دور الإرادة في مجال العقود الإلكترونية

(دراسة مقارنة لدور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي الدولي في ضوء الفقه والتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، والتوجهات الأوروبية)

الدكتور

خالد عبد الفتاح محمد خليل

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد

بكلية الحقوق – جامعة حلوان

بسم الله الرحمن الرحيم

مقـــدمـــــة

1 – موضوع البحث :

أحـدثت وسـائل الاتصـال والتقنيـات الحديثـة تطـوراً كبيـراً فـي مجـال المعلوماتيـة، ممـا أدى إلـى سـهولة نقل المعلومـات. ولـم تعد الحـدود الجغرافيـة والإقليميـة عائقاً أمـام المعاملات التجاريـة التـي تتم وتنتج بعض أو كل آثارها عبـر وسـائل الاتصـال الحديثـة. فقد سـاهم ظهـور الانترنـت فـي سـرعة إنجـاز المعاملات، والإطلاع على كافة المستجدات في العصر الحديث.

وأدى هذا التقدم التكنولوجي إلى ظهور التجارة الالكترونية والتعاقد عن بعد، دون حاجة للالتقاء المادي لأطراف العملية التعاقدية. فقد أصبح الانترنت متـداخلاً فـي كافـة الجوانـب الاجتماعيـة والاقتصـادية والسياسـية فـي المجتمـع" وبـات وسـيلة الانتقـال الأهـم للتجـارة العالميـة، والتـي تسـاهم فـي الاتصـال بالمشـروعات والإدارات والأفـراد"[1]. وبالتـالي أصـبح مـن السـهولة بمكـان إبـرام العقود وتنفيذها عبر الانترنت.

وتأتي عولمة المعاملات التجارية نتيجة لعولمة وسائل الاتصال الحديثة، وإتاحـة التواصـل من خـلال جهاز الحاسوب الذي يجمـع العديد من المتعاملين فـي سـرعة مذهلـة، متخطيـاً كافـة الحـدود الجغرافيـة بين الـدول. وبـات الانترنـت مشـاركاً إيجابيـاً فـي عمليـات التجـارة الالكترونيـة مـن خـلال اسـتخدام الشـبكة

---

(1) **"L' internent est devenu un réchicul important du commerce mondial, il promet de mettre en contracté entreprises, administrations et particuliers".**

أنظر:

C.CALABRESI: Le droit applicable aux contrats enterprises, administrations et particuliers".

منشور على الموقع الإلكتروني:

.http://www.academia.edu/439941le_droit_app

الدولية في التفاوض وإبرام العقود[2]، التي تتم في وسط الكتروني لا ينتمي لإقليم أي دولة من الدول.

ولئن بقيت التجارة التقليدية بأساليبها ونظامها القانوني، فإن التجارة الالكترونية تتقدم يوماً بعد يوم، حسب التطور الهائل في مجال تكنولوجيا المعلومات. ويؤدي ذلك بالضرورة إلى البحث عن نظام قانوني خاص لتنظيم العلاقة بين التجار والمنتجين والمستهلكين في العقود التي تبرم en ligne أو عبر الوسائل الالكترونية.

وفي هذا المجال يظهر نوعين من العقود، وهما العقود التي تبرم بين المشروعات أو التجار وتسمى (B to B)، وتلك التي تبرم بين مستهلكين وتجار وتسمى (B to C)[3]، وكلاهما له نظام قانوني خاص يبين كيفية إبرام العقد والتزامات الأطراف والآثار الناجمة عنه. كما تتكشف الصورة أيضاً عما يسمى بالتاجر الالكتروني cybercommercant، والمستهلك الالكتروني cyberconsommateur[4] كأطراف في العمليات التجارية التي تم عبر الانترنت أو عبر كافة وسائل الاتصال الحديثة.

---

(2) راجع: د. شريف محمد غنام: دور الوكيل الالكتروني في التجارة الالكترونية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 1.

(3) يقصد بـ B to B العقود التي تبرم بين المشروعات (التجار أو المهنيون) وهي اختصار لـ Business to business). أما B to C فهي العقود التي تتم بين التجار والمستهلكين،وهي اختصار لـBusiness to consummer

(4) راجع :

V.GAUTRAIS: Le nouveau contrat á distance et la loi sur la protection du consommateur, 2008, p.2 et.s.

منشور على الموقع الالكتروني:

Vincent guitarist @ umontreal.ca.

ويتطلب الأمر في هذا المجال الخصب، الفائق السرعة، والذي يتم التعامل فيه من كل حدب وصوب، ليزداد إنتشاره في كافة أنحاء العالم، إلى بحث دور الإرادة في مجال العقود التي تبرم عبر الانترنت، والدور الأساسي الذي تلعبه في تحديد القانون الواجب التطبيق، وتحديد المحكمة المختصة بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الالكترونية.

أهمية موضوع البحث:

تتلخص أهمية موضوع البحث فيما يلي:

1 – أن دور الإرادة في مجال العقود الدولية بقي، وسيظل هو الأصل، والذي يحرص الفقه على تأكيده. وتنص عليه التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، وتؤيده أحكام القضاء.

2 – يتسع مبدأ الحرية التعاقدية في مجال عقود التجارة الالكترونية.فإبرام هذه العقود عبر الانترنت ووسائل الاتصال الحديثة أدى إلى إنتشارها لسهولة التعاقد وقلة النفقات. ولذلك يسعى أطراف هذه العقود إلى تحديد شروط التعاقد، وأهمها شرط تحديد القانون الواجب التطبيق.

وتطرح هنا مسألة دولية العقد، ومدى اتصاله بأكثر من نظام قانوني، حيث يتم إبرام العقود الالكترونية عبر وسائل الاتصال الدولية أو الشبكة الدولية والعالمية (الانترنت).

3 – النظر في مدى ملاءمة التشريعات الحالية ، والتي أتاحت حرية الاختيار للأطراف، وتطبيق ذلك على العقود الإلكترونية. فقد كرست التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية. كما أولت التوجهات الأوروبية أهمية خاصة للعقود التي تبرم في مجال التجارة

الالكترونية، لما لهذه العقود من خصوصية تستوجب وجود قواعد مناسبة تطبق على المتعاملين في هذا الشأن.

4 – عدم التوازن في بعض العقود الإلكترونية. فإذا كان هناك تكافؤ في القوى في مجال العقود التي تبرم بين التجار أو الشركات، فإن الأمر على خلاف ذلك في العقود التي تبرم مع المستهلكين. فالعلاقة بين التاجر والمستهلك هي علاقة طرف قوي يفرض شروطه جملة على الطرف الضعيف الذي يضطر لقبولها. ويجب البحث عن كيفية إعادة التوازن في عقود الاستهلاك التي تبرم بين مستهلكين وتجار،وما ينتج عن ذلك من وضع قيود على مبدأ حرية اختيار قانون العقد، أو استبعاده في حال إهداره لحماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي.

5 – تلعب الإرادة دوراً هاماً في تحديد المحكمة المختصة، إذ لا يقتصر دورها على تحديد القانون الواجب التطبيق، بل قد يمتد أيضاً إلى تعيين المحكمة التي تفصل في موضوع النزاع.

ويجرنا ذلك إلى البحث في مسألة الاختصاص الإرادي، أو المبني على اختيار الأطراف، في العقود الإلكترونية بصفة عامة، وعقود الاستهلاك بصفة خاصة.

منهج الدراسة:

تعتمد الدراسة على المنهج التحليلي المقارن، وذلك بالتحليل الفقهي لدور إرادة الأطراف في العقد الالكتروني ومقارنة العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية وتحديد موقفها من قانون الإرادة في العقود الالكترونية والقيود الواردة على هذا المبدأ، وكذلك تلك الواردة على حرية أطراف العقد في تحديد المحكمة المختصة بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية.

خطة الدراسة:

نعرض لهذا الموضوع من خلال مبحث تمهيدي وثلاثة فصول على النحو التالي:

المبحث التمهيدي: مفهوم العقد الالكتروني ومعايير دوليته.

الفصل الأول: تطبيق قانون الإرادة على العقود الإلكترونية.

الفصل الثاني: التضييق من حرية الاختيار في العقود الإلكترونية.

الفصل الثالث: الاختصاص القضائي وحرية الاختيار في العقود الالكترونية.

مبحث تمهيدي

تعريف العقد الالكتروني ومعايير دوليته

تمهيد وتقسيم:

يجب أن نبين مفهوم العقد الالكتروني، لتتضح لنا من خلال ذلك السمات الأساسية التي يتميز بها هذا العقد وتميزه عن غيره من العقود. كذلك تقتضي دراسة دور الإرادة في هذه العقود أن نحدد الموقف من مدى انطباق معايير دولية العقد عليها.

لذلك نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين نعرض في الأول لتعريف العقد الالكتروني وخصائصه، وفي الثاني لدولية العقد الالكتروني.

المطلب الأول

تعريف العقد الالكتروني وخصائصه

أولاً- موقف الفقه من العقد الالكتروني:

يمكننا الوصول إلى تعريف محدد للعقد الالكتروني من خلال بيان موقف الفقه من ذلك، لكي نستخلص بعد ذلك أهم خصائص هذا العقد.

1- تعريف الفقه للعقد الالكتروني:

من المعروف أن العقود الالكترونية هي العقود التي يتم إبرامها باستخدام الانترنت، وهي عقود قد تبرم عبر الوسائط الالكترونية ويتم تنفيذها من خلال

هذه الوسائط أو خارجها[5]. ولذلك عرف البعض العقد الالكتروني بأنه اتفاق يتم إبرامه بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً[6].

وبالنظر إلى دور العقد في تحقيق التبادل للسلع والخدمات وتسهيل الحصول عليها، فقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريفه بأنه العقد الذي يتم إبرامه عن بعد بين التاجر والمستهلك، دون حضور من جانبهم، والذي يسبقه عرض تجاري من أجل إبرامه[7].

وفي ذات السياق عرف جانب آخر من الفقه العقد الالكتروني بأنه العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات من خلال أشخاص يتواجدون في دولة أو عدة دول بقبول يتم التعبير عنه من خلال الوسائط الالكترونية لاتمام التعاقد[8].

---

(5) راجع:

C.FORMENT: La loi applicable aux contrats de commerce électronique, mémoire de D.E.S.S.de droit multimédia et de L`informatique., Paris11, 2001, p.1.

(6) راجع: د.خالد ممدوح: إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكرة الجامعي، 2005، ص 387.

(7) "un contrat à distance est contrat alors que le commerçant et le consommateur ne sont pas en précédé un offre du commerçant de conclure un tel contrat".

أنظر:

V.GAUTRAIS: Le nouveau contract à distance…, Op.cit,p.9.

(8) راجع: أستاذنا الدكتور أحمد عبدالكريم سلامة: الانترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 12 إلى 13 مايو لعام 2000، ص 28.

ويتبين من ذلك أن الفقه يحدد مفهوم العقد الالكتروني بأنه العقد الذي يتم إبرامه وتنفيذه كلياً أو جزئياً من خلال الوسائط الالكترونية[9]، وبدون الحضور المادي للمتعاقدين. فهو عقد يتم إبرامه عبر شبكة الانترنت، ويتم تبادل الايجاب أو القبول بطرق سمعية أو بصرية عبر الشبكة الدولية للمعلومات، دون الحاجة للالتقاء المادي لأطرافه.

وهذه العقود قد يتم إبرامها بين تاجر وآخر له ذات الصفة (B to B) أو بين تاجر ومستهلك (B to C) [10]، والهدف منها تبادل السلع والخدمات عبر الانترنت، أو وسائل وتقنيات الاتصال الحديثة.

وهكذا، نجد أن العقد الالكتروني لا يختلف عن العقد العادي سوى في وسيلة إبرامه أو تنفيذه، وعدم اشتراط حضور الأطراف، وهو يؤدي في النهاية إلى التقاء إرادة أطراف وتوافقهم على إحداث أثر قانوني معين. غير أنه يتسم بالتباعد المكاني لأطرافه، سواء كانوا من دولة واحدة أو عدة دول[11]. ولا توجد دعامات مادية له، بالنظر إلى إبرامه بطريقة الكترونية.

2 – خصائص العقد الالكتروني:

للعقد الالكتروني contrat électronique خصائص تميزه عن العقد الورقي contrat papier تتمثل أهمها فيما يلي:

---

(9) راجع: د.صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 12، 13، د. مصطفى أحمد أبوعمرو: مجلس العقد الالكتروني، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 31.

(10) راجع:

C.FORMENT: La loi applicable…,Op..cit,p1 et. s

(11) راجع: د.إيمان مأمون سليمان: إبرام العقد الالكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 56، 57.

– يتم إبرام العقد دون التواجد المادي للأطراف:

وتلك الخصيصة هي أهم ما يميز العقد الالكتروني، لأنه يتم بين غائبين، بغض النظر عن التواجد المادي لأطرافه[12]. ويتم إبرامه عن بعد، كما يتم تبادل الإيجاب والقبول عبر شبكة الانترنت أو من خلال الوسائل الالكترونية. وبذلك فإنه يأتي متشابهاً مع العقود التي تبرم بواسطة التليفزيون، أو تلك التي تتم بالمراسلة par correspondence ، إلا أن التعبير عن الإرادة يتم عن طريق الانترنت.

فهذا العقد يتم في قضاء افتراضي cyberspace ، وفي مجلس حكمي أو افتراضي، ويتم التفاعل بين الطرفين بطريق سمعي بصري، وهو ما يجعل حضور الأطراف افتراضياً[13].

لذلك يعد العقد الكتروني من الوسائل السريعة والمستحدثة في مجال عقود التجارة الالكترونية، كما يساهم بشكل فعال في تحقيق مصالح التجارة الدولية التي تقتضي دائماً السرعة في إنجاز المعاملات، وإستخدام كافة السبل المتاحة في سبيل تحقيق هذا الهدف.

---

(12) راجع: د.جمال محمود الكردي: مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 42.

(13) راجع:

- R.DUASO CALES: La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation,2002, p.2.

منشور على الموقع الإلكتروني:

http://www.de pot.etudit.org/bestream/002679dd/11.

- O.ITENU: Internent et le droit, aspect juridique de commerce électronique,Paris1996,p.42.

- عقود التجارة الالكترونية من عقود الإذعان:

عقود الإذعان هي العقود التي يتم إعدادها سلفاً من جانب أحد الأطراف الذي يحدد شروطها، وعلى الطرف الآخر أن يقبلها جملة أو يرفضها في جملتها، دون مناقشة أو إبداء رأي حول مضمونها وشروطها، وبدون تعديل يجري على أي من بنودها. وهذا ما نجده مثلاً في نص المادة 100 من القانون المدني المصري التي ذهبت إلى أن "القبول في الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

وإذا أمعنا النظر في عقود التجارة الالكترونية نجد أنها عقود تعد سلفاً من جانب أحد الأطراف الذي يضعها على موقعه في صفحة الويب[14]، وللطرف الآخر أن يرفضها أو يقبلها، دون مناقشة أو تعديل.

وأهم ما يميز عقود الإذعان هو عدم التكافؤ بين الأطراف في العقد، حيث يكون أحد الأطراف – وهو الطرف القوي في العلاقة العقدية – له القدرة في فرض شروطه، ولديه من الإمكانات ما يسمح له بجذب الطرف الآخر إلى التعاقد معه لحاجته إلى السلعة أو الخدمة التي تشبع احتياجاته.

وعقود التجارة الالكترونية تارة تكون بين تجار أو مهنيين يقفون على قدم المساواة في العملية التعاقدية. وهنا لا نستطيع أن نجزم بأننا أمام عقود إذعان، حتى ولو تفاوت أطراف هذه العقود في مراكزهم المالية والقدرة التنافسية لمشروعاتهم.

وتارة أخرى، تكون هذه العقود بين تجار ومستهلكين، فنكون أمام عقود إذعان، يستغل فيها التاجر حاجة المستهلك الملحة إلى السلعة أو الخدمة

---

(14) راجع : د. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 26.

لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية، فيفرض عليه شروطه، ولا يسمح بالتفاوض بشأنها أو بتعديلها.

- يتم إبرام العقد من خلال الوسائط الإلكترونية:

تعد مسألة إبرام العقد من خلال الوسائط الالكترونية من أهم سمات العقد الالكتروني. فهو يقوم على الدعامات الالكترونية التي أصبحت تغني عن الدعامات الورقية[15]، حيث يتم إبرام العقد عبر الشبكة العالمية، وتحل الكتابة الالكترونية محل الكتابة الورقية.

وبتلك المثابة، فإن العقد يمكن أن يبرم أو ينفذ كلياً أو جزئياً من خلال الوسائط الالكترونية. كما أن اصطلاح الاتصالات الالكترونية ينسحب أيضاً على الاتصالات السلكية واللاسلكية، وكذلك عروض الايجاب التي تنقل عبر الأقمار الصناعية وغيرها[16].

- مدينة وتجارية العقد الالكتروني:

ذكرنا أن العقد الالكتروني يمكن أن يبرم بين تاجر ونظيره (B TO B) أو بين تاجر ومستهلك (B TO C). ولا شك في كونه تجارياً في الحالة الأولى بالنظر إلى أن التاجر يمارس العمل على وجه الاحتراف، بصفة منتظمة، ويهدف دائماً إلى الحصول على الربح.

أما في الحالة الثانية فيكون العقد تجارياً بالنسبة للتاجر، ولا يعد كذلك بالنسبة للمستهلك الذي يسعى من وراء إبرام هذا العقد إلى إشباع احتياجاته

---

(15) راجع: د.مصطفى أحمد أبوعمرو: مجلس العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 39 ، د. إيمان مأمون سليمان: إبرام العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 61، 62.

(16) راجع: د.خالد ممدوح: خصائص العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 379 ، د. جمال الكردي: المرجع السابق، ص 43.

الشخصية أو العائلية أو المنزلية. فهو عقد مدني طالما بقي في هذا الإطار، ولم يسعى المستهلك إلى تحقيق الربح من خلاله، ولم يكتسب صفة التاجر.

ومع ذلك، لا يمكن القول في جميع الأحوال أن عقود التجارة الالكترونية من عقود الاستهلاك، لأن هذه العقود لا بد وأن يكون أحد الأطراف فيها مستهلكاً، والطرف الآخر هو التاجر أو المهني، بينما يمكن أن تبرم عقود التجارة الالكترونية بين طرفين كلاهما ينطبق عليه وصف التاجر أو المهني.

ثانياً : موقف التشريعات من العقد الالكتروني:

تبنت التشريعات نصوصاً توضح مفهوم العقد الالكتروني، وسماته الرئيسية.

ونذكر من هذه التشريعات القانون التونسي للمبادلات والتجارة الالكترونية، والصادر عام 2000. فقد عرف المبادلات الالكترونية بأنها تلك التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية، كما عرف التجارة الالكترونية بأنها العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية[17].

أما قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لنسة 2001 فقد عرف العقد الالكتروني في م 2 بأنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً". كما عرفت ذات المادة الوسائل الالكترونية بأنها "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية، أو أية وسائل متشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

كذلك أشارت المادة (12) من التشريع العماني للمعاملات الالكترونية رقم 69 لسنة 2008 في فقرتها الأولى إلى العقد الالكتروني، حيث ألمحت إلى

---

(17) راجع نص المادة الثانية من القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية.
نصوص هذا القانون منشورة على الموقع الالكتروني: .www.droit-afrique.com/../tunici

أنه يجوز التعبير عن الايجاب والقبول بواسطة رسائل الكترونية. ويعد ذلك ملزماً، متى تم وفقاً لأحكام هذا القانون. فهذا الأخير أشار صراحة إلى العقد الالكتروني، واستوجب توافق إرادة كل من طرفي العقد، والتعبير عنها من خلال الرسائل الالكترونية.

ولا يفوتنا في هذا الإطار أن نشير إلى التوجيه الأوروبي رقم 97/7 والصادر عن البرلمان الأوروبي في 28 مايو 1997[18]، والخاص بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد. فالمادة الثانية منه تنص على أنه يقصد بالتعاقد عن بعد " كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في مجال نظام بيع أو تقديم خدمات عن بعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد، من أجل إبرام العقد أو تنفيذه"[19].

وتعتمد التشريعات المذكورة على الوسيلة الالكترونية التي يتم بواسطتها إبرام العقد، حتى ولو تم إبرامه كلياً أو جزئياً عبر الوسائل الالكترونية. وهو ما أكدته أيضاً اللجنة التي تم تشكيلها في مصر لتنظيم التجارة الالكترونية، حيث عرفت عقود التجارة الالكترونية بأنها تنفيذ كل أو بعض المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاريي وآخر، أو بين مشروع ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات. فقد ارتكز التعريف على

---

(18) راجع نصوص هذا التوجيه منشورة في:

J.O.C.E L 44 du 4 juin 1997,p.19 et ss.

(19) جاء النص الفرنسي لهذه المادة على النحو التالي:

"Le contrat à distance comme tout contrat concernant due bines ou services conclus entre une fournisseur et un consommateur dans le cadre d`un system de vente ou de prestation de services à distance organisé par le fournisseur, qui,pour ce contrat utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu à la conclusion du contrat elle- même".

استخدام تكنولوجيا المعلومات. كما اعتمد أيضا على طريقة انعقاد العقد الالكتروني[20].

(20) راجع: د.فؤاد جمال عبدالقادر: إطلالة على مشروع قانون التجارة الالكترونية، منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.investalife.com/vb/shwhreead.php?t=63343.

المطلب الثاني

دولية العقود الإلكترونية

يجب تحديد طبيعة العقد، وما إذا كان عقداً داخلياً أم دولياً، خاصة وأن هذه الصفة الأخيرة هي التي ينبني عليها إعمال قواعد الإسناد.

ونشير هنا باختصار وإيجاز للمعايير التي وردت بشأن دولية العقد بصفة عامة، وبحث مدى انطباقها على العقود الالكترونية.

أولاً – المعايير التقليدية للعقد الدولي:

نكتفي هنا بلمحة موجزة عن معايير دولية العقد التي جاءت في ثلاث اتجاهات على النحو التالي:

1 – المعيار الاقتصادي لدولية العقد:

يتأسس هذا المعيار على حركة البضائع عبر الحدود من دولة إلى أخرى. ويؤدي تجاوز العقد لحدود الدولة الواحدة إلى اعتباره دولياً، بغض النظر عن جنسية الأطراف أو محل إقامتهم[21]. فيكفي لكي يعتبر العقد دولياً أن ينطوي على حركة رؤوس الأموال عبر الحدود[22].

وفي تطور لاحق اكتفى الفقه لاعتبار العقد دولياً أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية، للتوسع في فروض تطبيق العقود الدولية، والتخفيف من الشروط اللازمة لاضفاء الصفة الدولية على العقد، وبالتالي تطبيق قواعد تنازع

---

(21) راجع:

J.C.POMMIER: principe d`autonomie de la volonté et la loi du contrat en droit international privé conventionnel,Paris, Economica 1992,p.141.

(22) راجع رسالتنا للدكتوراه، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 48 وما بعدها.

القوانين وقواعد الاختصاص القضائي الدولي على العقود التي تتفق مع مصالح التجارة الدولية.

وبذلك يكون العقد دولياً عندما ينطوي على عملية انتقال السلع والخدمات أو الوفاء عبر الحدود[23]، حيث يؤدي هذا إلى الأخذ في الحسبان مصالح التجارة الدولية.

2 – المعيار القانوني لدولية العقد:

يعتمد المعيار القانوني على ارتباط المعاملة الدولية بأكثر من نظام قانوني، وذلك من خلال العنصر الأجنبي المتضمن في العقد، بغض النظر عن تعدي العقد لاقتصاد الدولة الواحدة، أو انطوائه على حركة الذهاب والإياب للبضائع عبر الحدود[24].

وبالتالي يكون العقد دولياً إذا ارتبط بأكثر من نظام قانوني واحد بالنظر إلى إبرامه أو تنفيذه أو جنسية أطرافه. فما يهم في النهاية أن يشتمل العقد على العنصر الأجنبي، لكي نستنتج مدى توافر الصفة الدولية فيه. وإن كان يجب في جميع الأحوال أن يكون هذا العنصر مؤثرا في العلاقة العقدية.

---

(23) راجع:

PH.FAUCHARD: La spécificité de L`arbitrag international,Rev.arb.1981, p.449 et ss, spéc.p.491.

- J.M.JACQUET:Le contrat international,Paris,Dalloz,1999,p.12.

(24) راجع بشأن المعيار القانوني لدولية العقد: د. هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2001، ص 71 وما بعدها؛ د.أحمد صادق القشيري: الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، 1965، المجلد الحادي والعشرون، ص 73.

3 – المعيار المختلط:

يتعلق هذا المعيار بالمزج ين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي معاً. فالعقد الدولي هو الذي يتضمن العنصر الأجنبي فيه، كما ينطوي على حركة رؤوس الأموال عبر الحدود.

ولم يصمد هذا المعيار كثيراً، ولم يلق رواجاً في العصر الحديث في ظل التطور الهائل في مجال العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي.

فهذا المعيار يؤدي إلى تضييق فكرة العقود الدولية، خاصة مع التقدم العلمي والتكنولوجي في وسائل الاتصالات الحديثة، وكثرة المعاملات والتعاقدات التي تتم عبر الانترنت والوسائط الالكترونية.

ثانياً– معيار دولية العقد الالكتروني:

إن الناظر إلى التجارة الالكترونية بجد أنها تتم عبر الشبكة العالمية للانترنت بين التجار والمشروعات، أو بين التجار والمستهلكين، وأن البيانات المتعلقة بها، والتي يتم تحميلها على تلك الشبكة، تمتد في ثوانٍ معدودة لتصل لكافة المستخدمين لها.لذلك تتيسر السبل أمام التجار والمستهلكين للحصول على السلع والخدمات دون حاجة للانتقال، ودون الحاجة لوسائل مادية، فيكفي جهاز الحاسوب[25]، وأجهزة الاتصال الأخرى للوصول إلى ذلك.

فالمعاملات الالكترونية تتم في مجتمع افتراضي virtuel community أو فضاء افتراضي cyberspace[26] ولا يمكن تحديد مكانها.

---

(25) راجع:

O.CACHAR: La régulation internationale du marché électronique, Paris,L.G.D.J.,2002,p.124 et. s

(26) راجع: د.أحمد عبدالكريم سلامة: القانون الدولي الخاص النوعي (الالكتروني – السياحي – البيئي) الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000، ص 22.

وفي البداية، وإذا كانت شبكة الاتصالات والمعلومات (الانترنت) تعد دولية بطبيعتها، فإن ذلك قد يضفي الصفة الدولية على المعاملات القانونية التي تتم من خلال تلك الشبكة. فصعوبة تحديد المكان يجعل من الأولى اعتبار المعاملة دولية، ولو تمت داخل الدولة الواحدة.

ويجرنا ذلك إلى الإلتفات عن المعيار الاقتصادي الذي يعتمد أساساً على حركة نقل البضائع ورءوس الأموال عبر الحدود.

وهنا يبدو المعيار القانوني هو الاجدر بالأخذ في الاعتبار في مجال العقود الالكترونية. فيستطيع مستخدم الانترنت الدخول إلى الشبكة في أي مكان في العالم. كما أن الاتصالات تمتد إلى العديد من الدول، وهو ما يؤدي إلى ظهور العنصر الأجنبي في العملية التعاقدية، ذلك أن العقد الذي يبرم عن طريق الانترنت يخلق نظام تعاقدي خاص به ويسمح لأطرافه بالتواصل عن بعد[27]. ويستتبع ذلك إضفاء الطبيعة الدولية عليه.

والطبيعة الدولية لا ترتبط في هذا الصدد بانتقال السلع والخدمات عبر الحدود، وإنما ترجع بالدرجة الأولى إلى العنصر الأجنبي الناتج عن طبيعة المعاملة وطريقة التعاقد. فالأمر قد يمتد أيضاً إلى مرحلة ما قبل التعاقد ومرحلة التفاوض، حيث تتم أيضاً عبر الوسائل الالكترونية[28]. وهنا يصعب

---

(27) حيث ذكر البعض في هذا الصدد أن:

"Le contrat en ligne repose sur un mode contractuel aux parties de conclure un contrat en étant commenté à un réseau de télécommunication".

أنظر:

M-S.CAHEN: Le formation des contrats de commerce électroniqueParis 1999,p.4.

(28) راجع:

- R.DUASO CALES: La détermination…,op.cit,p.2.
- J.SEYVET: Le cadre juridique international du commerce électronique: les questions à traiter pour assener son développement.

نفي الصفة الدولية عن تلك المعاملات الالكترونية التي قد تتم بين التجار والمستهلكين أو بين المهنيين عبر الانترنت ووسائل الاتصال الحديثة.

ولعل المعيار القانوني هو من أفضل المعايير التي وردت في مجال دولية العقود، خاصة في العصر الحديث، حيث يؤدي إلى التوسع في الأخذ بفكرة العقود الدولية. كما أنه يتفق مع مصالح التجارة الدولية بصفة عامة، والتجارة الالكترونية بصفة خاصة.

كما أن العنصر الأجنبي، وبالتالي الطابع الدولي، يعد مفترضاً في عقود التجارة الالكترونية. ذلك أن المجال الالكتروني تذوب فيه الحدود والمسافات بين الأفراد وتصبح المعاملات دولية بطبيعتها[29]. ولا مكان للبحث عن حركة رؤوس الأموال عبر الحدود. بل يجب توجيه النظر إلى العنصر الأجنبي في العلاقة، واعتماد المعيار القانوني في العقود التي تبرم عبر الوسائل الالكترونية.

ولامراء أن من شأن التعويل على المعيار القانوني لتحديد دولية العقد الالكتروني يؤدي إلى تحقيق نوعاً من العالمية للعقد الدولي بصفة عامة، وعقود التجارة الالكترونية بصفة خاصة[30].

وتأسيساً على ذلك يكون من الطبيعي في وجود منازعة خاصة بعقد الكتروني أن يبحث القاضي عن مسألة القانون الواجب التطبيق، إذ أن دولية

منشور على الموقع الالكتروني: http://www.taieb.net/di.2001/vf/ccebet.i.pdf.

(29) **"Le commerce électronique,en abolissant les frontières et les distances entre les personne, est inconsciemment international par nature".**

أنظر:

C.FORMENT: La loi applicable…, Op. cit, p. 2.

(30) راجع : د. صالح المنزلاوي: المرجع السابق، ص 80.

العقد من المسائل الأولية التي تسبق البحث عن القانون الذي يحكم العلاقة العقدية. وطالما أن الأمر يفترض وجوده في عقود التجارة الالكترونية، فعلى القاضي أن يتطرق مباشرة صوب البحث عن القانون الواجب التطبيق، حتى ولو لم يطرح الخصوم ذلك. كما يلزم تحديد المحكمة المختصة بالفصل في النزاع قبل تحديد القانون الذي يحكم العقد بموجب قواعد تنازع القوانين.

الفصل الأول

تطبيق قانون الإرادة على العقود الإلكترونية

الفصل الأول

تطبيق قانون الإرادة على العقود الإلكترونية

تمهيد وتقسيم:

إذا سلمنا بالطبيعة الدولية للعقود الالكترونية، فإن علينا البحث عن القانون الذي يجب تطبيقه على هذه العقود.

وأول ما يتبادر إلى الذهن هو البحث عن هذا القانون في اتجاه مبدأ سلطان الإرادة، باعتباره من أهم المبادئ في العقود الدولية، لأنه يعبر عن رغبة أطراف العقد في اختيار قانون معين لحكم العلاقة العقدية.

وتكمن أهمية الانترنت في أنه يساهم بشكل كبير في حرية التعبير عن الإرادة، ويتبع ذلك حرية اختيار القانون الذي يحكم العلاقة العقدية التي تم التعبير عنها عبر تلك الوسيلة.

وإذ كنا أمام عقود تبرم عبر الانترنت وتتم بين أطراف غير متواجدين مادياً ، أو بين غائبين contrats entre absents، وأن ذلك يتم في عالم افتراضي، فليس معنى ذلك أن تطلق الحرية للأطراف في العقود الدولية غير محدودة بضمانات قانونية ، أو أننا نكون أمام فراغ قانوني vide juridique [31]. بل لا بد من تنظيم تلك الحرية، وجعلها تعمل في ضوء ضوابط قانونية محددة.

ويتطلب الأمر أيضا إلقاء الضوء على شكل العقد الالكتروني، وأثر اختيار القانون الواجب التطبيق على صحة العقد.

---

(31) راجع:

C.CALABRESI: Le droit applicable…., Op. cit, p. 15 et 16.

وعلى ذلك، فإننا نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص الأول لحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، والثاني لمدى صلاحية هذا الاختيار في تحديد القانون الذي يحكم شكل العقد في مجال التجارة الالكترونية.

المبحث الأول

حرية اختيار القانون الواجب التطبيق

تمهيد وتقسيم:

أصبح للتجارة الالكترونية نظاما قانونيا قوامه الأساسي المساهمة في حرية حركة البضائع والخدمات والأشخاص من دولة إلى أخرى ، دون وضع عوائق تؤدي إلى عرقلة مصالح التجارة الدولية[32].

وينبني على تلك الحرية إتاحة الفرصة للأطراف في اختيار القانون الذي يحقق مصالحهم في العلاقات الخاصة الدولية ،خاصة إذا سلمنا بالطبيعة الدولية لعقود التجارة الالكترونية.

وقد يأتي اختيار القانون الواجب التطبيق صريحا،أو ضمنينا يستنتج من ظروف العقد وملابسات التعاقد.

لذلك، نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلين على النحو التالي:

المطلب الأول:الاختيار الصريح لقانون العقد الالكتروني.

المطلب الثاني:الاختيار الضمني لقانون العقد الالكتروني.

---

(32) راجع:

C.CALABRESI: Le droit applicable….,Op.cit,p.22.

المطلب الأول

الاختيار الصريح في العقود الإلكترونية

أولا: أهمية الاختيار الصريح في مجال العقود الالكترونيه:

يمثل الاختيار الصريح لقانون العقد إعلانا من جانب أطرافه عن القانون الذي يحكم عقدهم، وعن رغبتهم ومصلحتهم في تطبيق هذا القانون. ويؤدي هذا الاختيار إلى اليقين القانوني وحفظ التوقعات المشروعة للأطراف في تحديد قانون بعينه ليحكم عقدهم. ولتحقيق ذلك يسعى هؤلاء إلى تضمين العقد شرطا صريحا يقضي بتطبيق قانون دولة أو أخرى عليه. ويتم ذلك عند إبرام العقد ، أو في مرحلة تالية عبر اتفاق لاحق.

وإذا كانت التجارة الالكترونية تتضمن تبادل للسلع والخدمات مقابل مبالغ مالية،فإنها تتضمن تقنيات نقل حديثة لبيانات العقد في مجال فضاء الكتروني عن طريق شبكة المعلومات والاتصالات واستناد إلى مبدأ حرية الدخول liberté accès إلى السوق عبر التجارة الإلكترونية[33]، وحرية التداول. فإنها وبتلك المثابة تتطلب إتاحة الحرية للأطراف في التعبير عن إرادتهم صراحه في تحديد القانون الذي يحكم معاملاتهم.

وقد أضحى دور الإرادة ذو طبيعة اقتصادية في مجال العقود الدولية، حيث يؤدي التوسع في حرية الاختيار إلى إضفاء الأثر الاقتصادي الواضح للقاعدة القانونية[34]، وخاصة في العصر الحديث الذي تتزايد فيه المعاملات

---

(33) راجع:

P.THIEFFARY: Commerce électronique: droit international et Européen, Paris, Litec., 2002, p.13.

(34) راجع:

S.POILOT PERUZZZETTO: Le choix de la loi dans des contrats internationaux et la construction Européen. *In* collection la règlement

والمبادلات التجارية، الأمر الذي يستوجب إتاحة الفرصة للأطراف في اختيار النظام القانوني المناسب ليحكم تلك المعاملات.

وتتبلور ملامح التجارة الالكترونية في السرعة الفائقة في إبرام العقود الناجمة عنها، وطبيعتها الخاصة لكونها تتم في إطار وسائل تذوب فيها الحدود بين الدول. ويترتب على ذلك أن يكون لأطراف العقد الإلكتروني الحق في وضع اتفاق يحدد نظامهم القانوني، ويحكم المنازعات التي قد تنشأ بينهم في المستقبل ويحقق الأهداف التي يسعون إلى بلوغها. ولا يتأتى ذلك إلا من خلال إرادة صريحة تحدد قانون العقد.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن الأطراف في العقد الإلكتروني يبحثون عن اختيار القاون الأكثر صلاحية، سواء كان القانون الوطني لأحدهم، أو قانون أجنبي آخر. فالدائرة تتسع أمامهم عند التعاقد عن طريق الانترنت الذي يجعل الأنظمة القانونية وأحكامها متاحة أمام المستخدم، بلا بحث أو عناء.

ثانياً – تقنين الاختيار الصريح لقانون العقد:

نتناول هنا دور القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية في تقنين مبدأ الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم العقود بصفة عامة ليطبق على العقود الإلكترونية، حيث وضعت هذه التشريعات في الوقت الذي ظهر فيه الانترنت (عام 1990)، وبالتالي يتم تطبيقها على العقود الالكترونية. كما أن بعض التشريعات والاتفاقيات الدولية سبقت ظهور الانترنت، وما زالت سارية حتى الآن.

---

comunatiare "Rom1" et le choix de la loi dans les contrats internationaux, Paris, litec., 2010, p.35 et ss, spéc. p43.

1- القوانين الوطنية:

أشارت المادة (19) من القانون المدني المصري إلى تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف صراحة ليحكم العقود الدولية. وقد مكن المشرع أطراف العقد من تحديد القانون الذي يحكم عقدهم، ولم ينص على ضرورة وجود رابطة بين القانون المختار والعقد[35]. ومع ذلك يلزم، في كل الأحوال، ألا يتم تجاوز الأهداف التي قررها المشرع، ويجب اختيار قانون من القوانين المتنازعة لحكم العقد، والبعد عن اختيار القانون الذي لا يرتبط بالعقد بأي صلة.

وتنص المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري لعام 1994 على أن تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان.

وإذا ما طبقنا ما ورد بالقانون المدني المصري، وقانون التحكيم نجد أن هذا القانون أتاح للأفراد حرية الاختيار الصريح أيضاً في العقود الالكترونية، أو التي تتم بين غائبين عبر الوسائط الالكترونية. وسواء كانت هذه العقود بين تجار أو مشروعات أو بين التجار أو المستهلكين.

واكتفى المشرع المصري بالقواعدد الواردة في القانون المدني لحكم هذا النوع من العقود، رغم التقدم العلمي والتكنولوجي، والحاجة إلى وجود قواعد خاصة تحكم العقود الالكترونية. وكان يجب إحاطة هذا النوع من العقود بتشريعات خاصة تحدد طرق اختيار القانون الواجب التطبيق في مثل هذه العقود، بدلاً من الاكتفاء بالنصوص الواردة في القانون المدني والخاصة بتنازع القوانين، والأخرى التي تتعلق بالاختصاص القضائي الدولي والواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

---

(35) راجع: د. هشام صادق: تنازع القوانين، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص 343.

كما طبق الاختيار الصريح في قانون التحكيم الأردني لعام 2001 على ذات النهج الوارد في القانون المصري، حيث نصت المادة 3 منه على أن تطبق محكمة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي وضعها الأطراف في اتفاقهم.

وعلى صعيد تشريعات القانون الدولي الخاص نذكر المادة 24 من القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982[36] والتي نصت على أن تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يقع عليه اختيار الأطراف صراحة. وعلى عين النهج ورد ذلك أيضاً في المادة 29 من القانوني الدولي الخاص الفنزويلي لعام 1998[37]، والقانون الدولي الخاص التونسي لعام 1998 (م 62)[38].

وإن كان إطار البحث يدور في فلك عقود التجارة الالكترونية، إلا أن الإشارة لهذه هذه التشريعات للتأكيد على انطباقها أيضاً على العقود التي تبرم عبر الانترنت – كما ذكرنا– خاصة وأن بعض التشريعات خصت النوع الثاني من عقود التجارة الالكترونية، وهي عقود الاستهلاك، B to C بنوع من الحماية وشملتها بعض القواعد التي تطبق عليها، دون غيرها من العقود التي تتم بين المشروعات، كما سنرى لاحقاً.

---

(36) نصوص هذا القانون منشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص (Rev.crit) 1983، ص 141 وما بعدها.

(37) نصوص هذا القانون منشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص 1999، ص 392 وما بعدها.

(38) نصوص هذا القانون منشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص 1999، ص 329 وما بعدها.

2 – الاتفاقيات الدولية والتوجهات الأوروبية:

نشير على صعيد الاتفاقيات الدولية لاتفاقية لاهاي لعام 1955 بشأن البيوع الدولية للمنقولات المادية[39] . فالمادة 1/2 منها تنص على أنه " يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحدده إرادة الأطراف[40].

وتطبق الاتفاقية على البيوع التي تتم بين تجار (B to B) واشترطت المادة الثالثة لتطبيقها أن تكون مرتبطة ببيوع منقولات مادية[41]. وبذلك يستبعد من مجال التطبيق البيوع العقارية، حتى ولو تم إبرامها أو تنفيذها عبر الانترنت. ولم تتضمن الاتفاقية نصوصاً خاصة ببيوع المستهلكين (B to C)، ولهذا تطبق القواعد العامة الواردة فيها على هذه البيوع. وتأسيساً على ذلك، يطبق شرط الاختيار الوارد ضمن الشروط العامة في العقد الالكتروني، والتي يعرضها المهني على صفحة الويب web ويقبلها الطرف الآخر عند إبرامه العقد عن طريق الانترنت.

أما اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، والمبرمة في 11 أبريل 1980، فقد اشتملت فقط على القواعد الموضوعية الخاصة بالبيع الدولي، دون التطرق إلى مشلكة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي تبرم بين أطراف في عقد البييع وتنتمي مؤسساتهم لأكثر من دولة، عندما تكون هذه الدول

---

(39) نصوص هذه الاتفاقية منشورة على الموقع الالكتروني:

http://www.admin/ch/f/pls/iz/o.221.211.4.fr.pdf.

(40) ورد النص الفرنسي للمادة 1/2 كالتالي:

"La vente est régie par la loi interne du pays diségné par L`objet d`un clause expresse…".

(41) راجع:

C.FORMENT: La loi applicable..,Op.cit,p.21.

أطراف في الاتفاقية، أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة[42].

وإذا كانت الاتفاقية قد حددت حقوق والتزامات البائع والمشتري، إلا أنها استبعدت من نطاق تطبيقها عقود بيوع المستهلكين عند نصها في المادة الثانية على عدم تطبيق الاتفاقية على عقد بيع البضائع التي تم شراؤها من أجل الاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي.

ومن أهم التطورات في مجال الاتفاقيات الدولية صدور تشريع روما1 لعام 2008 الخاص بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية[43]. فالتوقيت الذي صدر فيه هذا التشريع الحديث يؤكد أن واضعو الاتفاقية أرادوا أن يشمل كافة العلاقات العقدية، سواء التي تبرم في حضور الأطراف، أو تلك التي يتم إبرامها الكترونياً، خاصة وأن تشريع بروكسل لعام 2001 والخاص بالاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، والذي صدر قبل هذا التشريع بسبع سنوات قد تطرق إلى العقود التي تبرم عبر الوسائط الالكترونية،

---

(42) جاء النص الفرنسي للمادة الأولى على النحو التالي:

"La présente convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre les parties ayant leur établissement dans des Etats différents:

lorsque ces Etats sont des Etats contractants; ou :

lorsque les règles de droit international privé ment à l'application de la loi d'un Etat contractant".

(43) صدر تشريع روما 1 رقم 28/593 عن البرلمان الأوروبي في 17 يونيو 2008. وتناول القواعد الواردة في اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إلا أنه أتى بأحكام جديدة تلتزم بها الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية، ومنها على سبيل المثال القواعد الخاصة بقوانين البوليس في المادة التاسعة منه. ونصت المادة 24 على استبدال نصوص اتفاقية روما بهذا التشريع بالنسبة للدول الأعضاء، وأصبح سارياً في فرنسا اعتباراً من 17 ديسمبر 2009.

على النحو الذي سنبينه تفصيلاً عند دراسة الاختصاص القضائي الإرادي في العقود الإلكترونية.

فالمادة الثالثة من تشريع روما 1 نصت على أن " العقد يكون محكوماً بالقانون المختار بواسطة الأطراف.وهذا الاختياريكون صريحا أو مستنتجاً بشكل واضح من نصوص العقد أو ظروف التعاقد، ويمكن للأطراف اختيار القانون ليحكم جزء من العقد أو العقد كله[44].

وعلى ضوء نص المادة الثالثة، وفيما يتعلق بالاختيار الصريح، يكون العقد المبرم عن بعد، وعبر الانترنت، المجال الأوسع الذي يستطيع أطرافه التحديد الصريح للقانون الذي يحكم العقد في إطار الإمكانية التي أقرها التشريع لأطراف العملية العقدية[45]، سواء كانت عقود بين مهنيين، أو بين تجار ومستهلكين، مع مراعاة الأحكام الخاصة بهذه الأخيرة في ذات التشريع[46].

مدى ملاءمة الاختيار الصريح للعقود الالكترونية:

يجب التسليم بحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، سواء أكان مبرماً بين حاضرين، أم بطريق الكتروني عبر الانترنت.

ويعد الاختيار الصريح هو الأفضل في مجال العقود الإلكترونية، خاصة وأن اللجوء إلى الوسائل الالكترونية يهدف في النهاية إلى اختيار أيسر السبل

---

(44) جاء النص الفرنسي للمادة الثالثة كالتالي:

"Le contrat est régie par le loi choisi par les parties,cette désignation doit faire le objet de une clause expresse,ou résulter indiscutablement des dispositions du contrat".

(45) راجع:

- P.THIFFRY: Commerce électronique,op.cit,p.239.
-J.M.JACQUUET,P.DELEBECQUE : Droit du commerce international, Paris, Dalloz 2010,p.455.

(46) أنظر لاحقاً، ص 78 ومابعدها .

للتعاقد، واختيار أفضل القوانين التي يرشحها أطراف العقد لحكم المنازعات التي تنشأ في المستقبل، بالنظر إلى الطبيعة الدولية الملازمة للمعاملات الالكترونية.

فشرط اختيار القانون الواجب التطبيق يعبر عن تصرف إيجابي لأطراف العقد، ويؤدي استخدام التقنيات الالكترونية إلى التعبير عن إرادتهم إلكترونياً، واختيار القانون الذي يحكم عقدهم[47].

وحرية اختيار قانون العقد إذ تتأسس على ضابط إسناد، وهو قانون الإرادة، فإنها تعبر عن التوقعات المشروعة للأطراف في اختيار قانون العقد[48]، والأمان القانوني الذي يسعى الأطراف إلى تحقيقه في المعاملات الإلكترونية.

---

(47) راجع:

J.M.JAQUET: Droit du commerce international,2éd.,Paris, Dalloz, 1999,P93.

(48) راجع:

C.KESSEDJIAN: Relation des textes de référence avec droit primaire. *In* collection la matiere civil et commercial, socle d'un code Européen de droit international privé,Paris,Dalloz,2009,p.119 et ss, spéc.p.132.

المطلب الثاني

الاختيار الضمني في العقود الالكترونية

قد لا يلتفت أطراف العقد إلى مسألة الدولية، وبالتالي مشكلة القانون الواجب التطبيق، ويلزم حينئذ البحث عن نية الأطراف ومحاولة استخلاصها لتحديد القانون الذي يحكم العقد.

لذلك يجب توضيح مفهوم الإرادة الضمنية، وبيان موقف التشريعات منها، ومدى ملاءمة فكرة الاختيار الضمني في العقود الالكترونية.

أولاً – مفهوم الاختيار الضمني في العقود الالكترونية:

عندما يتجاهل الأطراف مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق ولا يضمنوها شروط العقد، فإنه يجب البحث عن إرادتهم الضمنية لتحديد القانون الذي يحكم العقد[49] قبل البحث في اتجاه ضوابط الإسناد الأخرى.

وقد يرجع ذلك إلى عدم التوصل إلى اتفاق محدد بشأن قانون العقد[50]، أو عدم الانتباه – كما ذكرنا – لتلك المسألة لحظة إبرام العقد ، وهنا يجب الكشف عن النية الضمنية التي تبين رغبة الأطراف في تطبيق قانون بعينه ليحكم هذاالعقد.

---

(49) راجع: د. رشا علي الدين: النظام القانوني لحماية البرمجيات، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 46.

(50) راجع: د. هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 319.

- H.MUIR WATT: Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme: *in* collection: la matière civile et commerciale,socle d'un code Européen de droit international privé? Paris, Dalloz 2009,p.77et ss.,spéc.p.82.

ويمكن استنتاج الإرادة الضمنية لأطراف العقد من خلال ظروف وملابسات العملية التعاقدية[51]، أو من قرائن أخرى مثل مكان الإبرام أو التنفيذ، أو مكان ممارسة النشاط الرئيسي..... الخ.

وفي مجال عقود التجارة الالكترونية نجد أن مكان تنفيذ العقد ومكان ممارسة النشاط الرئيسي من أهم القرائن التي يمكن التعويل عليها، للكشف عن إرادة الأطراف، سواء في العقود بين التجار، أو بين هؤلاء والمستهلكين.

فتوجيه التاجر نشاطه من خلال موقعه على الانترنت إلى المقيمين في دولة معينة يعد دليلاً على مدى فعالية الموقع، ويؤثر على مستخدمي شبكة الانترنت في هذه الدولة[52]، لذلك يجب الكشف عن إرادة الأطراف من خلال مكان الموقع وكذلك توجيهه نحو دولة معينة قد يتم إبرام العقد فيها.

وقانون الإرادة هو من أهم المسائل التي يجب البحث عنها في مجال عقود التجارة الإلكترونية، التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت[53]. ولا يجوز البحث مطلقاً عن قرائن على إرادة الأطراف، حال وجود اختيار صريح من جانبهم لقانون العقد.

وعلى القاضي أن يستنتج القانون الأكثر صلة بالعقد، ليكشف عن الإرادة الضمنية لأطرافه، لاسيما إذا كان هذا القانون يتناول تنظيم المشكلات المتعلقة بالعقد الالكتروني، أو كان هو قانون مكان تنفيذ العقد.

---

(51) راجع: د. أحمد عبدالكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة ، الطبعة الأولى 1996، ص 1099.

(52) راجع: د. حسام أسامة: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 103.

(53) راجع:

H.MUIR.WATT: Principe d'autotomie…,Article précité,p.88..

وإذا كانت لغة العقد، أو العملة التي يتم الوفاء بها من القرائن التي قيل بها كدلائل على الاختيار الضمني في العقود بصفة عامة – فلا يمكن التسليم بذلك في العقود الإلكترونية، أو التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت. فقد أضحت اللغة الإنجليزية هي اللغة السائدة في هذا المجال. وحتى في حال وجود لغة أخرى مطروحة على الشاشة لإبرام العقد، فإن المستخدم قد يقوم بعمل ترجمة مباشرة للغة الانجليزية باستخدام برامج الكمبيوتر [54].

وفي هذا العالم الالكتروني الذي تذوب فيه الحدود، لا يمكن اعتبار استخدام عملة بعينها دليلاً على اختيار قانون دولة معينة ، في الوقت الذي تستخدم فيه البطاقات الإلكترونية لدفع المستحق. خذ مثلاً، الحصول على مراجع علمية أو الاشتراك في الدوريات العلمية الذي يتم عن طريق المكتبات الرقمية أو الالكترونية، يتم عرض المراجع والدوريات الكترونياً، ويتم التعاقد مع هذه المكتبات عن طريق الانترنت، كما أن المشتري يدفع الثمن عن طريق البطاقة الالكترونية. فكيف يمكن اعتبار نوع العملية دليلاً على اختيار قانون الدولة، خاصة مع ظهور نظام العملة الموحدة، كما هو الحال في دول الاتحاد الأوروبي.

---

(54)

Dans le milieu électronique,la langue universelle est L'anglais,et même lorsqu 'une langue différente est utilisée, il peut s'agir d'un traduction de l'anglais souvent obtenu automatiquement d' ordinateur,le critère de la monnaie de paiement se réfère aussi peu efficace car en général, le prix est payé par un transfert de fond ou par un carte de paiement".

أنظر:

C.FORAAENT: La formation…,Op.cit,p.23.

ثانياً – تقنين الاختيار الضمني في العقود الإلكترونية:

1 – القوانين الوطنية:

نلقي الضوء هنا على بعض التشريعات التي قننت مبدأ الاختيار الضمني للقانون الذي يحكم العقد بصفة عامة، في ظل عدم وجود نصوص خاصة بالعقود الإلكترونية في هذا الشأن، وكذلك فإن عرضنا لهذه التشريعات على سبيل المثال، لا الحصر. ذلك أن معظم التشريعات الوطنية نصت على حرية اختيار الأطراف لقانون العقد صراحة أو ضمناً.

فالقانون المصري نص في المادة التاسعة عشر منه على تطبيق القانون الذي يتضح من الظروف اتجاه المتعاقدين إلى تطبيقه، وذلك في حالة عدم وجود اختيار صريح لقانون العقد.

وعدم وجود نص خاص بالعقد الالكتروني، وتزايد المعاملات الالكترونية بشكل ملحوظ يؤدي إلى تطبيق هذا النص على كافة التعاقدات، الورقية منها والالكترونية حسماً لأي نزاع قانوني. وعلى القاضي أن يستطلع النية الضمنية لأطراف العقد الالكتروني من خلال ظروف التعاقد وملابساته لتحقيق الأمان القانوني لأطراف هذا النوع من العقود.

وتناول المشرع الألماني الموقف من الاختيار الضمني في م 1/27 من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986[55]. ونصت تلك المادة على إمكان استنتاج الاختيار وبشكل مؤكد من نصوص العقد في حالة عدم وجود اختيار من جانب الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد.

---

(55) نصوص هذا القانون منشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص(Rev.crit) 1987، ص 170 وما بعدها.

وفي سويسرا تنص المادة 2/116 من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987[56] على أن " اختيار القانون يجب أن يكون صريحاً أو مستنتجاً بشكل مؤكد من نصوص العقد" [57]. كما نصت المادة 1/117 على ضرورة توافر الرابطة الوثيقة بين العقد والقانون الذي يطبق عليه.

وللقانون الدولي الخاص السويسري أهمية خاصة في العقود الإلكترونية، حيث أشار في المادة الخامسة منه إلى الاتفاقات التي يتم إبرامها عن طريق الرسائل المتبادلة والبرقيات والتلكس وكافة وسائل الاتصال الأخرى، على النحو الذي سنبينه تفصيلاً عند دراسة الاختصاص الإرادي والمحكمة المختصة في العقود الالكترونية[58].

وعلى أية حال، فإن ما ورد في هذه التشريعات يطبق على عقود التجارة الالكترونية. فالتجارة الالكترونية لا تختلف عن التجارة بصفة عامة إلا فيما يتعلق بكيفية مباشرتها، وآليات إبرام العقود الالكترونية وتنفيذها[59]. ولا غرو أن عدم وجود نص خاص يستتبع تطبيق ما ورد في مجال العقود التي تبرم الكترونيا، مع مراعاة بعض التحفظات على الاختيار الضمني في هذه العقود، على النحو الذي سنبينه عند تقييم هذا الاختيار.

---

(56) نصوص هذا القانون منشوروة على الموقع الالكتروني:
http://www.admin.ch/F.rx/291/a116.html.

(57) ورد النص الفرنسي على النحو التالي:
"Le contrat est régi par le choix des parties, ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances à la cause……

(58) أنظر لاحقاً ص 103 .

(59) راجع: د.أسامة أبوالحسن مجاهد: الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية وفقاً لأحدث التشريعات في فرنسا– الأردن – دبي – البحرين، دار النهضة العربية، 2007 ، ص112.

2 – الاتفاقيات الدولية:

أقرت الاتفاقيات الدولية، التي أشرنا إليها، الاختيار الضمني في العقود الدولية. فالمادة الثانية من اتفاقية لاهاي لعام 1955 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية نصت على أنه في حالة عدم وجود اختيار صريح لقانون العقد يمكن الاستدلال على الاختيار الضمني من نصوص العقد، شريطة أن يكون ذلك واضحاً من نصوص هذا العقد(60).

وتطبيقاً لهذا النص يلزم البحث عن الاختيار الضمني في عقد البيع الالكتروني من نصوص العقد والقرائن التي تشير إلى ذلك، سواء بالنظر إلى مكان تنفيذ عقد البيع ، أو موقع النشاط الرئيسي للبائع، باعتباره المكان الذي يتركز فيه العقد ويرتبط به ارتباطاً وثيقاً.

أما تشريع روما 1 لعام 2008، والذي جاء تالياً للتطورات الحديثة في مجال الانترنت والتجارة الالكترونية بصفة عامة، فلا ريب في أنه يشمل عقود التجارة الالكترونية. ونصت المادة الثالثة منه على الاختيار الضمني الذي يمكن استنتاجه بشكل واضح من نصوص العقد أو ظروف التعاقد(61).

وتأسيساً على النص المذكور يمكن الوصول إلى الإرادة الضمنية بالرجوع إلى معيار إدارة النشاط direction de l`activité في العقود الإلكترونية، عند الأخذ في الاعتبار الوظيفة الاقتصادية ومركز الثقل لهذه العقود(62). ويعد

---

(60) جاء النص الفرنسي لهذه المادة، وفيما يخص الاختيار الضمني على النحو التالي:

"…… cette désignation doit faire L`objet d`une clause expresse,ou résulter indubitablement des dispositions du contrat".

(61) أنظر سابقاً ص 34.

(62) راجع:

C.BUSSEUIL: Le choix de la loi applicable au contrat électronique: *in* collection: Le règlement communautaire "Rome 1" et le choix de la loi dans le contrats internationaux, Paris, Litec. 2011,p.399 et ss.,spéc.p.402.

ذلك تطبيقاً لنص المادة الثالثة، وذلك باستنتاج الاختيار الضمني من ظروف وملابسات التعاقد.

غير أن الأمر لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه، بل يجب مراعاة فكرة توجيه النشاط في عقود الـ B to C ، حتى لا يؤدي الأمر دائماً إلى تطبيق قانون دولة التاجر، أو قانون مكان ممارسة النشاط.

ثالثاً – تقدير الاختيار الضمني في العقود الالكترونية:

تكمن صعوبة الاختيار الضمني في أنه من المفترض أن يكون شرط الاختيار وارداً ضمن شروط العقد. ففي معظم المواقع site web في التجارة الالكترونية يظهر على الشاشة الشروط العامة للعقد، أو الإحالة إلى الشروط التي ترد في عقود البيع النموذجية. وعلى الطرف الآخر – المستقبل أو المستخدم – أن يضغط على الزر أو المفتاح (الأيقونةicône) للقبول بكامل الشروط[63]. فإذا كان هذا مقبولاً في مجال الاختيار الصريح، فلا يجوز التسليم به عند الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف في ضوء ظروف وملابسات التعاقد. فقد يؤدي ذلك إلى تطبيق قانون التاجر أو قانون المركز الرئيسي للشركة أو المشروع في كل الأحوال.

والمعتاد في العقود الالكترونية أنها تكون مكتوبة، أو مطروحة على موقع التاجر، الأمر الذي يستتبع أن يكون شرط الاختيار مكتوباً وصريحاً.

وتزداد صعوبة الاختيار الضمني، ويصبح الأمر أشد تعقيداً، بالنظر إلى أن العقود الإلكترونية تتم عبر شبكة الانترنت، ودون تواجد مادي للأطراف، مع صعوبة تحديد مكان الإبرام الذي يعد من أهم القرائن على الاختيار

---

(63) راجع:

C.CALABRESI: Le droit applicable….,Op.cit,p.42.

الضمني لقانون دولة معينة. ولهذا، يجب البحث في اتجاه قرائن أخرى مثل مكان التنفيذ باعتباره نهاية المطاف في العملية العقدية. مع الأخذ في الاعتبار عدم الاعتماد على هذه القرينة بمفردها في العقود التي تبرم وتنفذ كلياً عبر الانترنت، أو من خلال الوسائط الالكترونية، مثل عقد البيع الذي يبرم الكترونياً، وتنفذ الالتزامات الناشئة عنه، ويتم دفع الثمن من خلال البطاقات الالكترونية عبر الانترنت.

وعلى ذلك، يجب على القاضي أن يتحرى الدقة في الكشف عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد، وأن يستعين في ذلك بكافة الأدلة التي تبرهن على اختيار قانون معين، ويمكن له في سبيل ذلك أن يرجع إلى شرط تحديد المحكمة المختصة، إن وجد ، أو الرجوع لفكرة الأداء المميز لأحد أطراف العقد.

بيد أن أهمية مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية تؤكد على ضرورة اعتماده كمبدأ رئيسي في تحديد القانون الواجب التطبيق، وتجنب إهماله والرجوع إلى ضوابط اسناد أخرى إلا بعد التأكد تماماً من عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف[64]. وعلى القاضي في الحالة الأخيرة أن يستند لعدة قرائن، ولا يكتفي بواحدة، أو بقرينة ضعيفة لتحديد القانون الذي يحكم العقد.

ولا يفوتنا في هذا الشأن أن ننوه إلى فكرة النشاط الموجه activité dirigée[65]، أو البحث عن توجيه النشاط الكترونياً من قبل الشركات في

---

(64) راجع: د. حسام أسامة: الاختصاص القضائيي الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، المرجع السابق، ص 102 وما بعدها.

(65) راجع:

C.BUSSEUIL: Le choix de la loi…, Article précité,p.405.

بعض الدول إلى المقيمين في دولة معينة. فلماذا لا نعتبر أن الأطراف أرادوا تطبيق قانون هذه الدولة على العقود التي توجه إلى المستخدمين المقيمين عبر شبكة الانترنت، وإن كان ذلك يمكن الأخذ به في العقود التي تبرم بين الشركات أو المشروعات (B to B)، إلا أننا سنجد أن هناك قواعد خاصة في مجال العقود التي تبرم بين التجار والمستهلكين، التي تتميز بنظام حمائي يتفق مع طبيعتها، كما سنرى لاحقاً [66].

وهكذا، نجد أن للقضاء دوراً كبيراً في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، وأن هذه الأخيرة لا يمكن إهمالها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، رغم الصعوبات المرتبطة بالكشف عنها، إلا أن اعتبارات الأمان القانوني ومصالح التجارة الدولية تقتضي البحث عنها، وعدم الالتفات عنها إلى قواعد التنازع التي قد تشير إلى قانون آخر غير الذي اتجهت نية الأطراف إلى تطبيقه . لكن الأمر يتطلب في كل الأحوال الاعتماد على أكثر من قرينة في العقود التي تبرم عن طريق الانترنت.

---

(66) أنظر لاحقاً ص 65 وما بعدها .

المبحث الثاني

مبدأ سلطان الإرادة وشكل العقد الالكتروني

تمهيد وتقسيم:

إذا سلمنا بتطبيق قانون الإرادة، الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً، لتحد يد القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، فإننا نتساءل، هل يصلح هذا القانون ليحكم شكل العقد؟

وتقتضي الإجابة على هذا التساؤل أن نعرض للقاعدة العامة في مجال الشكل، والطابع الاختياري لهذه القاعدة، لتحديد مدى صلاحية القانون المختار ليحكم شكل العقد الالكتروني.

أولاً – المبدأ العام في مجال شكل العقد:

يخضع شكل العقد لقانون مكان إبرامه، وهي القاعدة المستقر عليها منذ ظهور فكر مدرسة المحشين في أوائل القرن الرابع عشر، وأكد عليها الفقيه الفرنسي ديمولان في القرن السادس عشر[67].

ويعتمد الإسناد هنا على أهمية علم الأطراف بمضمون قانون مكان الإبرام[68]، كما أن تطبيق هذا القانون يؤدي إلى حماية التوقعات المشروعة واليقين القانوني لهؤلاء الأطراف، إذ يتوقعون تطبيق قانون الدولة التي تم

---

(67) راجع: د. أحمد عبدالكريم سلامة: علم قاعدة التنازع، المرجع السابق، ص 1147، د.عوض الله شيبة الحمد: القانون الدولي الخاص في مملكة البحرين، دارسة مقارنة، تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي– تنفيذ الاحكام الأجنبية، الطبعة الثانية، البحرين، 2010، ص 222.

(68) راجع:

Y.LOUSSOUARN et P.BERDIN: Droit du commerce international, Paris, Sirey , 1969, p.599.

التعاقد فيها، وأبرم العقد عليها صحيحاً من حيث الشكل. ويستتبع ذلك تجنيبب العقد البطلان الناتج عن مخالفة قواعد الشكل، وتحقيق مصالح ذوو الشأن، وهو ما يجعل قاعدة مكان الإبرام قاعدة أصيلة تقلص من حالات البطلان في العقود الدولية، لحرص الأطراف على تطبيق القواعد الشكلية الواردة في قانون دولة مكان الإبرام.

ثانياً – تقنين المبدأ والطابع التخييري لقانون مكان الإبرام:

تم تقنين مبدأ خضوع شكل العقد لقانون مكان إبرامه في القانون المدني المصري، ونصت المادة (20) منه على أن " العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك".

ومن الأمثلة، غير الحصرية، على هذا المبدأ المادة السادسة من القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982[69]، المادة 124 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987[70].

ومن الاتفاقيات الدولية نذكر اتفاقية روما لعام 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية في المادة التاسعة منها. وتم التأكيد على ذلك أيضاً[71] في م 11من تشريع روما 1 لعام 2008، والتي نصت في

---

(69) ذكرت هذه المادة أن التصرفات القانونية تكون صحيحة إذا أبرمت وفقاً للشكل المقرر في قانون مكان الإبرام أو القانون الذي يحكم موضوع العقد.

(70) اعتبرت هذه المادة العقد صحيحاً من حيث الشكل إذا اتفق مع الشروط الواردة فى القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، أو قانون مكان الإبرام.

(71) اعتبرت هذه المادة العقد صحيحاً من حيث الشكل إذا اتفق مع الشروط الواردة في القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، أو قانون مكان الإبرام.

فقرتها الأولى على أن " العقد بين الأشخاص أو ممثليهم الذين يوجدون في نفس البلد لحظة إبرام العقد يكون صحيحاًمن حيث الشكل إذا توافرت فيه الشروط الشكلية في القانون الذي يحكم موضوعه بموجب التشريع الحالي، أو قانون البلد الذي تم إبرامه فيه"[72].

أما الفقرة الثانية من التشريع المذكور فقد اعتبرت العقد الذي يبرم بين أشخاص أو ممثليهم من دول مختلفة صحيحاً من حيث الشكل إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في القانون الذي يحكم الموضوع، أو قانون إحدى الدول التي يوجد بها محل إقامة معتادة لأحد الأطراف أو ممثله عند إبرام العقد.

واستقراء التشريعات السابقة يبين اخضاع العقد لقانون مكان الإبرام، مع مراعاة الطابع الاختياري caractère facultative لمبدأ قانون المحل يحكم الشكل.

ويقصد بالطابع التخييري لقاعدة محل الابرام أن هذه القاعدة ليست ملزمة، وأنه يمكن للأطراف في العقد الدولي أن يختارو شكلاً آخر لإبرام التصرف[73]، من أجل تجنب البطلان الناتج عن مخالفة قواعد الشكل في قانون الدولة التي تم التعاقد فيها، حيث يمكنهم اختيار قانون آخر ليحكم شكل

---

(72) جاء النص الفرنسي للمادة 1/11 على النحو التالي:

"art 11/1 ' Un contrat conclus entre des personnes ou leur représentants,qui se trouvant dans le même pays au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi du qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de loi du pays dans lequel il a etè conclu".

(73) راجع :

- Y.LOUSSOUARN et P.BOUREL: Droit international privé 5e éd, Paris, Dalloz,1996,p.49et s.

- CL.FERRY: La validité des contrats en droit international privé, Français/USA/Paris,L.G.D.J,1990,p.33.

العقد. كما يمكن أن يمتد القانون الذي يحكم موضوع العقد ليطبق أيضاً في مجال الشكل.

ثالثاً– مدى ملاءمة قانون مكان الإبرام للعقود الالكترونية:

يصعب في مجال التجارة الالكترونية القول بأن العقد يبرم في مكان معين، فمسار الابرام يتم من خلال جهاز الكمبيوتر، ويتم تبادل الإرادات بين المرسل والمستقبل في مكان أو عدة أماكن(74).

كما يصعب أيضاً تحديد المستخدم للانترنت والذي يتلقى العرض بالتعاقد بوسيلة الكترونية، كما يصعب تحديد مكان الطرف الذي يضع له عنواناً رقمياً address numérique (75) كما يكون لهذا العنوان حماية محددة بطريقة الكترونية.

ولامراء أن قانون مكان الإبرام بمفرده لا يكفي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، ولا لحكم شكل العقد، حيث لا نستطيع أن نحدد هذا المكان، وهل هو مكان المراسلة أم مكان استلام القبول؟

فبالإضافة إلى إبرام العقد بين أطراف غير متواجدين مادياً، فإنه يتم في فضاء الكتروني يصعب، بل يستحيل تحديد مكانه. ويكاد يكون الحل المناسب

---

(74) حيث ذكر الأستاذ HUET في ذلك أن:

"dans électronique, il esl difficile de dire que la partir d'un terminal, il traiter dans un ordinateur qui la reçoit pour être éventuellement acheminée ver son ordinateur le tout dans des lieus généralement".

(75) أنظر:

J.HUET: Aspects juridique de commerce électronique approche international, petites affices du 26 Sebtembre1997,N 116,p.14.

على النحو الذي ذهب إليه البعض أنه يجب أن يتفق الأطراف على مكان الإبرام، وتحديده بمكان الإرسال أو الاستلام[76].

غير أن منح الأطراف الحرية في الاتفاق على مكان الإبرام قد ينطوي على مغايرة للحقيقة، خاصة وأن هذا المكان غير معروف، وقد يكون غير واقعي كذلك. كما قد يفتح الباب على مصراعيه أمام التاجر لاختيار القانون الذي يتفق مع مصالحه ليحكم كافة الجوانب المتعلقة بالعملية التعاقدية. وكان الأفضل إن جاز منح الأطراف القدرة على تحديد مكان الإبرام في العقود الإلكترونية أن يكون ذلك متفقاً إلى حد ما مع الواقع ،مثل الاتفاق على أن يكون مكان الإبرم هو مكان مباشرة النشاط الرئيسي للبائع أو المشروع، أو المكان الذي يدار منه موقع التاجر الالكتروني.

وإزاء صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني أو عدم اتفاق الأطراف، وعدم جدوى ذلك، فإنه يجب البحث عن قواعد إسناد أخرى لتطبق على شكل العقد.

ولأول وهلة، يجب توجيه النظر صوب قانون الإرادة الذي يعبر عن رغبات الأطراف وتوقعاتهم من ناحية[77]، وحرصهم على إبرام تصرفات قانونية صحيحة من حيث الشكل من ناحية أخرى، وبالتالي تجنب القانون الذي يؤدي إلى إبطال هذه التصرفات.

ولا يمكننا هنا أن نغض الطرف عن الإرادة الضمنية إذا أمكن الاعتماد على شرط القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد ليكون دليلاً على

---

(76) راجع:

C.CALABRESI ; Le droit applicable.,Op.cit,p5.

(77) راجع:

J.HUET: A aspects juridique….,Article précité,p.15

اختيار هذا القانون ليطبق على شكل العقد المبرم الكترونياً، إزاء صعوبة تحديد مكان إبرامه.

وإذا كان القانون المختار بواسطة الأطراف يحدد التزاماتهم في العقد الالكتروني، فإن أحد الأطراف على الأقل، يقدر حجم المخاطر القانونية الناتجة عن التعاقد عبر الانترنت، لذلك يسعى جاهداً لفرض قانون معين ليحكم العقد[78]. ويتفادى مسألة بطلانه من الناحية الشكلية.

بيد أنه لا يمكن التسليم بقاعدة إخضاع شكل العقد الالكتروني لقانون الإرادة على إطلاقها، خاصة إذا وضعنا في الاعتبار المشاكل القانونية الناجمة عن التعاقد الالكتروني، وكيفية التوقيع الالكتروني، وحجية هذا التوقيع في عقود تكون غالباً مكتوبة ومحددة الشروط سلفاً على الموقع. لذلك تأتي أهمية الطابع الاختياري في مجال القانون الذي يحكم شكل العقود بصفة عامة، ليطبق على العقود الالكترونية. فإذا ما تم تطبيق قاعدة مكان إبرام العقد الالكتروني – إن صح الاتفاق على مكان الإبرام – وأدى ذلك إلى التأثير على صحة العقد، فيجب استبعادها وتطبيق القانون الذي يحكم موضوع العقد.

كما يقتضي الأمر الرجوع إلى منطق التشريعات في مجال العقود بصفة عامة، ليطبق على العقود الإلكترونية من باب أولى. فالقانون المصري مثلاً، جعل التخيير بين ثلاثة قوانين، وهم القانون الذي يحكم موضوع العقد أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون الجنسية المشتركة، حرصاً من المشرع على التضيق من حالات البطلان في العقود الدولية لمخالفة قواعد الشكل في قانون معين، أو في قانون مكان الإبرام.

---

(78) راجع:

M.S.CAHEN: la formation des contrats…., Op.cit,p.13.

وجاء النهج مطابقاً في القانون الدولي الخاص التركي والقانون الدولي الخاص السويسري، المشار إليهما، وأقرا الطابع التخييري لقاعدة قانون المحل يحكم الشكل.

أما المادة 1/9 من اتفاقية روما لعام 1980، والتي أصبحت فيما بعد المادة (1/11) من تشريع روما1 لعام 2008 فقد وضعت قانون مكان الإبرام – في إطار التأكيد على طابعه التخييري – على قدم الوثاق، وجعلته متوازياً مع قانون الإرادة فيما يتعلق بالشروط الشكلية للعقد، سيما إذا كان هذا القانون الأخير هو القانون الذي يحكم الموضوع[79]، من أجل تفادي حالات البطلان لمخالفة الشكل.

وخلاصة القول : أنه من الأفضل اللجوء إلى قانون الإرادة ليحكم شكل العقد الالكتروني، سواء كانت تلك الإرادة صريحة أم ضمنية يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات التعاقد، توافقاً مع طبيعة الانترنت وما يمنحه من حرية للأطراف في إبرام تصرفاتهم، وتيسيراً على المتعاقدين الذين اختاروا هذا الطريق. ولكن مع الحرص دائماً على مراعاة الطابع الاختياري في مجال شكل العقد، والاختيار بين أكثر من قانون، لكي يكون التصرف صحيحاً من حيث الشكل في العقود التي تبرم عبر الانترنت.

---

(79) راجع:

L.A.KOTEICH: La loi applicable aux contrats du commerce électronique, Beyrout 2005,p.43.

الفصل الثاني

التضييق من حرية الاختيار في العقود الإلكترونية

الفصل الثاني

التضييق من حرية الاختيار في العقود الالكترونية

تمهيد وتقسيم:

ذكرنا في الفصل السابق أن العقود الالكترونية إما أن تكون بين تجار أو مشروعات B to B أو بين تجار ومستهلكين B to C.

ولا توجد مشكلة في الحالة الأولى، حين يكون أطراف العقد على قدم المساواة، وتتوازن العملية العقدية. فحينئذ يطبق القانون الذي اختاره الأطراف، صراحة أوضمناً للحفاظ على الأمان القانوني لهم، ومراعاة مصالح التجارة الدولية.

أما النوع الثاني من العقود الالكترونية فيوجد فيه طرف ضعيف، وهو المستهلك الالكتروني، ولا يوجد تكافؤ في العلاقة العقدية، الأمر الذي يؤدي إلى وجود اختلال في التوازن في تلك العلاقة.

فالمستهلك بحاجة إلى السلعة أو الخدمة التي تؤدي إلى إشباع احتياجاته، ولا غنى له عنها. أما التاجر فيبحث دائماً، وفي كل الأحوال، عن تحقيق مصلحته المتمثلة في الحصول على أكبر ربح ممكن.

وإذا كانت عقود الإذعان بحاجة مستمرة ومتجددة إلى تنظيم قانوني خاص بها، وهو ما تفعله التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية، فإن عقود الاستهلاك التي تنتمي لهذه الطائفة من العقود تتطلب دائماً وجود قواعد آمرة تطبق عليها.

ولا شك أن مجال عقود التجارة الالكترونية من أهم المجالات التي تتطلب إيجاد قواعد آمرة ذات أهداف حمائية، من أجل إعادة التوازن في العلاقات العقدية.

ويجرنا ذلك إلى ضرورة وضع تعريف محدد للمستهلك الالكتروني، وتحديد مبررات حمايته في العقود التي تبرم عن طريق الانترنت أو الوسائل الحديثة للاتصال، وخاصة في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة الذي قد يؤدي في النهاية إلى اختيار القانون الذي يسعى إليه التاجر– الطرف القوي في العلاقة العقدية– تحقيقاً لمصالحه.

ولا بد من العرض لفكرة النظام العام ودورها في التضييق من حالات اختيار القانون الذي ينتقص من حماية المستهلك الالكتروني. كما يلزم أيضا عرض دور التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في الحد من تطبيق مبدأ حرية الاختيار في العقود الالكترونية، وكذلك موقف التوجهات الأوروبية في هذا الشأن.

لذلك نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول : تعريف المستهلك الالكتروني ومبررات حمايته .

المبحث الثاني: دور قواعد النظام العام في تقييد حرية الأطراف في العقد الالكتروني.

المبحث الثالث: دور التشريعات والتوجهات الأوروبية في حماية المستهلك الالكتروني.

المبحث الأول

تعريف المستهلك الالكتروني ومبررات حمايته

تمهيد وتقسيم:

لكي نحدد الأسباب والمبررات التي تدعو إلى حماية المستهلك في العقود المبرمة الكترونياً، والتي تنفذ كلياً أو جزئياً عبر الوسائل الالكترونية ، فلا بد أن نضع تعريفاً محدداً للمستهلك الذي يكون طرفاً أساسياً في العقد الالكتروني.

ونتناول بالدراسة في هذا المبحث تعريف المستهلك الالكتروني، ومبررات حمايته.

أولاً– تعريف المستهلك الالكتروني:

يعرف المستهلك بصف عامة بأنه الشخص الذي يتعاقد من أجل اشباع احتياجاته الشخصية، المنزلية أو العائلية(80).

وقد حرصت العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية على وضع تعريف محدد للمستهلك، وذلك تمهيداً لشموله بالحماية الخاصة بالنصوص الآمرة التي أقرتها تلك التشريعات والاتفاقيات الدولية في مجال العقود المبرمة بواسطة المستهلكين(81).

---

(80) راجع:

- H.CASSE: De la notion de la consommation, *in* collection: après le code de la consommation, Paris, Litec. 1996, p.23 et s.

- J.CALAIS –AULOY et F.STEIMEETS: Droit de le consommation,4e éd,Paris,Dalloz 1996,p.5.

(81) من هذه التشريعات نذكر القانون المصري لحماية المستهلك لعام 2006 في مادته الأولى، وقانون حماية المستهلك في البحرين رقم 35 لسنة 2012 (م1). وفي التشريعات الأوروبية نذكر م (ل 111–1) من القانون الفرنسي للاستهلاك لعام 1993، و م(125) من مجموعة القانون الدولي

كما تناولت أحكام القضاء تعريف محدد للمستهلك في العلاقات التعاقدية والتي يكون أحد أطرافها المستهلك والطرف الآخر التاجر أو المهني[82].

وأسست الاتجاهات الفقهية والتشريعات المختلفة مفهوم المستهلك بالنظر إلى حاجته إلى السلعة أو الخدمة التي تشبع احتياجاته الشخصية أو العائلية، على حين أن الطرف الآخر في العقود، وهو التاجر، يسعى في كل الأحوال إلى الحصول على الربح، وهو الطرف القوي في العقد.

ويعرف المستهلك الالكتروني cyberconsommateur بأنه الشخص الذي يتعاقد أو ينفذ العقد كلياً أو جزئياً عبر الانترنت أو الوسائط الالكترونية، من أجل الحصول على السلعة أو الخدمة اللازمة لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية[83]، وبعيداً عن أي نشاط مهني. ويستوى في ذلك كافة العقود، سواء كانت عقود ايجار أو بيع أو تأمين أو قرض. إلا أن أكثر العقود التي يبرمها المستهلك الالكتروني عبر الانترنت هي عقود البيع[84] التي تتم بين بائعين يسعون إلى الحصول على الربح، ومستهلكين غايتهم النهائية هي السلعة أو الخدمة لاشباع حاجتهم، دونما ارتباط بنشاط مهني أو تجاري.

الخاص السويسري لعام 1987. وفي مجال الاتفاقيات الدولية نشير إلى م(13) من اتفاقية بروكسل لعام 1968 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، والتي أصبحت المادة (15) من تشريع بروكسل لعام 2001. وكذلك نصت اتفاقية فينا لعام 1980 في مادتها الثانية على تعريف المستهلك، كما أشارت لمفهوم المستهلك م(5) من اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي أصبحت م(6) من تشريع روما 1 لعام 2008.

(82) من هذه الأحكام حكم محكمة العدل الأوروبية الصادر في 3 يوليو 1997، منشور في مجلة القانون الدولي (clunet) 1999، ص 581 وما بعدها. وفي فرنسا حكم محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الأولى الصادر في 24 يناير 1995.

(83) راجع: د. أحمد السيد الكروي: حماية السمتهلك الالكتروني، منشور على الموقع التالي: http://www.keonanonline.com/users/ahmedkordy/posts/275121.

(84) راجع: د. حسام أسامة: المرجع السابق، ص 215.

ويأمل المستهلك في مجال التجارة الالكترونية إلى الحصول على احتياجاته الأساسية والضرورية من خلال وسيلة سريعة تمكنه من ذلك. وتعد أسرع وأفضل طريقة للمستهلك في العصر الحديث هي التعاقد الالكتروني، فحين يتعاقد الكترونياً par voi électronique [85]، يحصل على السلعة أو الخدمة بطرقة إلكترونية en ligne بواسطة الأدوات والاتصالات التي تيسر له ذلك.

وقد عرفت م 1/1 من التوجيه الأوروبي رقم 97/7، والصادر في 2 مايو 1997 – والخاص بحماية المستهلك في مجال العقود المبرمة عن بعد[86] – العقد المبرم عن بعد contrat á distance بأنه العقد الذي يتعلق بأداء سلع أو خدمات من المورد إلى المستهلك في إطار نظام بيع سلع أو أداء خدمات عن بعد، ويتم إدارته بواسطة المورد. ويتم بموجب ذلك إبرام العقد باستخدام التقنيات المختلفة للاتصال عن بعد.

كما عرفت الفقرة الثانية المستهلك بأنه: "كل شخص طبيعي يتصرف في مجال العقود المشمولة بهذا التوجيه في إطار بعيد عن نشاطه المهني"[87].

وتأسيساً على ذلك يكون المستهلك الالكتروني في منطق هذا التوجيه هو الذي يتعاقد عن بعد باستخدام التقنيات المختلفة للاتصال، باستخدام الانترنت

---

(85) راجع:

- **R.DUASO CALES: La détermination..,Op.cit,p.2.**
- **M.T.VERBIEST: La directive Européen sur commerce électronique,p.1.**

منشور على الموقع الالكتروني التالي:

.http://www.juriscom.net/prue/2/ce20000615.htm

(86) نصوص هذا التوجيه منشورة على الموقع الالكتروني:

.http://www.europa.eu/consolmers/lons_int/sofe-shof

"Consommateur,toute personne physique qui,dans les contrats
(87) relevant de la présente directive, agis à des fines qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle".

والوسائط الالكترونية. وقد يتم التعاقد عن طريق مطالعة الصحف الالكترونية، أو قواعد البيانات base donnée على موقع البائع أو التاجر الالكتروني، أو البريد الالكتروني[88]. ويقوم المستهلك بإرسال القبول بطريقة الكترونية، لحاجته إلى السلعة أو الخدمة، وبعيداً عن أي أنشطة مهنية.

كذلك نجد تعريفاً مشابهاً للمستهلك في مجال التجارة الالكترونية بالرجوع لنص المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 والصادر في 8 يونيو 2000 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات في التجارة الالكترونية[89]. فالفقرة الخامسة من هذه المادة تنص على أن " المستهلك هو كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار أنشطته المهنية أو التجارية[90].

كما أوضحت الفقرة السادسة من ذات المادة المقصود بالاتصال التجاري والمعلومات التي تبث عن طريق ال accès أو نظام السماح بالدخول للموقع أو الخدمات المباشرة التي تدار عن طريق المشروع في الفضاء الالكتروني.

ثانياً – اعتبارات حماية المستهلك الالكتروني:

تتلخص اعتبارات حماية المستهلك الالكتروني في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة، فيما يلي:

---

(88) راجع:

M.T.VERBIEST :Article précité,p.2.

(89) نصوص هذا التوجيه منشورة في :

J.O.C.E,N° 178 du 17/7/2000.

(90) "consommateur, toute personne physique agissaient à des fines qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale".

1 – حماية المستهلك الالكتروني كطرف في عقد الإذعان:

عقود الإذعان هي العقود التي تفرض جملة على الطرف الآخر، وهو الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وعليه أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة، دون مناقشة شروطها أو تعدديها.

وعقود الاستهلاك تفرض على المستهلك في جملتها ولا يستطيع مناقشة شروطها. وتفرض عليه من جانب التاجر أو المهني. وعندما يجد المستهلك نفسه في مجال التجارة الالكترونية بعيداً عن إزدحام المحلات التجارية، ويمكنه الحصول على السلعة أو الخدمة في أي وقت، فلا شك أنه سيضطر للضغط على زر القبول فيحصل على الأشياء التي تشبع حاجته، خاضعاً في ذلك لكل الشروط التي يفرضها عليه التاجر أو المشروع[91]، خاصة عندما يجد الباب أمامه موصداً، ولا مجال لتعديل أي شرط من الشروط المدرجة بالعقد المرسل إليه الكترونياً. وبالتالي يجد المستهلك نفسه مضطراً لقبول شرط القانون الواجب التطبيق، كغيره من الشروط، مع ما قد يمثله هذا الشرط من تهديد لحمايته.

2 – يعد شرط تحديد القانون الواجب التطبيق من الشروط التعسفية.

الشروط التعسفية les clauses abusives هي تلك التي ترد في عقود الاستهلاك وتؤدي إلى فرض إرادة التاجر على المستهلك بطريقة تحكمية. ويعد شرط تحديد القانون الواجب التطبيق من الشروط التي تحمل في طياتها تعسفاً من جانب المهني.

---

(91) راجع:

L.A.KOTEICH: La loi applicable…,Op.cit,p.56.

فقد يؤدي تطبيق القانون المختار إلى حرمان المستهلك وتجريده من كل حماية، وهو ما قد يحدث غالباً في العقود التي تبرم عن طريق الانترنت. وفي هذا الصدد ذهب اتجاه فقهي إلى ضرورة إبطال كافة الشروط التعسفية التي لم تكن محلاً للتفاوض الشخصي بين البائع والمشتري[92]. وبالتالي استبعاد شرط القانون الواجب التطبيق، حال كونه يهدر حماية المستهلك أو ينتقص منها. فلا ريب أن العقود الالكترونية هي المجال الخصب لإدراج كافة الشروط التعسفية التي تملى على المستهلك لكي تحكم كافة جوانب العملية العقدية . لذلك يجب مراقبة كافة الشروط التي ترد في هذا النوع من العقود التي تتم في فضاء الكتروني بين تجار ومشروعات يوجهون أنشطتهم من أجل دفع المستهلك إلى التعاقد.

3 – حاجة المستهلك الالكتروني إلى التعرف على طبيعة السلعة أو الخدمة:

يجب إعلام المستهلك بكافة البيانات الخاصة بالسلع أو الخدمات التي تقدم له أو تعرض عليه من أجل اتمام التعاقد الكترونياً. وعلى التاجر الالكتروني cybermarchand أن يعلم المشتري في كافة المراحل المتعلقة بإبرام العقد بالبيانات الأساسية للسلع والخدمات وطريقة استخدامها وكيفية الدفع ونظامه، وغير ذلك[93]. كما أن عليه أن يعلمه أيضاً بشرط اختيار القانون الواجب التطبيق بطريقة واضحة لكي يحدد موقفه منه.

---

(92) راجع:

MT.VERBIEST: La protection juridique du cyber- consommteur, Paris, litec.,2002,p.10.

(93) راجع:

R.DUASO CALEES: La determination…,Op.cit,p.1.

وليس بخاف أن هذا الشرط هو الذي سيحدد في النهاية الموقف من حماية المستهلك، بالنظر إلى القانون الذي يشير إلى تطبيقه. فليست كل القوانين على درجة من التقدم والتطور بحيث تتساوى في درجة حمايتها، كما لا تقف كل القوانين على قدم المساواة بالنظر إلى البيئة الاجتماعية لكل مستهلك. ولن تؤدي كل القوانين ذات الدور في الحماية اللازمة لإعلام المستهلك، والجزاءات التي تترتب على عدم إعلامه بكافة البيانات أو الانتقاص منها.

وعلى ذلك، فإنه يلزم لحماية إعلام المستهلك الالكتروني أن تكون هناك قيوداً على مبدأ حرية الاختيار للقانون الواجب التطبيق، وإقصاء هذا الأخير حال عدم توفير الحماية الكافية والملائمة للمستهلك. فقد لا يستطيع الأخير استيعاب البيانات والمعلومات المتاحة له. بل أن الانتقاص والنيل من إعلام المستخدم على الانترنت، والتي تنطبق عليه صفة المستهلك، يجب أن يكون مبرراً للعدول عن التعاقد، حتى بعد إبرام العقد.

4 – عدم المعرفة الكافية من جانب بعض المستهلكين بالتقنيات الحديثة:

لا يدخر مستخدم الانترنت جهداً باستخدام أجهزة الحاسوب ووسائل الاتصال الحديثة، في الوصول إلى السلعة أو الخدمة. وذلك بالتعاقد مع شركات ومشروعات لديها الخبرة الكافية بالتقنيات الحديثة، وتملك أجهزة اتصال على مستوى عال من الدقة. ولديها من الموظفين الإداريين والفنيين من يمتلك الكفاءة، ويساعدها على القدرة على التحكم في هذا المجال.

ولن تنتهي حاجة المستهلك اليومية في الحصول على الخدمات الضرورية السياحية والمصرفية، وتلك المتعلقة بالتأمين والإيجار.....الخ، الأمر الذي يدفعه إلى دخول مجال الانترنت، وكسر الحواجز التي قد تعيقه

وتثير مخاوفه على كافة المستويات، وارتضاء النظام القانوني الذي يفرض عليه تطبيقه، أملاً في الحصول على السلع والخدمات بأفضل الأسعار، وبأقل جهد ممكن.

وقد يفتقر المستهلك عند الدخول إلى المواقع الالكترونية إلى الخبرة الكافية في التعامل مع التقنيات الحديثة في الاتصال[94]، إذا ما قورن ذلك بالكفاءة العالية للشركات والمشروعات التجارية في هذا المجال.

وعندما يحاول المستهلك إتمام التعاقد الالكتروني، فإنه يسعى إلى ذلك دون اكتراث أو اهتمام بمشكلة القانون الذي يحكم العقد، ولن تسعفه خبرته القليلة في مجال الانترنت إلى الالتفات لمشكلة القانون الواجب التطبيق.

وإذا كانت حماية المستهلك الذي لا يعرف مضمون العقد بشكل كاف واجبة، فإن حمايته كمستهلك الكتروني واجبة من باب أولى في ظل التعقيدات التي تحيط بمجال الانترنت، إذا أخذنا في الحسبان مدى استخدام الشركات والمشروعات للتقنيات الحديثة كوسيلة للتعاقد، باعتبار بعض التعقيدات الملازمة لها، والتطورات التي تلحق بها ساعة تلو الأخرى[95]. لهذا يجب التضييق من إعمال مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستهلاك الالكترونية.

5 – قد لا ينتبه المستهلك الالكتروني إلى مسألة دولية العقد:

أشرنا – سابقاً – إلى أن العقود الالكترونية التي تتم في فضاء الكتروني، ولا يعرف مكان إبرامها بالتحديد، تعد عقوداً دولية بطبيعتها، بالنظر إلى إبرامها من خلال شبكة الانترنت. ويؤدي ذلك إلى افتراض العنصر

---

(94) راجع: د. أحمد السيد الكردي: حماية المستهلك الالكتروني، ذات الموقع المشار إليه سابقاً.
- R.DUASO CALES: La determination…,Op.. cit,p.14.

(95) أنظر سابقاً ص 6 .

الأجنبي فيها، إذا ما أخذنا بعين الاعتبار المعيار القانوني الموسع الذي يعتبر العقد دولياً لارتباطه بأكثر من نظام قانوني[96].

ولا يلتفت المستهلك عند دخوله إلى موقع التاجر والمشروعات والشركات لاتمام التعاقد إلى مسألة دولية العقد، وبالتالي لا يسترعي انتباهه مشكلة القانون الواجب التطبيق، وخاصة قانون الإرادة، أو شرط تحديد القانون الواجب التطبيق. فهذا الاخير قد يأتي في إطار عقد نمطي ومطبوع بحروف صغيرة جداً. ولا يهتم به المستهلك، ولا يستوعب نتائجه، ولكنه يستدير عنه إلى الشروط الأخرى الخاصة بكيفية الدفع، وتسهيلات السداد، وكيفية التسليم، ويبحث أيضاً عن السعر المناسب له. أما مسألة دولية العقد، والقانون الواجب التطبيق، فتأتي في نهاية المطاف، رغم أهميتها غير المعروفة للمستهلك.

لهذا يقتضي الأمر وجود نصوص خاصة تحمي المستهلك في العقد الالكتروني، الذي لا يعرف طبيعته، وخطورة مبدأ سلطان الإرادة فيه.

---

(96) راجع:

M.PILEECHET: Ventes aux consommateurs: actes et documents de la XIVe session du la conférence de la Hay de dip1984,p.11.

- F.LECLERC: la protection de la partie faible dans les contrats internationaux, étude de confits de lois, Bruyant,Bruxelles,1995,p.126 et 127.

المبحث الثاني

دور قواعد النظام العام في تقييد حرية الأطراف في العقد الالكتروني

تمهيد وتقسيم:

تشكل قواعد النظام العام مجموعة من القواعد الآمرة التي لا يمكن للأطراف استبعادها بموجب مبدأ سلطان الإرداة، أو استناداً للحرية التعاقدية liberté contractuelle، بالنظر إلى غايتها في حماية المصالح الأساسية في الدولة[97]، سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية. وتتدخل تلك القواعد لمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض مع تلك المصالح.

ولعل أهم وأدق المجالات التي تتدخل فيها قواعد النظام العام هو مجال الحرية التعاقدية التي تمنح الأطراف في العقود الدولية حق اختيار القانون الواجب التطبيق استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة. وهنا تعمل هذه القواعد على استبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي، ويُطبق قانون الأخير لحكم العلاقة المطروحة[98].

---

(97) راجع: د. أحمد عبدالكريم سلامة: علم قاعدة التنازع، المرجع السابق، ص 581.

(98) راجع: د. عوض الله شيبة الحمد: القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 100 وما بعدها.

- N.NORDE: Ordre public et lois de police en droit international privé,Thèse,Strasourge2002,p.159 ets.

- D.KESSLER: Le contrat administratif face à l`électronique: peut-il exister un contrat administratif `électronique, mémoire de DESS,paris2003,p.25 et s.

منشور على الموقع الالكتروني:

.http://www.univ-paris1.fr/floadin/diplon_drueit

ونتناول بالدراسة في هذا المبحث لفكرة النظام العام في العقود الالكترونية، وأثرها على حرية الاختيار في هذه العقود.

أولاً: فكرة النظام العام في العقود الالكترونية:

تلعب فكرة النظام العام دوراً هاماً في العقود الالكترونية، حيث تبرم هذه العقود عبر الوسائط الالكترونية، وينتج عن حرية المعاملات في مجال الانترنت خلق قوانين قد تتعارض مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي.

وقيل في هذا الشأن أن " قواعد النظام العام تمثل رد فعل وطني على تطبيق قانون أجنبي غير مقبول تطبيقه"[99]. أي أن هذه القواعد تواجه القانون الأجنبي الذي يتعارض مع الركائز الأساسية في دولة القاضي.

فلا بد أن تتدخل قواعد النظام العام في التجارة الالكترونية، خاصة وأن نطاق هذه الأخيرة يعد متسعاً ومتشعباً، سواء فيما يخص العروض التي توجه إلى عدة دول أو دولة واحدة، أو الإعلانات التي تنشر على موقع التاجر. ويؤدي الدخول إلى هذا الموقع إلى إبرام العقود معه[100]. وعندما تكون المبادرة من جانب التاجر، وتحت مسئوليته، يتحتم مراقبة القواعد والشروط الواردة في هذه العقود، والقوانين التي تطبق عليها، لمعرفة مدى توافقها مع النظام العام في دولة القاضي، أو تعارضها معه فيتم استبعادها.

---

(99)

"L`ordre public constitue la réaction nationale à application d'une loi étrangère jugé inadmissible".

أنظر:

M.S.CAHEN: La formation….., Op.cit,p.15.

(100) راجع:

- C.CALABRESI: Le droit applicable…,Op.cit,p.19.
- L.A.KOTEICHE: La loi applicable…,Op.cit,p.67 et 68.

ولا مراء أن التعاقد عن طريق الانترنت يتزايد يوماً تلو الآخر، لسهولته وقلة التكاليف بالنسبة لأطراف العقد، وعدم اشتراط التواجد المادي أو اقتضاء السفر من دولة إلى أخرى لإبرام العقد أو تنفيذه. وهذا كله يتطلب قواعد في كل دولة تكون مهمتها استبعاد القانون الأجنبي الذي يصطدم بالقيم الاقتصادية والسياسية والخلقية للدولة. فكيف نترك هذه القواعد التي تحكم التجارة الالكترونية دون ضوابط، وكيف نسمح لقانون أجنبي أن يحكم العقد الذي قد يبرم في ثوان معدودة بعد الدخول للموقع والإطلاع على الشروط من خلاله؟ وقد ينتهي الأمر عند إدخاله الرقم السريpassword للمتعاقد[101]، وتأكيده مرة أخرى ويتم تبادل الإيجاب والقبول وينعقد العقد.

وتؤدي قواعد النظام العام وظيفتها كقواعد آمرة في مجال التجارة الالكترونية التي تتم في عالم افتراضي، وقد تنفذ الكترونياً، لتأخذ تلك القواعد مكانها في المحافظة على حقوق المجتمع والمتعاملين في ذات الوقت.

وتقتضي مرونة وتطور فكرة النظام العام من وقت لآخر، أن يتم إعمالها حسب التطور الذي يلحق بالتجارة الالكترونية، سعياً نحو تحقيق العدالة في العلاقات الخاصة الدولية، واستبعاد القوانين الأجنبية التي تهدد مصالح المجتمع.

ثانياً – أثر فكرة النظام العام على حرية اختيار القانون الذي يحكم العقد الالكتروني:

قد يتضمن القانون الأجنبي الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً نصوصاً ضارة ومجحفة بمصالح أحد أطراف العقد، وبالتالي يضر بمصلحة المجتمع، مثل شرط الدفع بالذهب، أو بعض الشروط التي ترد في عقود الزواج

---

(101) راجع: د. حسام أسامة: المرجع السابق من ص 154 إلى ص 158.

التي تنظمها الشرائع الخاصة وتناقض مسألة قوامة الزواج، أو تلك التي تضر بمصالح الدولة الاقتصادية.... الخ.

وهذا الأمر يبدو واضحاً في عقود التجارة الالكترونية. فالنظام العام كما يحمي المسائل التي ينظمها القانون العام، فإنه يحمي المصالح الخاصة للأطراف في تعاقداتهم، وذلك باستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع القواعد الآمرة في دولة القاضي.

ويتبلور دور النظام العام هنا في حماية مصالح الطرف الضعييف في العقد الالكتروني[102]، وخاصة في عقود الـ B to C، أو التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً، وبحاجة إلى وجود قواعد قانونية تحقق مصالحه ومصلحة المجتمع في حفظ التوازن بين أطراف العقد.

ولئن كان لاختيار القانون الواجب التطبيق بالغ الأهمية في تحقيق مصالح التجارة الدولية والالكترونية، فإنه قد يبدو غير منطقي، حين يسعى كل طرف إلى تحقيق مصلحته على حساب الطرف الآخر باختيار قانون غير معروف له، وهذا ما يتسع المجال له في عقود الاستهلاك الالكترونية[103]، التي لا يستطيع المستهلك استيعاب كافة شروطها والآثار الناتجة عنها.

وتعمل قواعد النظام العام على إعادة التوازن بين الأطراف في العقد الالكتروني في مواجهة الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي، وهو

---

(102) راجع: د. سلطان عبدالله محمود: الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (12)، العدد (43)، 2010، ص 85 وما بعدها، خاصة ص 97.

L.A.KOTEICH: La Loi applicable…,Op.cit,p.78 et s.

(103) راجع:

A.AYAAD et A.BOABDLAH: Commerce électronique,obstacles et perspectives cas de la Tunisie.
http://www.menoireonline.com/0222/08/898/m_commerce_electroniqque-obsstacles-prespect….

التاجر أو المهني، على الطرف الضعيف وهو المستهلك. ويستغل التاجر حاجة المستهلك إلى اللجوء إلى التقنيات الحديثة في الانترنت والاتصالات ويفرض شروطه التي قد تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي التي ينتمي إليها، أو يقيم فيها المتعاقد مع الشركات أو المشروعات التجارية.

وتقف قواعد النظام العام حائلاً أمام تطبيق القانون الأجنبي الذي يتجاهل حقوق المستهلك[104]. لهذا يقتضي الأمر استبعاد القوانين الأجنبية التي تحرم المستهلك من الحماية المقررة له بنصوص قانون محل إقامته المعتادة[105].

وسنرى أن هذه النصوص تمثل الحد الأدنى للحماية في العقود المبرمة بواسطة مستهلكين، وذلك عند بيان موقف التشريعات من قانون الإرادة في عقود الاستهلاك الالكترونية.

وعلى القاضي عندما تعرض عليه منازعة تتعلق بأحد عقود الاستهلاك أن يبحث مضمون القانون الأجنبي للتأكد من مدى نيله من حقوق المستهلك من عدمه، وألا يكتفي بالبحث الظاهري في هذا القانون.

فالعقود الالكترونية، التي تبرم عبر الوسائط الالكترونية، وتكون متاحة ومطروحة أمام المتعاملين والمستخدمين للانترنت يجب أن يتم التعرف على شروطها ومدى توافقها أو تعارضها مع حماية المستهلك[106]. ولا تتعمد الشركات في كل الأحوال الإضرار بالمستهلك، بل تسعى إلى المحافظة على سمعتها التجارية، وتحاول جذب المستهلك مع وضع شروط قد تناسبه، وتطبيق

---

(104) راجع : د. صالح المنزلاوي: المرجع السابق، ص 309.

(105) أنظر لاحقاً ص 78 وما بعدها .

(106) راجع:

R.DUASO CALES: La détermination…,Op.cit,p.10.

تلك الواردة في قانونه الوطني أو قانون محل إقامته. لذلك يجب البحث جيداً في مضمون القانون الأجنبي قبل استبعاده وتطبيق قانون القاضي، والابقاءعلى شرط الاختيار عندما يأتي منسجماً ومتفقاً مع حماية المستهلك في العقود التي تبرم عبر الانترنت.

ومن المتصور أن يؤدي تطبيق الدفع بالنظام العام إلى النيل من حماية المستهلك، إذا لم يتم بحث مضمون القانون الأجنبي، ومعرفة آثار تطبيقه. وهو ما يؤدي في هذه الحالة إلى تهديد مصالح الطرف الضعيف في العقد[107]، باستبعاد القانون الذي اختاره الأطراف.

والخلاصة: أن الدفع بالنظام العام يهدف إلى حماية النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي في الدولة. وفي سبيل حمايته للقيم الأساسية والخلقية في المجتمع، فإنه يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي الذي يتناقض مع المصالح الحيوية والضرورية في الدولة. ومن تلك المصالح، مصلحة المستهلك في العقد الدولي في تطبيق القانون الذي يضمن حمايته كطرف ضعيف في العلاقة العقدية. وعلى وجه الخصوص إذا كان التعاقد عبر الانترنت، أو تقنيات الاتصال الحديثة.

وعلى ذلك، يجب استبعاد القانون المختار صراحة أو ضمناً بموجب قواعد النظام العام، حال انتقاصه من حماية المستهلك الذي يتعاقد الكترونياً. والعكس، الابقاء على هذا القانون عندما يقدم الحماية الكافية له، حرصاً على عدم إعاقة مصالح التجارة الدولية والتجارة الالكترونية في ذات الوقت.

---

(107) راجع:

P.MAYER: La protection de la partie faible en droit international privé *in* collection: la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Paris,L.G.D.J.1996,p.513 et s,spéc.p.5.

المبحث الثالث

دور التشريعات في حماية المستهلك الالكتروني

تمهيد وتقسيم:

تبلغ الحماية المقررة للمستهلك في العقود الإلكترونية ذروتها عندما تقررها نصوص تشريعية صريحة تواجه مبدأ الحرية المطلقة لأطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق. إذ يعد ذلك الضمانة الحقيقية للطرف الضعيف في العقد الالكتروني الدولي.

ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول موقف التشريعات الوطنية، وفي الثاني الاتفاقيات الدولية، أما المطلب الثالث فنخصصه للتوجهات الأوروبية وموقفها من حماية المستهلك في العقود المبرمة عبر الانترنت.

المطلب الأول

التشريعات الوطنية

نظراً لحداثة التجارة الالكترونية، وندرة القواعد التي تنظم مسألة القانون الذي يحكم العقد الالكتروني، فإنه يتحتم هنا تطبيق القواعد العامة في العقود، وفي مجال عقود الـ B to C تطبق القواعد الخاصة بحماية المستهلك التقليدي، ما لم توجد قواعد خاصة فتكون أولى بالتطبيق في هذا الصدد.

ويتضح لنا ذلك من دراسة موقف القانون المصري والقوانين المقارنة على النحو التالي:

أولاً – موقف القانون المصري:

أصدر المشرع المصري القانون رقم 67 لسنة 2006 بشأن حماية المستهلك. وتضمن هذا القانون بعض القواعد التي تحمي المستهلك في علاقته مع التجار أو الموردين ، وتطبق هذه القواعد على كافة العقود المبرمة مع المستهلكين، سواء كانت عقود تقليدية أو الكترونية. وإن لم يتضمن هذا القانون قواعد خاصة بالاسناد في مجال العقود ذات الطابع الدولي. وإن كان ذلك قد أصبح أمراً بالغ الأهمية، إلا أن الغريب في الأمر أن المشرع المصري لم يصدر قانوناً مستقلاً ينظم العلاقات الخاصة الدولية واكتفى بالقواعد الخاصة بتنازع القوانين ضمن القانون المدني، وتلك المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي ضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وقد عرف هذا القانون المستهلك في مادته الأولى بأنه " كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لاشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص" . وبالتالي يمكن تعريف المستهلك الالكتروني في ضوء هذا النص بأنه كل شخص يتم التعاقد معه عبر الوسائط الالكترونية من أجل اشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو المنزلية، بعيداً عن أي أنشطة مهنية تهدف إلى الربح.

وفي إشارة إلى المعاملات الالكترونية للمستهلك نصت المادة الرابعة على ضرورة وضع المورد على جميع المراسلات والمستندات الالكترونية التي تصدر عنه في تعامله أو تعاقده مع المستهلك – بما في ذلك المحررات والمستندات الالكترونية– البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته، وخاصة بيانات قيده في السجل الخاص بنشاطه وعلامته التجارية إن وجدت. فهذه المادة تمثل حماية خاصة للمستهلك الذي يتعاقد بطريقة الكترونية بالزام المورد بوضع البيانات الخاصة على موقعه.

أما الحماية الخاصة للمستهلك في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة فقد تبلورت في المادة العاشرة التي نصت على أنه "يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إن كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون".

وبذلك جعلت هذه المادة من نصوص قانون حماية المستهلك الحد الأدنى للحماية في العلاقات التعاقدية. ويتم استبعاد أي شرط ينتقص من هذه الحماية، أو يؤدي إلى تطبيق قانون ينتج عنه إعفاء التاجر من التزاماته الواردة في القانون المصري لحماية المستهلك. وبهذا يستبعد اختيار القانون الواجب التطبيق إذا أدى إلى النيل من حماية المستهلك، والنصوص المقررة لحمايته تقف حائلاً أمام تطبيق أي قانون يهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق مصالح الشركات والمشروعات التجارية. ففي رأينا أن هذا النص يعد نصاً خاصاً، يقيد ما ورد في نص المادة 19 من القانون المدني، ويستبعد بموجبه هذا الاختيار للقانون الذي يحكم عقد الاستهلاك إذا كان ضاراً بحماية المستهلك.

كذلك يحقق هذا النص، مع نص المادة الرابعة التكامل في مجال عقود الاستهلاك الالكترونية في الحد من حرية التاجر أو المورد في فرض شروط تعسفية على المستهلك.

ثانياً – التشريعات المقارنة:

ورد النص على حماية المستهلك في العديد من التشريعات الوطنية الحديثة التي أفرزتها المتغيرات التي تحدث في مجال التجارة الدولية، وظهور التجارة الالكترونية، نتيجة لاتساع رقعة التعامل على شبكة الانترنت في المعاملات المدنية والتجارية، ونذكر هنا بعض التشريعات على سبيل المثال.

ففي المغرب: صدر القانون رقم 31/8 في 18 فبراير 2011 والخاص بحماية المستهلك[108]. وعرفت المادة الأولى منه المستهلك بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية احتياجاته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي". ونصت المادة الخامسة عشر منه على أنه "يعتبر شرطاً تعسفياً كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك". فإذا أدى شرط اختيار القانون الواجب التطبيق إلى فقدان التوازن في العقد لصالح التاجر، فإنه يجب استبعاده باعتباره شرطاً تعسفياً، تطبيقاً لهذا النص.

بيد أن هذا القانون تميز بوجود نصوص خاصة بالعقود المبرمة عن بعد، أو عن طريق الانترنت في الباب الثاني منه، حيث تناولت المادة (25) منه مفهوم هذه العقود، وعرضت المادة (26) لمجال تطبيق أحكام هذا الباب على كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاط عن بعد أو يقترح بواسطة الكترونية توريد منتج أو تقديم خدمة للمستهلك، كما تطبق هذه المقتضيات على كل عقد ينتج عن هذه العملية بين مستهلك ومورد باستخدام تقنيات الاتصال عن بعد.

وبالتالي يستفيد المستهلك الالكتروني من كافة النصوص الواردة في الباب الخاص بالتعاقدات الالكترونية، مثل المعلومات الخاصة بالسلعة أو الخدمة (م 32) وعدم اعتبار سكوته قبولاً (م33) وحق الرجوع في التعاقد خلال سبعة أيام من تاريخ إبرامه للعقد وقبوله له عبر الوسائل الالكترونية. وبالتالي لا يجوز أن يؤدي شرط اختيار القانون الواجب التطبيق إلى حرمان المستهلك

---

(108) نصوص هذا القانون منشورة على الموقع الالكتروني:
.http://www.omanlegal.net/vb/showrhead.php?t=6977

من الحماية المقررة بنصوص هذا القانون، وخاصة في تلك العقود التي تبرم باستخدام تقنيات الاتصال الحديثة.

وفي البحرين: صدر قانون حماية المستهلك رقم 35 لسنة 2012 في 12 يوليو 2012. وتناولت المادة الأولى منه تعريف المستهلك بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد لاشباع احتياجاته الشخصية والعائلية. ثم عرضت المادة الرابعة لضرورة تزويد المستهلك في المحررات والمستندات الالكترونية بالبيانات التي من شأنها تحديد شخصية التاجر أو المورد. أما المادة العاشرة فقد اعتبرت كل شرط يؤديي إلى إعفاء التاجر تجاه المستهلك من التزاماته المحددة بهذا القانون من الشروط الباطلة. ويتقرر ما أوردناه بشأن القانون المغربي على القانون البحريني أيضاً في شأن اختيار قانون يحرم المستهلك من الحماية المحددة بالقانون البحريني. فيستبعد هذا الشرط، بل أنه يكون معرضاً للبطلان، حسب نص المادة العاشرة من القانون المذكور.

وفي سويسرا: وعلى صعيد العلاقات الخاصة الدولية، نذكر المادة 2/120 من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987[109]، والتي استبعدت صراحة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق في العقود المبرمة بواسطة مستهلكين[110]. فإذا اختار أطراف العقد قانون آخر غير القانون السويسري يستبعد قانون الإرادة ليطبق هذا القانون. ونتقيد هنا حرية الاختيار في العقود الالكترونية التي تبرم بين تجار ومستهلكين B to C،

---

(109) نصوص هذا القانون منشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص (Rev.crit) 1988، ص 409 وما بعدها.

(110) تنص المادة 2/120 من هذا القانون على أن:

" L'élection du droit est exclue".

خاصة وأن هذا القانون أشار إلى هذه العقود، كما سنرى لاحقاً عند دراسة الاختصاص القضائي الدولي[111].

وفي الكيبك: تنص المادة 3117 من القانوني المدني لمقاطعة الكيبك الصادر عام 1994[112] على أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن يحرم المستهلك من الحماية المقررة بنصوص قانون محل إقامته المعتادة، إذا كان العقد قد سبقه عرض خاص أو دعاية في هذه الدولة، أو أتم المستهلك الإجراءات الضرورية لابرام العقد في هذه الدولة[113].

واللافت لانتباه هنا أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يستبعد لصالح قانون دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك، وبالتحديد لصالح النصوص الآمرة التي تحمي الأخير، وذلك عند تلقي الطلب أو الدعاية في هذه الدولة.

وإذا نظرنا إلى فكرة الدعاية الموجهة إلى المستهلك نجد أن ذلك يحدث بصورة واضحة في العقود الالكترونية، حيث يوجه التاجر أو المشروع من خلال موقعه الالكتروني جميع أنواع الدعاية التي تجدب مستخدم الانترنت وتدفعه للتعاقد، بالنظر إلى العروض المغرية، والتسهيلات التي يقدمها التاجر،

---

(111) أنظر لاحقاً ص 103 .

(112) نصوص هذا القانون منشورة على الموقع الالكتروني التالي:
.http://www.ccq.lexum.org/ccq/section-do?lang=fr&article

(113) ورد النص الفرنسي لهذه المادة على النحو التالي:

"Le choix par les parties de la loi applicable aux contrats de la consomation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection qui assurent les dispositions impératives de la loi de l'Etat ou il a sa résidence si la conclusion du contrat à été précède dans ce lieu, d'un offre spécial ou d'une publicité et que les actes nécessaire à sa conclusion y ont élé accomplis par le consommateur,ou encore,si la commande de ce dernier y a été reçu".

والتي يتم توجيهها حتى عبر الرسائل الالكترونية le couraiere électronique[114] لشخص أو عدة أشخاص في محال إقامتهم.

ويؤكد لنا هذا العرض الموجز لبعض التشريعات التي أشرنا إليها أنها حاولت التقليص من دور مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية التي تبرم عن طريق الانترنت، والتي يكون الطرف الآخر فيها هو المستهلك، أملاً في تحقيق التوازن بين طرفي العقد.

---

(114) راجع:

L.A.KOTEICHE: La loi applicable…,Op.cit,p.68.

المطلب الثاني

الاتفاقيات الدولية والتوجهات الأوروبية

تقسيم:

نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نوضح في الأول حدود مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاقيات الدولية، وفي الفرع الثاني موقف التوجهات الأوروبية من العقود المبرمة الكترونياً والتي تتم مع مستهلكين.

الفرع الأول

حدود مبدأ سلطان الإرادة

في الاتفاقيات الدولية

حرص المشرع الأوروبي على وضع قواعد خاصة بالعقود الدولية، وذلك من خلال اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي التي حل محلها تشريع روما 1 لعام 2008 [(115)]. لذلك نعرض لموقف هذا الأخير، حيث جاء لاحقاً على التطورات الحديثة في مجال التجارة الالكترونية، ويشمل العقود الدولية التي تبرم عبر الانترنت. وتناولت المادة السادسة منه العقود التي تتم بين المشروعات والمستهلكين أو عقود الـ B to C.

---

(115) أنظر سابقاً: ص 56 ، 57 .

1 – مضمون المادة السادسة من تشريع روما لعام 2008:

نصت المادة السادسة من تشريع روما 1 لعام 2008 في فقرتها الثانية بعد أن أوضحت مفهوم المستهلك في الفقرة الأولى[116] على أن العقد يكون محكوماً بقانون دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك، شريطة أن يكون المهني قد مارس أنشطته المهنية داخل دولة محل إقامة المستهلك، أو وجه أنشطته تجاه هذه الدولة، أو تجاه عدة دول من بينها دولة محل إقامة المستهلك، بكافة الوسائل.

وتأسيساً على ذلك يطبق قانون محل إقامة المستهلك على العقود الدولية التي يمارس فيها المهني نشاطه أو يوجهه إلى هذه الدولة بأي وسيلة متاحة له، ولا سيما استخدام كافة أنواع الدعاية والوسائل التي تحث المستهلك على التعاقد، مع الوضع في الاعتبار تسخير كافة التقنيات الحديثة في الاتصال، والانترنت، بحسبان أن ذلك يتصل بعلم المستهلك بسهولة ويسر وفي مسافة زمنية بسيطة. كما تقدم له الخدمة التي يسعى إليها بأيسر السبل، دون ادراك لخطورة الشروط التي تفرضها عليه الشركات والمشروعات.

أما الفقرة الثالثة من التشريع المذكور فقد حددت القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة في عقود المستهلكين الدولية، حيث اشترطت ألا يؤدي اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق إلى حرمان المستهلك من الحماية المقررة له بنصوص القانون الواجب تطبيقه في حالة عدم وجود اختيار من جانب الأطراف [117].

---

(116) أنظر سابقاً: ص 57 هامش رقم 88 .

(117) جاء النص الفرنسي للمادة 3/6 على النحو التالي:

"Le choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui

2 – حدود تطبيق المادة السادسة من تشريع روما:

لم تمنع المادة السادسة الأطراف في العقد من اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين، سواء كانت هذه العقود مبرمة بالطرق التقليدية، أو كانت عقوداً الكترونية. إلا أنها أوجبت تطبيق قانون محل إقامة المستهلك عند توافر شروط تطبيقه، وذلك في حالة عدم وجود اختيار للقانون الواجب التطبيق.

أما في حالة الاختيار من جانب الأطراف في عقد الاستهلاك، فإن ذلك يجب ألا يحرم المستهلك من الحماية الواردة في قانون محل إقامته. ويعد هذا القانون الأخير ممثلاً للحد الأدنى للحماية، والتي لا يجوز النيل منها بتطبيق قانون آخر يحقق مصالح التجار والموردين[118].

ولا شك أن بقاء مبدأ سلطان الإرادة، والاعتراف بدوره في تحديد القانون الواجب التطبيق يتفق مع المادة السادسة من تشريع روما 1 في الحالة التي يؤدي فيها إلى تطبيق قانون أكثر حماية للمستهلك من قانون محل إقامته المعتادة.

والمتأمل في تشريع روما يجد أنه يوفر حماية خاصة للمستهلك الذي يتعاقد عبر الانترنت، أياً كان المكان الذي يتصل فيه علمه بعلم المتعاقد الآخر، وأياً كان مكان أو موقع تبادل الايجاب والقبول باستخدام التقنيات الحديثة. فالمستهلك في النهاية له مكان إقامة محدد، ويحتمي بالنصوص الواردة في قانون محل إقامته.

---

aurait été applicable,en L'absence de ce choix,sur la base du paragraphe 1".

(118) راجع:

G.BUSSEUIL: Le choix de la loi…,Op.cit,p.419.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار حداثة هذا التشريع، نجد أن واضعوه لم يغب عنهم التقدم الحادث في مجال التجارة الالكترونية وما قد ينتج عنه من تعاقدات، ووجود بعض العقود التي تكون بحاجة إلى حماية أحد أطرافها. الأمر الذي أدى إلى إقرار نص المادة السادسة، وما تبعها من شروط خاصة للحد من دور الإرادة في تحديد قانون العقد.

فالتشريعات الأوروبية تعمل على إيجاد نظام قانوني مشترك يتبنى مصلحة الأفراد المقيمين على أقاليم المجموعة الأوروبية، وكذلك كافة العمليات الاقتصادية، وهو ما يستتبع مراعاة كافة المسائل ذات الصلة بالتجارة الالكترونية، خاصة عند النظر إلى الانترنت على أنه يعمل في مجال اللا قانون non droit [119]. فهذه النظرة – المخيفة – تتطلب تدخل الدول في هذا الشأن لبسط سيادتها، وإنزال حكم القانون على كافة المعاملات المدنية والتجارية، والتقليدية، أو التي تتم في الفضاء الالكتروني.

فإذا كان للأطراف في العقد الالكتروني، حرية اختيار القانون الذي يحكم العقد الذي يبرم أو ينفذ كلياً عبر الوسائل الالكترونية، أو يتم عن بعد دون تواجد مادي لهم [120]. فإن ذلك اقتضى تدخل المشرع الأوروبي ليضع حدوداً لهذا الاختيار، بما يحفظ مصالح الطرف الضعيف، وكذلك التوازن في العلاقات العقدية غير المتكافئة.

---

(119) راجع:

C.BUSSEUIL: Le choix de la loi…,Op.cit,p.417..

(120) راجع:

S.FRANCQ et F.JAULT: Les lois de police,une approche de droit compare, in collection: Le règlement communautaire "Rom1" et le choix de lois dans les contrats internationaux,Paris,Litec.,2011, p.357et ss, spéc.p.363et364.

ولم يقف تشريع روما فقط عند عقود الاستهلاك، بل تناول أيضاً عقد النقل في المادة الخامسة، وعقد التأمين في المادة السابعة، وعقد العمل في المادة الثامنة. وتضمنت نصوص هذه المواد حماية خاصة للناقل والعامل والمؤمن له على التوالي، بالنظر لعدم تكافؤ أطراف هذه العقود، وأنها بحاجة إلى حماية واجبة لأحد أطرافها.

ورغم تلازم مسألة تنظيم السوق مع ضرورة إتاحة الحرية اللازمة للأطراف في مجال المعاملات العقدية الالكترونية، إلا أن ذلك لا يمنع من وضع قواعد آمرة دولياً Réglementation internationalement impérativement تطبق أياً كان القانون المختار من جانب الأطراف. وذلك بغية تحقيق الانسجام والتناغم في مجال التجارة الالكترونية[121].

وتعد القواعد الآمرة التي تضمنتها المادة السادسة من تشريع روما 1 من قبيل قوانين البوليس التي تطبق لحماية المستهلك في مجال التجارة الالكترونية، أياً كان القانون الواجب التطبيق[122]، حتى ولو كان هذا الأخير ناتجاً عن اختيار الأطراف. وتعمل الغاية الحمائية للمستهلك على اعتبار القواعد الواردة في قانون محل إقامته ضرورية التطبيق، حال وجود اختيار يضر بمصلحة المستهلك.

فقوانين البوليس هي قوانين أساسية تعمل على حماية مصالح الدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، حسبما تقضي به المادة التاسعة من تشريع

---

(121) راجع:

- C.BUSSEUIL: Le choix de la loi…,Article précité,p.417.

(122) راجع:

- S.FRANCO et F.JAULT: Les lois de police,une approche de droit comparé, Article precité,p.363 et 364.

روما 1[123]. وتطبق على العقد أياً كان القانون الواجب التطبيق بموجب هذا التشريع.

وتتفق حماية المصالح العامة والأساسية للدولة مع حتمية تطبيق قوانين البوليس في عقود الاستهلاك الالكترونية (B to C) التي تنطوي على سيطرة واستئثار من جانب التاجر على كافة مجريات التعاقد، بما في ذلك اختيار القانون المناسب له ولمصلحة المشروعات الموجهة نحو المستهلك، والذي يقع ضحية التعاقد عبر الانترنت ووسائل الاتصال المختلفة، لحاجته الماسة والضرورية للسلع والخدمات التي تشبع حاجته، وتدفعه نحو القبول بكافة الشروط المفروضة عليه في العقد.

---

(123) جاء النص الفرنسي للمادة 1/9 من تشريع روما لعام 2008 على النحو التالي:

"une loi de police est une disposition impérative dont la respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, ou point d'un exiger L'application à toute situation entrent dans son champ d'application quelque que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présente règlement".

الفرع الثاني

التوجهات الأوروبية وحماية المستهلك الالكتروني

تقتضي دراسة دور التوجهات الأوروبية في تقييد إرادة الأطراف في مجال العقود الالكترونية أن نعرض للتوجيه الخاص بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد، والتوجيه الخاص بالتجارة الالكترونية.

أولاً – التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلكين:

تناول التوجيه الأوروبي رقم 97/7، الصادر في 20 مايو 1997[124] مسألة حماية المستهلك في العقود التي تبرم عن بعد contrats á distance. وجاء هذا التوجيه تتويجاً لجهود المشرع الأوروبي في حماية المستهلك، سواء على صعيد مجال تنازع القوانين، أو بإيجاد قواعد موضوعية حمائية واجبة التطبيق على العقود الدولية التي تخضع لقانون أجنبي عن المجموعة الأوروبية[125].

والمقصد من التوجيه المذكور حددته المادة الأولى منه وهو سن تشريع خاص للدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية يتعلق بالعقود التي تبرم بين المستهلكين والموردين أو المهنيين، وتتم عن بعد. وعرف التوجيه هذه العقود بأنها تلك التي تتعلق ببيع أو أداء خدمات عن بعد، وتدار بواسطة المهني الذي يستخدم تقنيات الكترونية لإبرام العقود (م 1/2). وكما أوضحنا سابقاً عرضت المادة 2/2 لمفهوم المستهلك، بينما حددت الفقرة الثالثة مفهوم المورد أو المهني. أما الفقرة الرابعة من ذات المادة فقد فسرت المقصود بتقنيات

---

(124) أنظر سابقاً ، ص 58 هامش 86 .

(125) راجع:

C.CALABRESI:Le droit applicable…,Op.cit,p.24.

الاتصال عن بعد، والتي تؤدي إلى إبرام العقد دون التواجد المادي للمورد والمستهلك. وورد بالفقرة الخامسة المقصود بمدير عمليات الاتصال cyberateur de technique de communication ، وهو كل شخص طبيعي أو معنوي – عام أو خاص – يضع المورد أو المهني تحت تصرفه أحد أو عدة تقنيات عن بعد. وذلك لإمكان التعاقد مع المستهلك، دون حضوره أو دون تواجده المادي.

وتشترط المادة الرابعة من هذا التوجيه توفير المعلومات السابقة على التعاقد[126]. وهو ما يدخل في إطار الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات، حيث نصت هذه المادة على ضرورة إعلام المستهلك بهوية المورد وعنوانه والخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة. وكذلك تكلفة الخدمة الالكترونية التي تقدم له، خاصة عندما يتم احتساب الخدمة التي تقدم عبر الوسائط الالكترونية بطريقة أخرى غير تلك التي تحتسب على أساسها عادة. ومدة صلاحية العرض أو الثمن. كما أوجبت المادة الخامسة ضرورة كتابة المعلومات للمستهلك، بالنظر إلى أن المعلومات المكتوبة informations écrit تؤدي إلى إحاطته بكافة البيانات، وإلى تنوير رضائه، مما يحقق في النهاية الحماية الفعالة له.

ولم يغب عن هذا التوجيه حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد في مواجهة حرية الاختيار. وذلك تطبيقاً للمادة الرابعة عشر التي ألزمت الدول الأعضاء أن تتبنى وتحتفظ بالحد الأدنى للحماية الواجبة للمستهلك عن طريق النصوص التي تضمن تقرير الحماية المحددة بنصوص هذا التوجيه، حتى ولو اقتضى الأمر منع التجارة في بعض السلع أو الخدمات على إقليم الدولة

---

(126) راجع:

L.A.KOTEICH: La loi applicable…,Op.cit,p.96.

العضو في العقود التي تبرم عن بعد، وخاصة فيما يتعلق بتجارة الأدوية[127]. ولعل هذه المادة تقيد حرية اختيار الأطراف للقانون الذي ينتقص من الحماية المقررة للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد، بموجب هذا التوجيه.

وبتلك المثابة، ومراعاة لمصالح الدول الأعضاء، يستبعد اختيار الأطراف للقانون إذا كان من شأنه إهدار الحماية المقررة للمستهلك في العقود الالكترونية، والأخذ في الحسبان أن نصوص هذا التوجيه تمثل الحد الأدنى للحماية المطلوبة.

وبالإشارة إلى المادة السادسة عشر من هذا التوجيه، والخاصة بإعلام المستهلك الذي يتعاقد عن بعد، نجد أنها ألزمت الدول الأعضاء أن تأخذ بالمعايير الضرورية المناسبة لإعلام المستهلك بنقل نصوص التوجيه إلى التشريعات الوطنية. ويزاد على ذلك إلزام المنظمات المهنية أيضاً بإعلام المستهلك، وبيان حقوقه عند الاقتضاء[128]، ليصبح هذا التوجيه تشريعاً ملزماً لكافة الدول الأعضاء في المجموعة الأوربية.

ولامراء في أن هذا التوجيه قيد من حرية الشركات والمشروعات في اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود الـ B to C، والتي يتم إبرامها عبر الانترنت، أو عن طريق وسائل الاتصال عن بعد. والتي يسعى المستهلك إلى الحصول على السلعة والخدمة من خلالها، بالموافقة على كل الشروط التي

---

(127) ورد النص الفرنسي للمادة (14) على النحو التالي:

"Les Etats membres pouvant adopter ou maintenir,dans le domaine régi par le présente directive, des dispositions plus strictes compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur. Ces disposition comprennent,le cas échéant, l'interdiction, pour des raisons d' intérêt générale, de la commercialisation sur le territoire par voi de contrats à distance de certains biens ou services, notamment des médicament dans le respect du traité".

(128) أنظر سابقاً : ص 59 .

تظهر على شاشته والمرسلة إليه من المورد أو التاجر، وذلك بالضغط على زر القبول، دون تقدير للنتائج المترتبة على تطبيق قانون أجنبي معين على العقد. وتدخل المشرع الأوروبي هدفه حماية رضاء المستهلك، والحد من الحرية التعاقدية في عقود الاستهلاك.

ثانياً- التوجيه الأوروبي للتجارة الالكترونية:

تناول التوجيه الأوروبي رقم 31 لسنة 2000، والسابق الإشارة إليه[129]، بعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات، وخاصة التجارة الالكترونية في السوق الأوروبية المشتركة.

وبلورت المادة الأولى من هذا التوجيه الموضوع الأساسي فيه وهو توظيف السوق الأوروبية للمساهمة في حرية انتقال خدمات شركات المعلومات بين الدول الأعضاء. وشملت نصوص التوجيه نصوصاً خاصة بنقله إلى التشريعات الوطنية للتطبيق على خدمات شركات المعلومات والمؤسسات التي تؤدي خدمات تقنيات الاتصال عن بعد والعقود التي تبرم الكترونياً ومسئولية الوسطاء responsabilité d'intermédiares. وكذلك اللجوء للقضاء والتعاون بين الدول في مجال التجارة الالكترونية.

وفي سياق تقييد حرية الأطراف في عقود الاستهلاك الالكترونية أكدت المادة الأولى على أنه، وبالرغم من أن هدف هذا التوجيه هو إقرار حرية انتقال خدمات شركات المعلومات، فإن ذلك يجب ألا ينال من الحماية المقررة للمستهلك بالنصوص الوطنية، وخاصة في مجال الصحة العامة والمصالح

---

(129) **راجع**:

C.RETONZ:Quelques réflexions sur la loi applicable à la vente au consommateur,p.7.

منشور على الموقع الالكتروني التالي:

.http://www.celog.fr/expertisas/1998/som598/commeerce0598.htm

الأساسية للمستهلك. ومع ذلك نصت الفقرة الرابعة من ذات المادة على أن هذا التوجيه لا ينشئ قواعد إضافية في مجال القانون الدولي الخاص، ولا يشمل الاختصاص القضائي الدولي[130]. ويرى البعض[131] أن هذا التوجيه لا يتعارض، رغم ذلك، مع النصوص الواردة في تشريعات الدول الأعضاء لحماية المستهلك في العلاقات الخاصة الدولية ذات الطابع الدولي، ومنها التعاقدات التي تتم الكترونياً. ونتفق مع هذا الرأي، بالنظر إلى التلازم بين المعاملات الالكترونية والطبيعة الدولية للعقد، وكذلك نص التوجيه على مراعاة المصالح الأساسية للمستهلك.

فإذا رجعنا إلى حماية المستهلك في مجال العقود التي تبرم باستخدام برامج الحاسوب والوسائل الالكترونية الأخرى، وذلك في مواجهة مبدأ حرية الاختيار، فإننا نجد ترجمة واضحة لذلك في نص المادة 3/10 من التوجيه حين نصت على أن الشروط التعاقدية والشروط العامة التي توضع من قبل مؤدي الخدمة يجب أن ترد بطريقة تسمح بإمكان حفظها أو نسخها" . لذلك يلزم في البرنامج الذي يتم طرحه من قبل مؤدي خدمات المعلومات أن يسمح بإمكان نسخ الشروط، دون وضع حماية أو عوائق تمنع نسخه أو طباعة تلك الشروط. فإذا ورد شرط تحديد القانون الواجب التطبيق غير واضح، وغير مفهوم، ولم يستطع المستهلك نسخه أو طباعته للتأكد منه ومعرفة مضمونه وآثاره، فلا ريب أن ذلك يجعله متناقضاً مع نص المادة 3/10 من التوجيه،

---

(130) **ورد نص هذه الفقرة على النحو التالي:**

"La présente directive n'établit pas des règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions".

(131) **راجع:**

T.VERBIEST: La directive Européenne sur la commerce électronique.

منشور على الموقع الالكتروني التالي:

.http://www.juriseam.net/pro/2/ce2000615.htm

وبالتالي لا يلزم هذا الشرط المستهلك. وهنا يتأكد دور هذا التوجيه في تقييد حرية الأطراف في عقود التجارة الالكترونية التي يكون المستهلك طرفاً فيها.

والخلاصة: أن نصوص تشريع روما 1 لعام 2008 ونصوص التوجهات الأوروبية في مجال التعاقد عن بعد والتجارة الالكترونية اقتضت الأخذ بالمعايير الضرورية اللازمة التي تعمل على عدم حرمان المستهلك، والذي يستخدم الانترنت في إبرام العقود، من الحماية المقررة له في قانون محل إقامته، عندما يتم اختيار قانون دولة غير عضو في المجموعة الأوروبية ليحكم العقد. وأن على الدول الأعضاء أن تتخذ التدابير اللازمة لحماية المستهلك الالكتروني، وضمان الحد الأدنى للحماية له.

وليس شرط اختيار القانون الواجب التطبيق دائماً ضاراً بالمستهلك في العقود الالكترونية، وإنما يجب أن يحاط بالضمانات الكافية ، حتى لا ينال من مصلحته . ولا تثريب على هذا الشرط إذا أدى إلى تطبيق قانون يوفر حماية أفضل له من الحماية التي يقررها قانونه الوطني، أو قانون الدولة التي يقيم على أرضها.

الفصل الثالث

الاختصاص القضائي وحرية الاختيار في العقود الإلكترونية

الفصل الثالث

الاختصاص القضائي وحرية الاختيار

في العقود الالكترونية

تمهيد وتقسيم:

إذا كان للأطراف في العقد الدولي الدور الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، فإنهم قد يتنبهون أيضاً إلى مسألة الاختصاص القضائي الدولي. وبالتالي يسعى هؤلاء إلى تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات التي قد تنشأ عن العقد مستقبلاً.

وتبين قواعد الاختصاص القضائي الدولي ما يتعلق بولاية محاكم الدولة في المنازعات ذات العنصر الأجنبي، أما المنازعات الداخلية فتنظمها قواعد الاختصاص الداخلي[132].

وبعد أن عرضنا لدولية العقود التي تبرم الكترونياً، وأكدنا على تضمن هذه العقود للعنصر الأجنبي، فإن مسألة الاختصاص القضائي تصبح بحاجة إلى الدراسة في مجال العقود التي تبرم عن بعد، أو عبر وسائل الاتصال الحديثة، ذلك أن المتعاملين عبر هذه الوسائل بحاجة إلى قواعد قانونية تنظم تعاملاتهم، وقضاء يطبق هذه القواعد ليضع كل حق في نصابه[133]. ويجب

---

(132) راجع: د.هشام صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 5.

(133) راجع: د. جمال الكردي: مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية...، المرجع السابق، ص 11.

البحث في هذا الشأن عن القضاء المختص بتلك المنازعات التي تتم في الفضاء الالكتروني.

وإذا كان دور الإرادة في تحديد المحكمة المختصة قد ارتفع صوته في العصر الحديث في مجال العلاقات الخاصة الدولية، فإنه – من باب أولى – تنامي هذا الدور وإزداد أثره في العقود التي تبرم عبر الانترنت.

وبصدد دراستنا لعقود التجارة الالكترونية، رأينا أن هذه العقود إما أن تتم بين الشركات والمشروعات أو التجار والموردين، وإما أن تكون بين هؤلاء والمستهلكين. لذلك يقتضي الأمر العرض للاختصاص الإرادي المبني على اختيار الأطراف للمحكمة المختصة في العقود الالكترونية بصفة عامة، والقيود الواردة على حرية اختيار أطراف العقد للمحكمة المختصة في عقود الاستهلاك الالكترونية.

ونقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الاختصاص الإرادي في العقود الالكترونية.

المبحث الثاني: القيود الواردة على إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة في عقود الاستهلاك.

المبحث الأول

الاختصاص الإرادي في العقود الإلكترونية

تقسيم:

نعرض في هذا المبحث موقف الفقه من إرادة الأطراف ودورها في تحديد المحكمة المختصة ومنح الاختصاص لقضاء دولة معينة، وموقف التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية من ذلك.

أولاً – موقف الفقه:

عارض الفقه في البداية، وحتى الثلث الأخير من القرن العشرين لمبدأ حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة، باعتبار ذلك متعارضاً مع مبدأ سيادة الدولة، كما يتنافى أيضاً مع ترك مرفق القضاء بيد الأفراد لتحريك القضاء حسبما يشاءون، لاختيار محكمة أي لدولة لعقد الاختصاص لقضاتها[134]. إذ أن الشروط المانحة للاختصاص clauses attributives de competence تمكن الأطراف من الحق في تقرير الاختصاص لمحكمة معينة أو نظام قضائي محدد[135]. ويؤدي ذلك إلى إطلاق حريتهم في تحريك القضية صوب المحكمة التي يريدونها، وتجاه الدولة المطلوب التقاضي أمام محاكمها دون قيد أو شرط. فتختفي حينئذ كل الضوابط، وتطلق يد الأفراد محررة من كل القيود، في الوقت الذي تتسع فيه دائرة العقود الدولية يوماً بعد يوم، مع كل تقدم يحدث في مجال الانتقال أو الاتصال.

---

(134) راجع: د. محمد الرويي: دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009، ص 15 وما بعدها.

(135) راجع:

F.MELIN : Droit international privé,conflit de juridiction,conflit de lois,Guliano éditeur,Paris 2002,p.56.

غير أنه ومع اتساع نطاق مبدأ سلطان الإرادة في مجال المعاملات الخاصة الدولية، لم يعد هناك بداً من إقرار مبدأ حرية اختيار المحكمة المختصة، أسوة بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق.

ففي نطاق المعاملات المدنية والتجارية يتسع الدور الذي تلعبه إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة[136]. وبالتالي يمتد ويتسع مبدأ سلطان الإرادة ليأخذ مكانه في منح القدرة للأفراد في اختيار محكمة دولة معينة لتفصل في المنازعات التي تحدث بينهم.

وحتى لا نخرج عن إطار البحث، فإننا سنحصر الأمر في فلك العقود الالكترونية، ومدى صلاحية الاختصاص الإرادي فيها.

فقد تبع التقدم العلمي والتكنولوجي في وسائل الاتصال الحديثة، والاقبال الشديد والمتنامي في استخدام الانترنت إلى الاتجاه نحو العقود الالكترونية، وحرصت الشركات والمشروعات إلى تضمين هذه العقود الشروط اللازمة لتنظيم كافة الجوانب القانونية المحيطة بالعلاقة العقدية، ومنها مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، وكذلك القضاء المختص. ولا يشترط بالضرورة التلازم بين القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة. فقد يختار أطراف العقد قانون دولة معينة ليحكم العقد، وقضاء دولة أخرى للفصل في المشكلات الناتجة عن التعاقد.

وبناءً على ذلك، يستطيع الأطراف في مجال التجارة الالكترونية E.commerce الاتفاق على منح الاختصاص لقضاء دولة معينة، شريطة

---

(136) **راجع :**

C.BRUNEAU: Droit judicaire Européen: les règles Européens de compétence en matière civile et commercial, règle. Cons. CE N°44/2001,22 déc.2000,JCP,N°11, 2001,1304,p.533 et ss, spéc,p.540

مراعاة الشروط الشكلية في شرط الاختيار، وأهمها أن يكون مكتوباً، أو شفاهة مع تأكيد كتابي له[137]. كما سيتضح لنا من موقف التشريعات والاتفاقية الدولية من شرط الاختصاص[138]. كما يلزم أن يكون معروفاً للأطراف عند إبرام العقد والتوقيع عليه.

ويأتي في ذات السياق ضرورة أن يكون شرط الاختيار واضحاً وظاهراً، ولا يظهر على موقع التاجر site de commerceront مبهماً وغير معروف فحواه وآثاره.

ويبرر إقرار اختيار الأطراف للمحكمة المختصة في العقود الالكترونية المحافظة على توقعاتهم المشروعة بتحقيق رغبتهم في اختيار المحكمة التي تفصل في النزاع في مجال الاختصاص القضائي الدولي.

ولا يكفي هنا مجرد ظهور الشرط على صفحة التاجر[139]، وإمكان صياغته أو نسخه، بل لا بد أن يكون واضحاً ومحدداً ومرقماً في بنود العقد، حتى يتاح للمتعاملين عبر شبكة الانترنت استيعاب كافة جوانبه القانونية، والآثار التي تترتب على إعماله. فكيف يتعاقد شخص غير مدرك بخطورة اللجوء إلى قضاء دولة أو أخرى ؟ فكما تقاس الأحكام القضائية بعدالتها، تقاس

---

(137)

"écrit ou verbalement avec confirmation écrit".

أنظر:

M.T.VERBIEST: Commerce électronique, loi applicable et juridiction compétence (un synthèse).

منشور على الموقع الالكتروني:

électronique-loi http://www.droit-tecnologie.org/actuality590/commerce applicable.

(138) أنظر لاحقاً ص 98 وما بعدها .

(139) راجع: د. جمال الكردي: المرجع السابق، ص 98 وما بعدها.

الدولة بنزاهة قضائها ودوره في إرساء الحق والعدل في المنازعات التي تطرح أمامه.

ولئن كانت مصلحة الأطراف في العقود الالكترونية قد أدت إلى ذيوعها وانتشارها، تيسيراً لمعاملاتهم، وترشيداً لنفقاتهم، والأمل في الحصول على جودة المنتج في أزهى صوره وأحدث تقنياته. فإن الأمر يقتضي التيسير على المتعاقدين في التقاضي. فلا يتعاقد التاجر أو المستهلك، إلا واضعاً نصب عينيه أن نزاعاً ما سيطرح أمام القضاء. وإتاحة حرية الاختيار للأطراف في تحديد المحكمة المختصة إنما يأتي تحقيقاً لمصلحة مشروعة[140]، بل وضرورية، مفادها أن مكان التقاضي يعبر عن رغبة المتعاقد وحرصه على المثول أمام محكمة بعينها، وفي الدولة التي يسعى للتقاضي أمام محاكمها.

وعندما يختار الأطراف محاكم دولة معينة للفصل في منازعاتهم، فإن هدفهم من ذلك هو اختيار القضاء الأصلح لهم في دولة يرون أن قضاؤها عادل، وتشهد أحكامه بذلك، وتتطور قوانينها وأحكامها، بعيداً عن سياستها الخارجية. فالواقع يشهد بوجود قوانين عادلة، وأحكام قضائية منصفة، بعيداً عن ممارسات الدول صانعة هذه القوانين، ومنتجة هذه الأحكام. فلا بد إذن أن نسمح للأطراف " باختيار القانون المتقدم والمتطور تجارياً، أي القانون الذي تكون نصوصه وقضاؤه مقبولاً لهم"[141]. فالبحث عن القضاء المحايد والعادل

---

(140) راجع: د.هشام صادق، ود.حفيظة الحداد: دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000، ص 70، د.حسام أسامة: المرجع السابق، ص 139.

(141) "…… elle choisiront le plus souvent un droit devloppé, stable et commercialement sohitiqué, c'est -à– dire un droit qui a fait ses prevues dont les textes et la jurisprudence sont accessible".

أنظر:=

حق لا يمكن إنكاره، أو التخلي عنه في مجال العلاقات الخاصة الدولية. وتتوطد ركائز هذا الحق، وتثبت دعائمه في عقود التجارة الالكترونية التي تعبر عن التطور والتقدم العلمي، ويواكب ذلك أيضاً القوانين المتطورة والقضاء العادل.

وإذا كان لفكرة السيادة، وحرص الدولة على الحد من سيطرة الأفراد على التحكم في مرفق القضاء أثرها في إنكار دور هؤلاء في اختيار المحكمة المختصة في علاقاتهم الدولية[142]، فإن هذه الفكرة تنحسر شيئاً فشيئاً في العصر الحديث. فعصر التكنولوجيا وتقدم وسائل الاتصال الحديثة جعل من فكرة السيادة وسيطرتها على مجال العلاقات الخاصة الدولية في مهب الريح، حين ازدهرت التجارة الالكترونية، وما تبعها من سرعة في إبرام العقود، دون تواجد مادي لأطرافها، الذين يستخدمون الانترنت عن طريق الكمبيوتر أو التليفون المحمول[143]، وكافة الوسائل السمعية والبصرية في إتمام التعاقد.

تعقيب: دافع الفقه عن دورالإرادة في مجال التجارة الالكترونية، وترسيخ ذلك بصورة أكبر في عقود التجارة الالكترونية، التي تتم في فضاء الكتروني. وعلل الفقه ذلك بأن هذا الوسط الالكتروني تتسع فيه الحرية الضرورية التي تتطلبها المصالح الاقتصادية والتجارية، وكذلك مصالح التجارة الدولية. لكي نصل في النهاية إلى إعلاء مبدأ الاختيار في مجال الاختصاص القضائي

=I.MICHOU: L`articulation en pratique entre la clause de choix de la loi applicable et la clause relative à la compétence international (clause attributive de juridiction ou clause de compromissoire): *in* collection: la règlement communautaire "Rome 1" précité,p.97 et ss, spéc.p.99.

(142) **راجع : د. محمد الروبي : المرجع السابق،ص15**

(143) **راجع : د. جمال الكردي: المرجع السابق،ص99**

- T.VERBIEST: commerce électronique…,article précité,p.1.

الدولي، ومنحه الأولوية على كافة الضوابط الأخرى في مجال العلاقات الخاصة الدولية.

ومهما يكن، فإن حرية الأطراف في العقود الالكترونية، حتى وإن كانت متلازمة مع التقدم العلمي والتكنولوجي في العصر الحديث، فإنه لا يجب مع ذلك أن تكون تلك الحرية في هذا المجال طليقة من كل قيد، فلئن ذابت الحدود في الفضاء الالكتروني، فلا يجب أن يؤدي ذلك إلى ذوبان النظام القانوني لكل دولة.

ولا بد من وضع حد فاصل، بين حرية اختيار الأطراف في عقود التجارة الالكترونية للمحكمة المختصة، وبين هيبة الدولة، وأهمية مرفق القضاء، وعدم تركه لأطراف العلاقة بدون ضوابط.

ومصالح أطراف العقد تتحقق باختيار القضاء الذي يثقون في هيبته ونزاهة أحكامه، ويتبع ذلك حفظ التوقعات المشروعة لهم. ومصلحة الدولة، واستقرار النظام القضائي الدولي في مجال العلاقات الخاصة الدولية تتطلب أن يكون اختيار الأطراف للمحكمة المختصة مبنياً على وجود رابطة وثيقة بين الاختيار والنزاع الذي يتم طرحه أمام قضاء دولية معينة. ويأتي ذلك من قبيل سد باب التحايل أمام الأطراف في العقود الالكترونية والموازنة بين مصالح الأطراف في العقود، ومصالح التجارة الدولية، ومصلحة الدولة التي يتم اختيار محاكمها للفصل في المنازعات.

ثانياً – موقف التشريعات:

1 – التشريعات الوطنية:

تبنت التشريعات الوطنية الدور المنوط بإرادة الأطراف في العقود الدولية باختيار المحكمة المختصة.

ففي مصر: تنص المادة (32) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أن " تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى، ولو لم تكن داخلة في اختصاصها، إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً.

والمتأمل في النص يجد أن الاختصاص القضائي ينعقد للمحاكم المصرية، حال اتفاق الأطراف على ذلك، سواء كان صريحاً أو ضمنياً. ويستفاد الاختيار الضمني من القرائن الدالة على ذلك، والتي يمكن التوصل إليها من خلال ظروف العقد وملابسات التعاقد، كما أشرنا إلى ذلك في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق(144).

وإذا كانت الإرادة تعمل هنا في الحالات التي تؤدي إلى عقد الاختصاص للمحاكم المصرية(145)، فإنه، وبمفهوم الموافقة يمكن للأطراف اختيار محكمة أخرى في دولة أخرى لطرح النزاع أمامها. ويؤكد ذلك إقرار المشرع المصري للإرادة الضمنية التي يجب البحث عنها، لمعرفة نية الأطراف في طرح النزاع أمام محاكم دولة معينة.

وبتطبيق ما ورد في القانون المصري على العقود الالكترونية نجد أنه يجب القياس في هذه العقود وإقرار حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة في عقود تبادل السلع والخدمات عبر الانترنت، أو عبر الفضاء الالكتروني بوجه عام. فدور الإرادة هنا لا يمكن إنكاره، وإن اختلفت وسيلة التعبير عنها، حيث يتم تبادل الإرادات عبر أجهزة الحاسوب، أو تقنيات الاتصال الحديثة. ففي التعاقد في المجال الالكتروني، وإدخال كلمة المرور

---

(144) **أنظر سابقاً، ص** 38 .

(145) **راجع: د.أحمد عبدالكريم سلامة: التنازع الدولي للقوانين، والمرافعات المدنية الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004، ص 96.**

password من أجل إتمام التعاقد، يدون على جهاز الحاسوب أو التليفون المحمول، وكافة الوسائل الأخرى، ويحفظ بها ما يدل على تعبير الأطراف عن إرادتهم.

إلا أن الأمر يقتضي وجود نصوص خاصة بعقود التجارة الالكترونية، تتناغم مع التقدم العلمي والتكنولوجي، وتنظم دور إرادة الأطراف، وتوضح حدودها في مجال الاختصاص القضائي الدولي. وطرح نصوص خاصة في إطار التجارة الالكترونية يتبعه التمييز بين دور الإرادة في العقود بين التجار أو بين التجار والمستهلكين. فاستخدام الانترنت في مصر، والتعاقد من خلاله، أصبح في تزايد مضطرد. ويجب تبعاً لذلك أن يساير القانون الظواهر الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وأن يتلازم مع التقدم التكنولوجي في المجتمع. ومن غير المقبول أن يكون القانون بمعزل عن المجتمع، ومشكلات الأفراد، وكيفية تدبير احتياجاتهم من السلع والخدمات عبر الانترنت.

كذلك فإن لنا وقفة هنا عندما تنتقل الإرادة الضمنية إلى المجال الالكتروني، في ظل عدم وجود نص خاص في هذا الشأن، وعقد الاختصاص بموجبها للمحاكم المصرية أو غيرها. فإذا كانت العقود الالكترونية ذات طبيعة دولية، فإنه يجب مع ذلك استبعاد فكرة التحديد الضمني للمحاكم المختصة في العقود الالكترونية، حيث يصعب تحديد مكان إبرامها، وتتم دون حضور مادي لأطرافها. وتتعرض المواقع الالكترونية للاختراق في كثير من الأحيان، مما يدعو إلى توخي الحذر في تعيين إرادة الأطراف. لهذا كله، قد يصعب الاستدلال على الإرادة الضمنية، ورغبة الأطراف في عقد النزاع لمحكمة معينة، إضافة إلى صعوبة استنتاجه من ظروف وملابسات التعاقد.

ويتلازم مع هذا أياً صعوبة البحث عن وجود رابطة بين النزاع والمحكمة التي ينعقد لها الاختصاص في عقود التجارة الالكترونية، وعند إقرار الاختيار

الضمني للمحكمة المختصة. ويشترط الفقه وجود هذه الرابطة للاعتداد بعقد الاختصاص لمحكمة دولة معينة[146]. كما يشترط ألا يكون اختيار الأطراف لاختصاص المحاكم منطوياً على غش[147]، أو تحايل. وتجعل هذه الشروط من الصعوبة بمكان مراقبة مسألة الاختيار الضمني، ودورها في تحديد ولاية المحاكم في عقود التجارة الالكترونية.

وفي فرنسا:

تنص المادة 48 من قانون المرافعات الفرنسي على أن " كل شرط يخالف مباشرة أو بطريقة غير مباشرة قواعد الاختصاص الاقليمي يعد باطلاً، إلا إذا تم الاتفاق عليه بين أشخاص لهم صفة التجار، شريطة أن يكون وارداً بشكل واضح محدداً لالتزام كل طرف في مواجهة خصمه الذي يحتج به عليه"[148].

وهذا النص أعطى للأطراف في العقد الحق في إقامة النزاع أمام قضاء الدولة التي يختارونها، ولو لم يكن قانونها مختصاً بحكم العقد. ولكنه قيد هذا الاختصاص القائم على إرادة الأطراف بأن يكون الشرط المانح للاختصاص قد تم الاتفاق عليه بين التجار، وأن يعلم المتعاقد بهذا الشرط عند إبرام العقد. وأن يكون الشرط واضحاً وظاهراً، حتى يعد صحيحاً من حيث الشكل.

---

(146) راجع :

د.فؤاد رياض، د.سامية راشد: الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، 1992، ص 376.

– د. جمال الكردي: المرجع السابق، ص 46 وما بعدها.

(147) **راجع: د. أحمد عبدالكريم سلامة: التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص 96.**

(148) Le clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrit à moins qu' il n' été convenue entre des personnes ayant toute contracté en qualité de commercant et qu' elle n' ait été spécifiée de façon très apparente dans l' engagement de la partie à qui elle est, opposé.

فإذا تخلف أي من هذه الشروط، فلا ينتج الشرط أثره، ويعتبر كأن لم يكن. أما في حال اجتماع تلك الشروط، فإنه ينتج آثاره، ويجعل للأطراف الحق في اختيار القضاء المختص، حسب القواعد المقررة في الاختصاص القضائي الدولي(149). كما يمكن استبعاد قضاء معين، حتى ولو كان هو المختص عادة، طالما سلمنا للأطراف بتحديد المحكمة المختصة بناء على إرادتهم. بيد أن الشرط الذي يرد في عقود الاستهلاك أو عقود الB to C لا يعتد به إذا كان المتعاقد مع التاجر مستهلكاً.

وقد عرفت المادة 14 من قانون التجارة الالكترونية الفرنسي لعام 2004 التجارة الالكترونية بأنها تلك التي تتم عن طريق نشاط اقتصادي activité économique يستطيع الشخص من خلاله أن يعرض، أو يحصل، عن بعد، بطريقة الكترونية على السلع والخدمات.

كما حددت تلك المادة مجال التجارة الالكترونية بالخدمات التي تتمثل في المعلومات الالكترونية عبر الانترنت، والاتصالات التجارية وأدوات البحث والدخول على المواقع accès et de récupérationn بطريقة رقمية والحصول على المعلومات. وذلك من أجل الحصول على السلعة أو الخدمة.

وما دعانا إلى العرض لتعريف التجارة الالكترونية في هذا الخصوص أن العقود الالكترونية تتميز بالطابع الدولي. لذلك يسمح قانون المرافعات الفرنسي لأطراف هذه العقود باختيار المحكمة، إذا أخذنا بعين الاعتبار أن هذه العقود تكون شروطها مكتوبة على الموقع الالكتروني للتاجر، ويتاح الـ accès أو نظام الخدمات والمعلومات للمتعاقد الآخر. ويلزم حينئذ أن تكون واضحة ومقروءة ويمكن نسخها وطباعتها. كما لا يعتد بها في عقود ال B to C أو عقود الاستهلاك الالكترونية.

---

(149) **راجع:**

B.AUDIT: Droit international privé, 2éd, Paris, Economica 1997, p.333.

وفـي سويسـرا: جـاء الاختصـاص المبنـي علـى إرادة الأطـراف ضـمن نصوص القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 [150]. ونصت المادة 1/5 منـه علـى أنـه " يجـوز فـي المعـاملات الماليـة أن ينفـق الأطـراف فـي المنازعة القائمة أو التي يمكن أن تنشأ مستقبلاً في علاقة قانونية معينة على تعيين محكمة أخرى للفصل في الدعوى. وتكون الاتفاقات كتابة أو في صورة برقيات أو رسائل متبادلة بين الأطراف، أو بالتلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال التي يمكن الرجوع إليها لاثبات النص".

فهـذا الـنص، بالإضـافة إلـى تمكينـه للأطـراف مـن اختيـار المحكمـة المختصة، أشار إلى العقود التي تتم عن بعد بواسطة البرقيات أو كافة الرسائل التـي يتم تبادلها عبر وسائل الاتصال المختلفة. كما جعل من هذه الوسائل مرجعاً لاثبات وجود شرط الاختصاص.

ورغم أن ظهور الانترنت كان لاحقاً على هذا القانون، إلا أن المشرع السويسري قد تنبه لتلك المسألة بإقرار الاختصاص القضائي وشرط تحديد المحكمة المختصة في العقود الالكترونية، أو التي تبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة، والتي يكون لها طابعاً دولياً. كما أنه اعتبر تبادل الإرادات عبر وسائل الاتصال دليلاً كتابياً على وجود الشرط وإثباته. فعلى حين اشترط كتابته في العقود التقليدية، إلا أنه اكتفى بتبادله عبر الرسائل التي تبث بكافة وسائل الاتصال، وهو ما يعد إقراراً لهذا الشرط في العقود التي تبرم عبر الانترنت.

---

(150) راجع ما سبق بشأن هذا القانون ص 75 هامش 109 .

وأنظر بشأن التعليق على نصوصه:

F.KNOEPHFLER: La nouvelle loi fédérale Suisse sur le droit international privé (parties générales : Rev.crit.1988,p.207 et ss.

وفي تونس: نصت المادة الخامسة من القانون الدولي الخاص التونسي لعام 1998[151] على اختصاص المحاكم التونسية بالفصل في المنازعة إذا كانت متعلقة بعقد نفذ أو كان يجب تنفيذه في تونس، وذلك ما لم يوجد شرط يمنح الاختصاص لمحكمة أجنبية[152].

بيد أن هذا الشرط المانح للاختصاص يجب أن يكون واضحاً وصريحاً حين يقرر الأطراف بموجبه إسناد النزاع إلى محكمة أو محاكم في دولة أخرى غير المحاكم التونسية. وبالتالي يتفق هذا الشرط بشكل واضح مع طبيعة العقود الالكترونية، وضرورة الاتفاق الصريح على تعيين المحكمة المختصة.

ونؤكد هنا على أن هذه النماذج من التشريعات التي عرضنا لها تأتي على سبيل المثال، لا الحصر. فقد تناولت العديد من القوانين لدور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي[153]، إلا أننا فصلنا لبعضها ، وخاصة لتلك التي اعتمدت للشرط المانح للاختصاص وشروط صحته، لتحديد مدى انطباقه في مجال العقود الإلكترونية.

ثالثاً – موقف الاتفاقيات الدولية من الاختصاص المبني على إرادة الأطراف:

يقتضي تحديد موقف الاتفاقيات الدولية من الاختصاص الإرادي أن نلقي الضوء على اتفاقية بروكسل لعام 1968، واتفاقية لاهاي لعام 2005.

---

(151) نصوص هذا القانوني منشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص (Rev.crit) لعام 1999، ص 382 وما بعدها.

(152) فبعد أن حددت الفقرة الأولى اختصاص المحاكم التونسية، جاء النص الفرنسي للفقرة الثانية على النحو التالي:

"Si l 'actions est relatives à un contrat exécuté ou doit être exécuté in Tunisie, sauf clause attributive de compétence en faveur d'un for étranger".

(153) راجع بشأن هذه التشريعات د. محمد الروبي: المرجع السابق، ص 52 وما بعدها.

1 – اتفاقية بروكسل لعام 1968 (المستبدلة بتشريع بروكسل لعام 2001):

تتعلق اتفاقية بروكسل لعام 1968 بالاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المجال المدني والتجاري[154]. وقد انضم لهذه الاتفاقية كل من انجلترا وايرلندا والدنمارك بموجب اتفاقية الانضمام عام 1978.

وتم استبدال هذه الاتفاقية بتشريع بروكسل رقم 2001/44[155]، والخاص أيضاً بالاختصاص القضائي الدولي والاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المعاملات المدنية والتجارية. ومع ذلك تظل اتفاقية بروكسل سارية في مجال الاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها بالنسبة للمحاكم والأقاليم التي تتبع بعض الدول الأوروبية وتقع خارج أوروبا[156].

وقد تناول الفصل الأول من تشريع بروكسل لمجال تطبيقه، وعرض الفصل الثاني منه للاختصاص القضائي، والثالث للاعتراف بالأحكام وتنفيذها، والرابع للعقود والتصرفات الرسمية والصلح القضائي، والخامس لنصوص عامة، والسادس للنصوص الانتقالية والوقتية والسابع لعلاقة هذا التشريع بالاتفاقيات والتشريعات الأخرى[157].

---

(154) يراجع بشأن اتفاقية بروكسل:

- G.A.L.DROZE :Compétence judiciaire de effet des jugements dans le marché commune, étude de la convention de Bruxelles et de Lugano,Paris,Dalloz1997

- H.GUDEMENT-TALLON: Les conventions de Bruxelles et de Lugano, 2'ed, Paris, L.G.D.J,1996.

(155) نصوص هذا التشريع منشورة في:

J.O.C.E,L12 du 16/1/2001,p.1et ss.

(156) راجع: د. محمد الروبي: المرجع السابق، ص 79.

(157) راجع في ذلك: =

وقد أكدت المادة 68 من التشريع – كما ذكرنا – على حلول هذا التشريع فيما بين الدول الأعضاء محل اتفاقية بروكسل لعام 1968، إلا فيما يخص الأقاليم التي تقع خارج الدول الأعضاء، حيث تبقى الاتفاقية سارية في نطاق الاختصاص القضائي الدولي والاعتراف بالأحكام وتنفيذها لمحاكم الدول التي تقع خارج أوروبا.

وقد جاء تشريع بروكسل متواكباً مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ومتفقاً مع التقدم التكنولوجي في العصر الحديث، وخاصة في مجال التجارة الالكترونية، ويؤكد هذا نص المادة الخامسة منه[158]، ويجعل ذلك للتشريع أهمية كبيرة في العقود التي تبرم عبر الانترنت، خاصة وأنه تلى

= **J-P.BERUDO: Compétence en matière international, du bon usage des règles de compétence spéciales des conventions de Bruxelles et de Lugano pour plaider chez soi, J.C.P,N°9, 2001,1299,p.417 et ss.**

(158) **ويبرهن على أهمية المادة الخامسة من تشريع بروكسل أنه نص على اختصاص محكمة مكان التنفيذ، وحدد مكان تنفيذ العقد الذي يتعلق ببيع البضائع بمكان تسليم البضاعة حسب نصوص العقد، كما عرض لعقود أداء الخدمات، وحدد مكان تنفيذها بالمكان الذي يلزم فيه أداء الخدمة. وبذلك يكون النص قد بين بصورة واضحة للاختصاص في عقود التجارة الالكترونية، حيث خص محكمة مكان التنفيذ بذلك، لما لهذا المكان من أهمية باعتباره نهاية المطاف في العقد الالكتروني. وقد جاء النص الفرنسي للمادة (1/5) على النحو التالي:**

"Une personne domiciliée sur le territoire d' un Etat membre peut être attraite dans un autre Etat membre.
1– a- en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu ou l'obligation qui sert de base à la demandé a été doit être exécutée.
b – au fins de l' application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d' exécution de l'obligation qui sert de base a la demande est:
- pour la vente de marchandises, le lieu d'Etat membre ou, en vertu de contrat, les marchandises ont été ou aurait du être livrées.
- pour la fourniture de service le lieu d' un Etat membre ou, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient du être fournis."

التطورات الحادثة في الانترنت والاتصالات والتقنيات الحديثة، وأدرك واضعوه ذلك.

وبالرجوع إلى دور الإرادة في تحديد المحكمة المختصة نجد أن المادة (23) من التشريع المذكور فصلت هذا الأمر، وحددت نطاق الإرادة، وكيفية الاتفاق على الشرط المانح للاختصاص. وتم صياغة هذه المادة على النحو التالي:

"إذا اتفق الأطراف، الذين يكون لأحدهم على الأقل موطن على إقليم دولة عضو، على محكمة أو محاكم دول عضو، بشأن خصومة قائمة أو لم تنشأ بعد، في علاقة قانونية معينة، فإن هذه المحكمة أو محاكم الدولة العضو تكون مختصة ويقر الاختصاص، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

وهذا الاتفاق المانح للاختصاص يشترط فيه أن يبرم:

أ – كتابة أو شفاهة مع تأكيد كتابي له.

ب – بشكل يتفق مع عادات الأطراف.

ج – في مجال التجارة الدولية، في الشكل الذي يتفق مع ما هو معروف للأطراف، أو المفترض أنه معروف لهم، والذي يكون منتظماً ومستقراً بين أطراف هذه العقود في المجال التجاري المعني".

2 – كل تعامل بالطريق الالكتروني يسمح بإثبات الاتفاق، ويجعله وارداً بشكل كتابي.

3 – عندما يكون الاتفاق مبرماً بواسطة أطراف ليس لهم موطن على إقليم أي دولة عضو، فإن محاكم الدول الأعضاء الأخرى لا يمكنها الاعتراف باختصاص المحكمة أو المحاكم التي اختارها الأطراف، طالما لم تعترف هذه الأخيرة باختصاصها".

وهكذا، فإن التشريع إذا أكد على اختصاص محاكم الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية، فإنه أقر الاختصاص المبني على إرادة الأطراف، وأعلى من شأن الشرط المانح للاختصاص[159].

بيد أن المادة (23)، وأسوة بالمادة (17) من اتفاقية بروكسل لعام 1968 اشترطت أن يكون الاتفاق مكتوباً، أو تم إبرامه شفاهة مع تأكيد كتابي[160]. ويتحقق ذلك بكتابته في ورقة مستقلة عن العقد، في العلاقات العقدية الدولية. وتمثل الكتابة شرطاً لصحة الاتفاق وإثباته[161].

وفي كل الأحوال يجب أن يكون لأحد الأطراف موطن أو محل إقامة على إقليم إحدى دول المجموعة الأوربية، أو الدول المتعاقدة بموجب هذا التشريع.

واللافت للانتباه أن تشريع بروكسل تجاوز المجال التقليدي للعقود الدولية، وتعداه إلى إقرار دور الإرادة في مجال التجارة الالكترونية، والعقود التي تبرم في الوسط الإلكتروني تبعاً لذلك.

ومما لاشك فيه أن هذا التشريع بمثابة نقلة نوعية في نطاق التجارة الالكترونية والمنازعات الناتجة عنها. إذ كان للتقدم العلمي والتكنولوجي، وما تلاه من تطور اجتماعي واقتصادي، التأثير البالغ على النظام القانوني

---

(159) **راجع:**

C.BRUNEAU: Droit judiciaire Européen…,article précité,p.540.

(160) **راجع في ذلك:**

- J.M.MOUSSERON, P.FEBRE et J.L.PIERR: Droit du commerce international, Paris, Litec.1997,N° 298.
- P.MAYER: Droit international privé, 6 éd., paris, Montchrstien, 1999, p.225.

(161) **راجع :**

- DELBH: Validité de la clause attributive de juridiction stipulé dans un contrat d'adhésion international, D.2010,doc.,p89.

الأوروبي. ولم يرض المشرع الأوروبي بديلاً عن ملاحقة تلك التطورات، وعدم الوقوف في نفق مظلم، بحثاً عن كل ما يضيء الطريق في النظام القانوني، ويتفق مع رقي المجتمع وازدهاره في العصر الحديث.

ومهما يكن، ومع إقرار دور الإرادة في اختيار المحكمة المختصة، ورغم الاتجاه إلى التوسع في ذلك في مجال العقود الالكترونية، إلا أننا نؤكد مجدداً على أن اشتراط الكتابة في هذا الشرط يجعل من الاختيار الصريح السبيل الوحيد في هذا النوع من العقود. ولا يوجد في تشريع بروكسل إشارة للإرادة الضمنية، وحتى عندما تناول الاتفاق على الاختصاص في المراسلات الالكترونية .و يرجع ذلك إلى طبيعة هذه المراسلات وكونها مكتوبة على مواقع الشركات والتجارة في العقود التي تتم من خلال الوسائط الالكترونية. ويمكن الاطلاع عليها وطبعها ونسخها وبثها عبر تقنيات الاتصال الحديثة.

2 – اتفاقية لاهاي لعام 2005[162]:

تتعلق هذه الاتفاقية باختيار القاضي élection de for. وتم إقرار النصوص النهائية لها في الدورة العشرين لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، والمنعقد في الفترة من 14–30 يونيو 2005.

وتطبق هذه الاتفاقية على المعاملات الدولية، والاتفاقات الحصرية لاختيار القاضي في المجالين المدني والتجاري. ولا تطبق على الأهلية القانونية للأشخاص المعنوية، والالتزامات بالنفقة أو المسائل الأخرى المتعلقة بالأسرة ونقل المسافرين والبضائع (فيما يخص اختيار المحكمة المختصة

---

(162) **نصوص هذه الاتفاقية منشورة على الموقع الالكتروني:**
conventions.texte8cid=98.http://www.hcc.net/index.fr.php?act

والقاضي). كما لا تشمل الاتفاقية في هذا الإطار عقود العمل، وعقود الاستهلاك[163].

وقد تناول الفصل الأول من الاتفاقية مجال تطبيقها، وعرض الثاني لمسائل الاختصاص ، والثالث للاعتراف بالأحكام وتنفيذها، والرابع لأحكام عامة.

وأهمية هذه الاتفاقية في مجال دراستنا تكمن في أنها تنصب على اختيار القاضي والمحكمة المختصة تبعاً لذلك. كما جاءت هذه الاتفاقية استجابة لمتطلبات التجارة الدولية وتشجيع الاستثمارات وحرية التداول التجاري عبر الحدود. وعبرت عن ذلك نصوصها في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، واختيار المحكمة التي تفصل في المنازعات بين الخصوم.

وما يهمنا هنا الإشارة إلى المادة الثالثة منها،و التي نصت على أنه في ضوء الاتفاقية الحالية:

أ – الاتفاق الحصري لاختيار القاضي يعني الاتفاق بين طرفين، أو عدة أطراف، حسب المقرر في الفقرة (ث) ويتم تحديده من أجل نزاعات قائمة أو نشأت بعد ذلك، بمناسبة علاقة قانونية معينة، لاختيار محاكم دولة متعاقدة. وسواء كانت محكمة واحدة أو عدة محاكم في هذه الدولة، واستبعاد اختصاص أي محكمة أخرى.

ب – الاتفاق الحصري على اختيار القاضي يجب إبرامه كتابة، أو:

---

(163) **راجع بشأن هذه الاتفاقية:**

T.HARTELY et M.DOGOUCH: Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for:Rapport explicatif de explanatory.

منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.hec.net/upload/exp137F.pdf.

بأي وسيلة أخرى للاتصال يمكن الرجوع إلى المعلومات المتعلقة بها لاحقاً[164].

ج – يعد الاتفاق الحصري لاختيار القاضي الوارد بالعقد منفصلاً عن شروطه، ولا يجوز المنازعة في صحته إذا كان العقد غير صحيح.

ولا جدال في أن هذا النص بمثابة إقرار واضح لمبدأ اختيار القاضي والمحكمة التي تفصل في النزاع لأطراف العلاقة الدولية، ومنحهم الحق أيضاً في استبعاد اختصاص محكمة أو محاكم معينة، دون النظر في مسألة وجود موطن من عدمه لأحد الأطراف على إقليم إحدى الدول المتعاقدة. فإذا كانت اتفاقية لاهاي تتفق مع اتفاقية بروكسل (المستبدلة بتشريع بروكسل لعام 2001) ومنسجمة معها فيما يخص الشرط المانح للاختصاص، إلا أن وجودها كان ضرورياً، خاصة بالنسبة للدول غير الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، والأطراف في اتفاقية لاهاي. فقد جعلت الأخيرة من اختيار القاضي مجالاً خصباً تتسع فيه الحرية التعاقدية في المعاملات المدنية والتجارية، وإن سمحت للدول بعدم الاعتراف بالأحكام أو تنفيذها عند تعارضها مع النظام العام أو حماية العاقد الضعيف.

---

(164) **ورد النص الفرنسي للفقرة (ب) من المادة الثالثة على النحو التالي:**

b) Un accord d' élection de for qui désigne les tribunaux d'un Etat contractant, ou plusieurs tribunaux particuliers d'un Etat contractant, est réputé exclusif, sauf si les parties sont convenu expressément du contraire.

- Par toute autre moyen de communication qui rend L'information accessible pour être consultée ultérieurement.

وقد أثرنا ذكر هذه الفقرة لاعتمادها لاتفاق اختيار القاضي الذي يتم عبر وسائل الاتصال، وبالتالي ينطبق على العقود التي تبرم عن طريق الانترنت.

ولم يتجاهل واضعو الاتفاقية التجارة الالكترونية، والعقود الالكترونية، حينما نصت الفقرة (ب) من المادة الثالثة على سريان الاتفاق الحصري لاختيار القاضي إذا تم عن طريق وسائل اتصال معينة يمكن من خلالها الرجوع إلى كافة المعلومات الخاصة بها. فلا شك هنا أنها تشير إلى الاتصالات عن بعد والرسائل التي يتم تخزينها على أجهزة الحاسوب والتليفونات المحمولة وغيرها من التقنيات الحديثة في نقل تكنولوجيا المعلومات. واعتبار ذلك دليل إثبات على اسناد الأطراف الاختصاص لمحكمة أو عدة محاكم في دولة معينة.

بيد أن شرط الاختصاص، والاختيار الحصري للقاضي في العقود التي تبرم عن طريق الانترنت، أو تبرم وتنفذ الكترونيا، لا يمكنه أن يرى النور ويدخل حيز التطبيق إذا كان هناك صعوبات في الإطلاع عليه. فهذا الشرط قد يرد بشأن خصومة قائمة أو لم تنشأ بعد. وعند وضعه أو اتاحته على الموقع للإطلاع عليه، أو إرساله عبر رسالة نصية يجب أن يكون واضحاً وظاهراً، ويمكن الرجوع إليه في أي وقت، طالما ظلت المنازعة قائمة. وعدم توافر هذه الشروط يجعله غير صحيح من حيث الشكل، كما قد يؤدي فيما بعد إلى منع تنفيذ الحكم.

فطبيعة المعاملات الالكترونية تفرض كتابتها وظهورها، ولا يكفي ذلك، بل يجب احترام الشروط الشكلية، وخاصة في الاتفاقات الإرادية. فإذا كان للكتابة الالكترونية ذات الحجية للكتابة الورقية[165]، فإنها يجب أن تخرج في الإطار الذي تنص عليه القوانين. فالأمر في مجال الاختصاص القضائي بالغ

---

(165)

"L'écrit sur support électronique à la même force sur support papier. راجع نص المادة 3/1316 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على المساواة في الحجية والاثبات بين الكتابة الورقية والكتابة الالكترونية.

الأهمية، لما يترتب عليه من عقد الاختصاص لمحكمة أو عدة محاكم في دولة، دون الأخرى.

والخلاصة: أن اتفاقية لاهاي لعام 2005 قد أحدثت تغيراً واضحاً في مفاهيم السيادة ومدى ارتباط تلك السيادة بالاختصاص القضائي، وحرص الدولة على عدم ترك مرفق القضاء للأفراد أو الشركات أو المشروعات. وسمحت الاتفاقية بالاختيار الحصري للقاضي، وتحديد المحكمة المختصة بواسطة الأطراف. ويتفق ذلك مع طبيعة العقود الالكترونية التي تتم في فضاء الكتروني، يتخطى كل الحدود الجغرافية.

فالمتغيرات الحديثة والتقدم العلمي والتكنولوجي وتشجيع الاستثمارات، والتبادل التجاري بين الدول. كل ذلك اقتضى اتاحة الحرية الممنهجة والمنظمة بقواعد قانونية تسمح بها وتبين حدودها. وبالتالي تتسع رقعة التجارة الدولية والتجارة الالكترونية تبعاً لذلك.

ويأتي إفساح المجال لاختيار القاضي، لبلورة هذه الأمور، حين يجد المتعاقد عن طريق الانترنت وباستخدام كافة التقنيات الحديثة، الحرية والإمكانية في اختيار القضاء، والمحكمة التي تفصل في النزاع. ويكون الطريق أمامه ممهداً ومضيئاً، ويمضي فيه ملماً بكافة الجوانب القانونية للعملية التعاقدية.

المبحث الثاني

القيود الواردة على إرادة الأطراف

في تحديد المحكمة المختصة في عقود الاستهلاك

تمهيد وتقسيم:

إذا كان الفقه قد انتصر لمبدأ حرية الاختيار للمحكمة المختصة في العلاقات الخاصة الدولية، وبخاصة في العقود الدولية، ومنها العقود الالكترونية، وأيدت ذلك التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، فإن الأمر محل نظر في مجال عقود التجارة الالكترونية التي تبرم بين التجار والمستهلكين، أو عقود الـ B to C.

فتلك العقود لها الغلبة، ويكثر التعامل بها في مجال التجارة الدولية، والمستهلك هو المستهدف في النهاية بالعروض التي يتم بثها عبر الانترنت والرسائل الالكترونية. وتوجه إليه السلعة أو الخدمة، وتحاصره المغريات وعوامل الجذب، أياً كان مكانه أو موطنه.

ومن المعروف أن علاقات من هذا النوع – كما عرضنا في الفصل الثاني– لا تكافؤ فيها. يختل ميزان القوى ويميل لصالح الشركات والمشروعات الكبيرة التي تكتسب صفة التاجر وتسعى جاهدة لتحقيق الأرباح وزيادتها يوماً بعد يوم، وساعة تلو الأخرى. وهي تستغل في ذلك سهولة التعاقد بالطريق الالكتروني، والوصول إلى المستهلك في ثوان معدودة. ويساهم في ذلك المعلومات التي يتم تخزينها على مواقع الشركات باستخدام أجهزة الحاسوب. وترسل الرسائل القصيرة، وتلك المتعلقة بتفاصيل العرض باستخدام المعلومات التي تصل إلى كل مستهلك وعلى بريده الالكتروني، وأرقام الهواتف المحمولة.

وعندما تسعى الشركات والمشروعات إلى تأمين نفسها ضد الخصومات التي تنشأ مستقبلاً، باختيار القانون الذي يحقق مصلحتها ويحمي نشاطها، فإنها تتنبه بدورها إلى مشكلة الاختصاص القضائي الدولي.

وبتلك المثابة، تسعى تلك الشركات والمشروعات التي تكتسب صفة التاجر إلى اختيار محكمة أو محاكم في دولة معينة لتقرر اختصاصها بالمنازعات التي تنتج في عقود التجارة الالكترونية. وهي في ذات الوقت تسعى إلى سد الباب أمام كافة الاحتمالات التي قد تحدث مستقبلاً، بما في ذلك إقصاء مسألة التحكيم، حيث تنص بