير من توجهاته بإهمال الارادة الصريحة للمتعاقدين تماشيا مع ما هو معروف في الاوساط التجارية والقانونية من ضرورة احترام اختيار ارادة أطراف العلاقة العقدية، حتى لو انها كانت لا تتوافق مع التركيز الموضوعي لعناصر العلاقة العقدية. وقد ركز الفقيه بثيفول على ان مركز ثقل العقد يتواجد في منطقة التقاء المصالح الجوهرية لا طراف العقد بالتالي نستطيع القول بان الفقيه بثيفول قد ركز على مكان تنفيذ العقد باعتبارها مكان التركيز الموضوعي للعقد ، ولكن بالنظر الى صعوبة تحديد مكان التنفيذ للعقد فضل الفقيه بثيفول ان يترك الامر للقاضي كل قضية على حِدَةٍ حيث يقوم القاضي باستخلاص التركيز الموضوعي للعقد من خلال ملابسات وظروف كل عقد على حِدَةٍ بحيث انه لا يمكن تطبيق قاعدة محددة

(19) د. كصير محمد خيري، *حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين*، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، 2012، ص18.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

على جميع العقود حتى لو كانت هذه العقود جميعها من ضمن نفس الفئة أذ يتوجب على القاضي البحث في كل قضية على حِدَةٍ ومحاولة ايجاد مركز ثقل العقد، مستندا الى الظروف والملابسات التي تحيط بالعقد. [20]

ومن اجل تحقيق التركيز الموضوعي في العقد الدولي يمكن ان نعتمد على ثلاث طرق على سبيل الاختيار منها: [21]

1) الاخذ بضابط اسناد محدد يمكن تطبيقه على كافة العقود الدولية بإخضاعها لقانون مكان الابرام
2) يمكن ان نعطي للقاضي سلطة تقديرية لتحديد القانون الواجب التطبيق مستنداً في ذلك على الظروف التي تحيط بالعقد كي يتسنى للقاضي ربطه بنظام قانوني معين ويعرف هذا الاسلوب بمنهج القانون الخاص للعقد في الفقه الانجلوساكسوني.
3) الوسطية بين المنهجين السابقين ومؤدى ذلك بان يتم اختيار ضابط اسناد محدد لكل مجموعة من العقود ومن ثم بعد اعمال نظرية التركيز الموضوعي للعقد سوف يتم اختيار قانون دولة محددة وهي بهذا الحال تجمع بين المنهجين السابقين.

ومن خلال تطبيق الفروض السابقة لتركيز العلاقة العقدية على عقد التوزيع الحصري الالكتروني نجد انها لا تتناسب مع طبيعة عقد التوزيع الحصري الالكتروني فلو ذكرنا الفرض الاول على سبيل المثال الذي يحاول ان يجعل ضابط اسناد محدد من خلال التركيز المكاني بإخضاع عقد التوزيع الحصري الالكتروني الى محل الابرام. نجد انه من الصعب بمكان ان نحدد بدقة المحل الذي يبرم به عقد التوزيع الحصري الالكتروني لأسباب قد تم التطرق اليها في شرحنا للضوابط الجامدة، وعلى سبيل التذكير بها حالة لو ان احد اطراف عقد التوزيع الحصري الالكتروني استخدم برنامج (VPN)[22] كيف سوف يتم التوصل الى المحل الحقيقي لابرام العقد هذا بالإضافة الى الاسباب الاخرى التي تتعلق ومدى صعوبة تحديد المكان في العقود الالكترونية بشكل عام لذا لا يمكن ان يتوافق هذا الضابط مع عقد التوزيع الحصري الالكتروني . اما في حالة الفرض الثاني والتي يترك امر تركيز العلاقة العقدية للقاضي من خلال دراسة الظروف المحيطة بالعقد وملابساته، نجد انها الاقرب الى عقد التوزيع الحصري

(20) منصاف امين، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة محمد الشريف مساعدية، الجزائر، 2019، ص 54.

(21) ابتسام زيغم محاسن ، بلقاسم تروزين، مصدر سابق، ص 365.

(*) VPN تعني الشبكة الافتراضية الخاصة" وتقدم وصفا لكيفية إنشاء اتصال شبكي محمي عند استخدام الشبكات العامة. تقوم شبكات VPN بتشفير حركة البيانات الخاصة بك على الإنترنت وإخفاء هويتك الإلكترونية، مما يجعل تتبع أنشطتك عبر الإنترنت وسرقة بياناتك أمرًا في غاية الصعوبة بالنسبة للغير، حيث يتم التشفير في الوقت الفعلي.أذ تخفي شبكات VPN عنوان IP الخاص بك من خلال السماح للشبكة بإعادة توجيهه عبر خادم مهيأ خصيصا ويعمل عن بعد تحت إدارة مستضيف شبكة VPN، وهذا يعني أنه إذا قمت بالتصفح عبر الإنترنت باستخدام شبكة VPN، فإن خادم VPN يصبح مصدر بياناتك. هذا يعني أن مزود خدمة الإنترنت (ISP) والأطراف الثالثة الأخرى لا يمكنهم معرفة مواقع الويب التي تزورها أو البيانات التي ترسلها وتستقبلها عبر الإنترنت. تعمل شبكة VPN مثل عامل تصفية يحوّل جميع بياناتك إلى "بيانات مبهمة". ومن تم حتى لو نجح أي طرف في الوصول إلى هذه البيانات، فستكون بلا فائدة,kaspersky team ، ماهي شبكات VPN وكيف تعمل،- https://me.kaspersky.com/resource-center/definitions/what-is-a-vpn، بدون سنة نشر، تم زيارة الموقع بتاريخ 2021/7/20

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

الالكتروني فهنا يتسنى للقاضي البحث في حيثيات النزاع وايجاد التركيز العقدي وهو بالتالي سوف يطبق القانون الاقرب للنزاع. لكن ما يؤخذ على هذا الفرض انه سوف يقوض من الامان القانوني للمتعاقدين حيث يترك الامر كليا الى تقدير القاضي في تركيزيه للعقد. اما حالة الفرض الثالث وهو الدمج بين الفرضين السابقين أذ لا نجد ان هذا الامر يمكن تطبيقه على عقد التوزيع الحصري الالكتروني لكون فرض ضابط اسناد مكاني لا يمكن التعامل معه في عقد التوزيع الحصري الكتروني لصعوبة تحديد مكان الابرام في عقد التوزيع الحصري الالكتروني.

ومن الجدير بالذكر أنّ اتفاقية روما لسنة 1980 قد جاءت على ذكر القانون الاوثق صلة في العقد من خلال وضعه كضابط احتياطي عند عدم اختيار الاطراف للقانون الذي سوف يحكم علاقتهم العقدية وجاء ذلك في الفقرة الاولى من المادة الرابعة حيث نصت على انه (في حالة عدم اختيار القانون المطبق استناداً للمادة الثالثة يطبق على العقد قانون الدولة التي يتصل بها بصلة وثيقة، و إذا كان هناك جزء من العقد يسمح باجتزائه عن الأجزاء الأخرى وكان هذا الجزء له صلة وثيقة مع دولة أخرى فإنه يجوز تطبيق قانون الدولة كحالة استثنائية على هذا الجزء) [23] وكذلك ، تبعتها ايضاً اتفاقية لاهاي في بتاريخ 1986/12/22 والتي عالجت القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع ، وجاء ذلك من خلال ماتبنته الاتفاقية في المادة الثامنة الفقرة الاولى على تطبيق قانون دولة منشأة البائع عند ابرام العقد وذلك في حالة عدم بيان القانون الواجب التطبيق من قبل الافراد على عقدهم . [24]

لم يشر المشرع العراقي في المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المدني العراقي والمصري والجزائري بشكل واضح الى القانون الاوثق صلة بالعقد لذا ترك الباب الى اجتهاد القضاء في تحديد القانون الواجب التطبيق والحقيقة ان اغلب قوانين العالم ومحاكمها سوف تلجأ بشكل او باخر الى محاولة الاجتهاد لتقرير القانون الواجب التطبيق على العقد. ومن الامثلة القضائية على ذلك ما جاء في الحكم الخاص بقضية(Optelec) رقم (82001FR0515 03) بتاريخ 2002/03/21 لمحكمة النقض الفرنسية.[25] والتي تتمثل وقائعها بان الشركة الفرنسية للبصريات (Optelec) وقعت على عقد توزيع حصري مع شركة (Midtronic BV) لبيع منتجاتها على الاقليم الفرنسي . وبعد مضي مدة من الزمن قامت الشركة الهولندية بفسخ العقد من تلقاء نفسها مستخدمة الارادة المنفردة في ذلك لذا لجأت الشركة الفرنسية للمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بها من جراء فسخ العقد ومحاولة الحصول على الزبائن بطريقة غير قانونية. وهذا يعد من قبيل المنافسة غير المشروعة. إذا ان الشركة الهولندية كانت قد التزمت بالتوقيع على تزويد الشركة الفرنسية بمنتجاتها طول مدة القصر ولا يحق لها بذلك بيع اي من المنتجات المتفق عليها على الاقليم الفرنسي. لذا قامت الشركة الهولندية بتقديم طلب لدى محكمة استئناف شامبيري وادعت بان المحكمة المختصة بنظر النزاع هي المحكمة الهولندية وذلك وفقا للمادة 1/5 من اتفاقية بروكسيل للعام 1968. والمبينة بانه

(23) Article 4 (1), Roma Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 1980.
(24) شويرب خالد ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، *اطروحة دكتوراه*، جامعة الجزائر، الجزائر، 2009، ص 170
(25) Genral Court of Appeal,www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURiText,The website has been visited on 20/07/2021.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

يمكن مقاضاة خصمها المدعي اما المحاكم الهولندية والتي نفذ الالتزام على ارضيها، او كان من الموجب ان يتم تنفيذ الالتزام على الاراضي الهولندية وبهذا دفعت الشركة الهولندية باختصاص محاكمها في نظر النزاع القائم مع الشركة الفرنسية. [26] وذلك اعتمادا على ان الشركة الهولندية هي المورد لذا ان عقد التوزيع الحصري المبرم مع الشركة الفرنسية له روابط وثيقة مع الاقليم الهولندي هذا فضلاً عن ان المورد هو من يتوجب عليه القيام بالأداء المميز في العقد لذا يتوجب ان تكون المحاكم الهولندية المختصة بنظر النزاع. استجابة محكمة شامبيري في الشهر السادس من عام 1999 لطب الشركة الهولندية واقرت بان المحاكم الهولندية هي المختصة بنظر النزاع . حاولت الشركة الفرنسية نقض القرار بادعائها ان التنفيذ تم على الارضي الفرنسية ووفقا للمادة 5/1 من اتفاقية بروكسيل للعام 1968 يتوجب ان تكون المحاكم المختصة هي المحكمة الفرنسية وان هذا القرار يعد بمثابة مخالفة للمادة 1/4 من اتفاقية روما 1980 والمتضمنة للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية والقاضية بخضوع العقد للقانون الدولة الاوثق صلة بها . الانه تم رفض الطلب وقررت المحكمة ان الدفوع المقدم من قبل الشركة الهولندية بانها صاحبة الاداء المميز كان صائباً لذى اعيدت القضية الى محكمة جرينوبل الهولندية للنظر فيها .[27]

الفرع الثاني

الاداء المميز في عقد التوزيع الحصري الالكتروني

لابد لنا مبدئياً من التطرق الى مفهوم الاداء المميز كي يتسنى لنا اعماله على عقد التوزيع الحصري الالكتروني. ان اول من تبنى نظرية الاداء المميز هو الفقيه السويسري "شنايتزر" فقد ركز على ان العقد له روابط مرتبطة بناء على وظيفة اقتصادية واجتماعية ومن غير المنطقي التسليم الى تركيز العقد باتخاذ معايير جغرافية او اقليمية، بل لا بد من ان تسند هذه العلاقة القانونية الى مجالها القانوني، اي المكان التي ينتمي اليها العقد بطبيعته. [28] وقد تم التطرق باجتهادات فقهية الى تعريف الاداء المميز من قبل الفقيه Jean Baptiste بالقول بان الاداء المميز هو ذلك الاداء الذي يميز العقد ويجعله يختلف عن غيره من العقود الأخرى. بينما عرفه الفقيه Van Overstraeten على انه ذلك الاداء الذي يصبح بموجبه دفع المقابل النقدي ملزماً. وعلى هذا الاساس يمكن القول بان الاداء المميز، في عقد الوكالة هو التزام يقع على عاتق المورد بتقديم وتوريد السلع والخدمات الى الموزع فان كان العقد بيعاً فيكون تسليم المبيع في عقد البيع او الالتزام بنقل الملكية هو الاداء المميز، وبالتأسيس على ذلك يمكن القول بان جميع هذه الاداءات تبين موضع الثقل الاقتصادي والاجتماعي للرابطة العقدية. [29]

(26) .http:/lexient.JPTXT/competence_loi_applicable_contrat_de_concession.htm ، نقلاً عن ، د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، نفس المصدر، 150 -152.

(27)http:/lexient.JPTXT/competence_loi_applicable_contrat_de_concession.htm ، نقلاً عن ، د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، نفس المصدر، ص150 – 152.

(28) منصاف امين، مصدر سابق، ص 58.

(29) محمد ضياء الدين ناصر اسماعيل، مصدر سابق، ص 27

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

لذا فأن جميع العقود تتحدد من خلال اداء مميز لاحد أطراف العلاقة العقدية. أذا لا بد من القول بان منهج الاداء المميز يرتكز على بيان طبيعة العقد، وذلك في محاولة منه للكشف عن الاداء المميز في العقد. والذي بطبيعة الحال يتم ربط الاداء المميز بالدولة التي يتركز فيها الاداء الاقتصادي والاجتماعي للعقد. وهو مما لا شك فيه يعتبر القانون الذي يمثل مكان اقامة المدين بالأداء المميز وقت ابرام العقد ولتحديد القانون الاكثر ارتباطا بالعقد لابد من ان نحدد الاداء المميز اولا ومن ثم نركز العلاقة العقدية تحت نظام قانوني معين لذا وجب ان نبين هاتين الخطوتين بشي من التفصيل: [30]

اولا: تحديد الاداء المميز في العقد:

بدءاً ومن اجل تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التوزيع الحصري يتوجب على القاضي البحث عن الاداء المميز في العقد، وهذا الامر ليس من السهل ايجاده فالعقود تختلف بطبيعتها كل عن الاخر. لذا عملية ايجاد معيار محدد للكشف عن الاداء المميز في جميع العقود الدولية امر اشبه بالمستحيل، مما يستوجب على القاضي البحث في كل علاقة عقدية على حِدَةٍ ليستطيع توصيف الاداء المميز في العقد. لذا كان لا بد لنا من تعريف يبين المقصود بالأداء المميز كي يتسنى لنا فهم وتحديد الاداء المميز. لم تعرف اغلب القوانين المقصود بالأداء المميز بل تفردت بعض الاجتهادات الفقهية لبيان لمقصود بالأداء المميز وكذلك بينته اتفاقية روما في تقريرها المفسر للاتفاقية في عام 1980 وكان على يد الفرنسي (Lagarde) والايطالي (Giuliano) على انه ذلك العمل الذي يكون على اساسه دفع المقابل النقدي واجبا. وهو بهذا التعريف يميز العملية التعاقدية، حيث يمكن القول بانه يمكن تحديدها على اساس طبيعة العقد الاقتصادية اي من خلال الاداء النقدي والذي يمكن تصوره في جميع انواع العقود بالتالي لا يمكن اعتباره هو الاداء المميز في العقد كونه اداء موحد لجميع المستفيدين في العقود بأنواعها المختلفة لذا يبقى لنا على الطرف الثاني في العقد الالتزام الذي يقوم به أحد الاطراف بأداء عمل معين يمكن تسميته بانه العمل الذي يتميز به العقد او مجموعة عقود عن غيرها. ويمكن القول بان اغلب القوانين في العالم عملت على الاخذ بالتفسير المبين في اتفاقية روما 1980 والتي اعتمدت الاداء النقدي كجهة مقابلة للأداء المميز في العقد. هذا الامر يطبق على اغلب العقود الملزمة للجانبين الا ان هناك بعض الاستثناءات الواردة على هذا الامر منها ما يتعلق بالعقود التي يبرمها المستهلك حيث لا يتم اخضاع هذه النوع العقود الى مركز الاداء النقدي كمسألة دالة على الاداء المميز في العقد، أذ يعتبر المكان الذي يقيم فيه المستهلك هو القانون الواجب تطبيقه لفض النزاع. وقد يكون تحديد الاداء المميز من خلال المهنة التي يقوم بها اشخاص العقد كما في عقود المهنيين والتجار التي يبرمونها، على سبيل المثل عقد القرض نجد ان المصرف هو صاحب الاداء المميز اما العميل فلا يعتبر هو صاحب الأداء المميز. وعليه يتم تطبيق قانون مكان المصرف بهذه الحالة وفي حالة العقود يتم تطبيق قانون مكان التاجر على ذات الاساس المهني المبين مسبقاً. [31]

(30) الفضل عبد السلام علي، منهج الاداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، العدد 1، ملحق 1، 2019، ص 565-566.

(31) الفضل عبد السلام علي، مصدر سابق، ص 565-566.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

ثانيا: التركيز القانوني للعقد في مكان محدد:

ان عملية ايجاد الاداء المميز في العقد ماهي الا الخطوة الاولى لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بالتالي تتبع هذه العملية عملية تركيز لهذا الاداء المميز في العقد لكي يتمكن القاضي من تطبيق القانون الانسب على عقد التوزيع الحصري الالكتروني. ولهذا السبب يركز مناصرين نظرية الاداء المميز على اعتبار مكان اقامة المدين هي ذات المكان للأداء المميز على اساس انها مكان تنفيذ العقد بالتالي ترتبط برابطة تركيز لعناصر العقد. وقد بين الفقيه الفرنسي بتيفول من خلال شرحه لتركيز العقد ان مكان التنفيذ هي المكان التي تتركز فيه هذه العناصر ولكن أنصار نظرية الاداء المميز يركزون على عنصر اساسي ومهم من هذه العناصر، الا وهو عنصر الاداء المميز. بينما يمكن تحديد عناصر التركيز الموضوعي للعقد من خلال امور كثيرة من بينها مكان الابرام للعقد او جنسية أطراف العقد او اللغة الى اخره من هذه الامور التي يستطيع الافراد من بيان التركيز الموضوعي للعقد بالتالي سوف يتبين الاداء المميز من خلالها. [32]

مدى انطباق الاداء المميز على عقد التوزيع الحصري الالكتروني:

مبدئيا لا بد من الاشارة الى ان نظرية الاداء المميز كانت احِدى الاسس التي بنيت عليها اتفاقية لاهاي في 1986/12/22 والتي تتعلق بالبيوع الدولية. وقد خصصت المادة الثالثة من الاتفاقية لبيان الاداء المميز من خلال الاخذ بمحل الاقامة الدائمة او مقر المنشأة عند ابرام العقود وبني ذلك على اساس ان اداء البائع هو الاداء المميز. بينما بينت اتفاقية روما 1980في المادة 4 المقصود بالأداء المميز وكما يأتي:

1) العقد يكون أكثر صلة بالبلد الذي سوف يتم فيه الوفاء بالشروط العقدية
2) في حالة إذا ما كان الشخص الملتزم شركة فيكون البلد التي يوجد بها المقر الرئيسي
3) وفي حالة إذا ما كان العقد متعلق بممتلكات منقولة فان العقد يرتبط بالبلد الذي يوجد به المنقول

وبالنظر الى جوهر فكرة الاداء المميز في العقد يبدو لنا جليا بان المراد به هنا الدور الجوهري الذي يقوم به أحد أطراف العقد خلال العملية التعاقدية. ومن هنا يمكن التصور بان الاداء المميز في عقد التوزع الحصري هو دور المورد لكونه يقع على عاتقه الالتزامات الاكبر في عقد التوزيع الحصري. والذين دافعو عن هذا التصور استندوا الى الفقرة الثانية من المادة الرابعة لاتفاقية روما 1980 وكان الاستناد الى ان المورد هو من يحدد المواضيع التي يتم التعاقد عليها وبما ان الهدف المنشود من عقد التوزيع هو توزيع البضائع لن يكون لهذا النوع من العقود اي وجود من دون جزئية المصنع او المورد، بالتالي يشكل عمل المورد الجزء الاهم في عقد التوزيع الحصري لذا يعتبر هو الاداء المميز في العقد. ومن اهم الواجبات التي تقع على المورد هو الحماية القانونية في عقد التوزيع الحصري، حيث يتعين عليه الالتزام بمنع الموزعين في الشبكة من اختراق المناطق الجغرافية المحددة. حيث انه من المعلوم ان عقد التوزيع الحصري يتعدد بتعدد الموزعين وكنتيجة لذلك يضمن الموزع والمورد تطبيق قانون موحد

(32) الفضل عبد السلام علي، نفس المصدر، ص 565-566.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

على جميع الموزعين في ذات الوقت وهو قانون المورد ولا يهم بعدها ان كان موزع واحد او عدة موزعين طالما سوف يطبق قانون المورد. [33]

على الجهة المقابلة اعتبر اخرون ان الاداء المميز في التنفيذ الذي يقوم به الموزع وليس المورد، واستندوا في ذلك الى ان الالتزامات التي يقوم بها الموزع من ترويج للبضائع وعملية اعادة البيع لها هي أكثر اهمية للنشاط الاقتصادي خلال العلاقة العقدية. وكان اعتماهم على ان الفقرة الثانية من المادة الرابعة من اتفاقية روما والتي ركزت على مكان الاقامة المعتادة او المركز الرئيسي لشركة التوزيع والتي تنظم العقد. واستندوا في ذلك الى اسباب ذات طبيعة وظيفية حيث انه الهدف من الخدمات التي يتم تنفيذها هو توزيع البضاعة وبالتالي يقوم الموزع بأعمال سوف تعود بالنفع على المورد والموزع في ذات الوقت. لذا مع وجهة النظر هذه يعتبر الموزع هو من يقوم بالأداء المميز على اساس انه من يكون وبديم استمرارية شبكات التوزيع وعملية ايداع البضائع والخدمات التي يقوم بها من خلال عملية تقديم الخدمات ما بعد البيع. والاخذ بهذا الاعتبار يودي الى الامان القانوني للمتعاقدين حيث يتوقعون ما سوف يتم تطبيقه على عقدهم في حالة نشوب النزاع بالإضافة الى ان الموزع سوف يكون هو مركز الثقل في العقد من ناحية التأثير الاقتصادي. وفي قضية توزيع حصري بين شركة المانية وموزع اسباني حيث تمت مناقشة اختصاص المحاكم الاسبانية. كان على القاضي تحديد مكان الوفاء بالالتزام والتي كانت بمثابة الاساس للدعوى القضائية وقد استخدمت اتفاقية روما 1980 من خلال تحليل القاضي للفقرة الثانية المادة الرابعة لتحديد الاطراف التي قامت بالأداء المميز وقد ثبت بان الاداء المميز هو ما قام به الموزع وبما ان الموزع كان يقيم في اسبانيا بشكل معتاد كان تطبيق القانون الاسباني على النزاع هو القانون الامثل. وهناك من يعتقد بتعادل كفي الموزع والمورد في عقد التوزيع الحصري حيث اعتبر هذا الراي ان عقد التوزيع استنادا الى الفقرة الثانية من المادة الرابعة لا يشكل اي رجحان لطرف على الاخر، كون ان كلى الفريقين لهم حججهم التي يسوقونها في هذا المجال ولا يمكن اعتبار اي من الاعمال التي يقومون بها كلى الطرفين اعمال ذات اداء مميز . [34] لذا ظهر من ينادي بالأخذ بالفقرة الخامسة من المادة الرابعة لاتفاقية روما ، وقد لاقى هذا التصور استحسان الكثير من الفقهاء واساس هذه الفقرة كان ينادي بالأخذ بقانون مكان اقامة الموزع باعتبارها مكان القانون الذي ينظم العقد وايضا يعبر عن مركز النشاط الرئيسي في العقد. فلذلك كان هناك ميل شديد الى الاخذ بمكان اقامة الموزع او مكان الادارة الرئيسي لعمله. وبما لوحظ سابقاً بان الفقرة الثانية من المادة الرابعة لاتفاقية روما تعتبر معطلة ولا يمكن التعامل بها في عقد التوزيع الحصري لاكتشاف الاداء المميز في العقد ومن اجل حل النزاع المتعلق بعقود التوزيع لا يمكن الخروج عن المادة الرابعة في اتفاقية روما لذى تم اللجوء الى الفقرة الخامسة من المادة الرابعة والتي تتعلق بمكان اقامة الموزع مع الاخذ بالحسبان القانون الاوثق صلة

(33) William Fernando Martínez-Luna, Applicable Law to Distribution Contracts InThe European Union Regulation 593/2008, 28 International Law, Revista Colombiana Derecho Internacional, 2016, P 263-265.
See : Livia Oglio, Distribution Contracts: The Paradise For Forum And Applicable Law Shopping, https://www.mondaq.com/italy/litigation-mediation-arbitration, 2005, The website has been visited on 23/07/2021.
(34)William Fernando Martínez-Luna , Op.Cit, P 263-265.
See : Livia Oglio, https://www.mondaq.com/italy/litigation-mediation-arbitration, Op.Cit

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

بالعقد ، وبالتالي دراسة كل قضية على حِدَةٍ ومحاولة تحديد القانون الاقرب للعقد كي يتسنى تطبيقه على النزاع . وبذلك اخذت اتفاقية روما بقواعد صارمة لحل مشكلة عقد التوزيع بشكل عام ومراعاة منها للطرف الضعيف اقتصاديا وهو الموزع لذى اوجبت تطبيق قانون مكان اقامة الموزع تماشياً مع الفقرة الخامسة من المادة الرابعة لاتفاقية روما 1980 . ومن الادلة القضائية التي نسوقها في عقد التوزيع يمكن الاشارة الى الحكم القانوني الذي اصدرته المحكمة البريطانية في قضية GmbH v G.E.W. (EC) Limited وكان المعاير المميز لعقد التوزيع هو المورد وكانت القضية تدور حول عقد توزيع حصري بين الشركة المصنعة الانكليزية وشركة توزيع المانية وقد تم توقيع هذا العقد من اجل توزيع منتجات الشركة البريطانية في جميع انحاء اوربا من الدول الناطقة باللغة الالمانية. ادعى الممثل القانوني لشركة التوزيع الالمانية ان الاداء المميز هو في عملية التوزيع للبضائع وبهذا يكون القانون الذي يحكم العقد هو القانون الالماني وعلى الطرف الثاني احتجت الشركة البريطانية بانها المصنعة للبضائع وهي التي تقوم بالتسليم وبالتالي صاحبة الاداء المميز في العقد، وعليه فان القانون الذي يجب ان يحكم العقد هو القانون الانجليزي .[35] تبنت محكمة الاستئناف البريطانية الاعتماد الى ان الشركة البريطانية هي صاحبة الاداء المميز واعتمدت في قرارها هذا بالقول ، ان الغرض الرئيسي للشركة البريطانية هو توريد البضائع ولم يكن القصد من ذلك الدخول والتغلغل في السوق المانية ومن دون المواد المجففة التي تقوم الشركة البريطانية بتوريدها للشركة المانية لما كان هناك عقد بالأساس.

ومن خلال كل ما سبق ذكره من تحليل وتدقيق في اتفاقية روما 1980 يتبين لنا جلياً بان امكانية تطبيق قانون اقامة الموزع امر ليس بالسهل، خصوصاً إذا ما تم تطبيق هذه الفقرة على موضوع درستنا عقد التوزيع الحصري الالكتروني. إذ يصعب بمكان تحديد مكان اقامة الموزع عند ابرام العقد بين المورد والموزع عبر شبكة الانترنت لأسباب نعتقد بواقعيتها على الاخص عند استخدام برنامج التمويه المكاني (VPN)هذا فضلاً عن الفروض الاخرى التي تعيق من اعتماد هذا الضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التوزيع الحصري الالكتروني. كما يجدر ان نوضح بانه لم يتم الاشارة الى الاداء المميز بشكل واضح في كل من القوانين العرقية والمصرية والجزائرية. لذا نعتقد بعدم فاعلية اعتماد نظرية الاداء المميز لكي يتم تعين القانون الواجب التطبيق على عقد التوزيع الحصري الالكتروني. حتى لو تم الابتعاد عن تطبيق مكان اقامة الموزع وتم اللجوء بشكل كامل الى سلطة القاضي التقديرية في البحث عن القانون الاوثق صلة في العقد سوف نجد انه من الصعوبة بمكان التأكيد على صحة التحليل الذي قام به القاضي لإيجاد الاداء المميز من خلال الروابط التي ترتبط بالعقد وتتركز في مكان معين والذي مما لا شك فيه سوف يقود الى عدم اطمئنان افرد عقد التوزيع الحصري الالكتروني حول القانون الوجب التطبيق على عقدهم في حالة نشوب النزاع، اي الضرب بمفصل الامان القانوني للمتعاقدين.

(35) According to Gauge Data Solutions Pvt. Ltd, https://www.casemine.com/judgement/uk , the website has been visited on 18/07/2021.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

الخاتمة:

بعد انتهائنا من هذه الدراسة وصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات نفصلها على وفق ما يأتي:

اولا: النتائج

1) لم يشر القانون العراقي وجميع القوانين العربية محل المقارنة الى عقد التوزيع الحصري الالكتروني.
2) توصلنا الى ان قواعد الاسناد الجامدة لا يمكن اعمالها على عقد التوزيع الحصري الالكتروني وذلك للاختلافات الكبيرة التي تفصل عقد التوزيع الحصري الذي يبرم وينفذ بشكل الكتروني عما هو موجود في العالم المادي. فعلى سبيل المثال لو اخذنا بضابط مكان الإبرام لوجدنا ان العائق في تطبيق هذا الضابط ان التكنلوجيا اصبحت تؤثر بشكل مباشر على تحديد مكان الابرام فلا يمكن تحديد المكان الحقيقي لأطراف عقد التوزيع الحصري الالكتروني على الاخص عند استخدامهم لبرامج تغير المواقع من خلال تقنية ال (VPN) والتي تستطيع تغير المكان الحقيقي لأطراف عقد التوزيع الحصري الالكتروني.
3) على الرغم من ان قواعد الاسناد المرنة تتقارب الى حد كبير مع متطلبات عقد التوزيع الحصري الالكتروني من حيث حكم المنازعات العقدية الا ان ما يؤخذ عليها انها تعطي مجال واسع للسلطة التقديرية للقاضي والذي قد يفضي بزج أطراف العلاقة العقدية الى الشعور بفقدان الأمان القانوني.

ثانيا: التوصيات

1) نوصي بعدم الاخذ بقواعد الاسناد الجامدة في حل منازعات عقد التوزيع الحصري الالكتروني وذلك للأسباب التي تم التطرق اليها خلال فترة كتابة البحث. وكما مبين انها لا تتلاءم بشكل او باخر مع العقود التي تبرم وتنفذ عبر شبكة الانترنت.
2) نوصي المشرع بأدراج نصوص قانونية تمنح الموزع حماية خاصة كونه الطرف الاضعف في عقد التوزيع الحصري الالكتروني

المصادر والمراجع

المؤلفات:

1. ابو الهيجاء ابراهيم، *عقود التجارة الالكترونية*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،2005.
2. الجواري سلطان عبد الله محمود، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
3. حسام اسامة محمد، *الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية*، دار الجامعةالجديد، الازاريطة، 2009.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

4. خليل خالد عبد الفتاح محمد، *عقد التوزيع الحصري في القانون الدولي الخاص*، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2016.
5. كصير محمد خيري، *حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين*، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، 2012.

الرسائل والاطاريح الجامعية:

1. خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، *رسالة ماجستير*، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2010
2. شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، *اطروحة دكتوراه*، جامعة الجزائر، الجزائر، 2009.
3. محمد ضياء الدين ناصر اسماعيل، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، *رسالة ماجستير*، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، الجزائر،2017 .
4. مشوار حمزة، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي، *رسالة ماجستير*، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر ،2015.
5. منصاف امين، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة محمد الشريف مساعدية، الجزائر، 2019.

البحوث والمقالات

1. ابتسام زيغم محاسن، بلقاسم تروزين، القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، مجلة الاجتهاد القضائي، الجزائر، المجلد 12 ، العدد2 ، 2020.
2. الجبوري ابراهيم عباس، *دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص*، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والإنسانية، العراق، العدد43، 2019.
3. الفضل عبد السلام علي، منهج الاداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، العدد 1، ملحق 1، 2019.

المواقع الالكترونية:

1. نورد في بي ان، ما هو عنوان ايبي، https://nordvpn.com/ar/what-is-my-ip ، بدون سنة نشر ، تم زيارة الموقع بتاريخ 2021/07/15
2. يوسف سامي، البورت سكيورتي، https://www.connect4techs.com ، 2019، تم زيارة الموقع بتاريخ 2021/07/15

القوانين:

1. القانون المدني الجزائري الامر رقم (75-58) لسنة 1975

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

2. اتفاقية بروكسيل رقم (44) لسنة 2001
3. القانون المدني العراقي رقم (40)لسنة 1951

المصادر الأجنبية:

1. According to Gauge Data Solutions Pvt. Ltd, https://www.casemine.com/judgement/uk , the website has been visited on 18/07/2021.
2. General Court of Appeal,www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURiText,The website has been visited on 20/07/2021.
3. See : Livia Oglio, Distribution Contracts: The Paradise For Forum And Applicable Law Shopping, https://www.mondaq.com/italy/litigation-mediation-arbitration, 2005, The website has been visited on 23/07/2021.
4. William Fernando Martínez-Luna, Applicable Law to Distribution Contracts InThe European Union Regulation 593/2008, 28 International Law, Revista Colombiana Derecho Internacional, 2016.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية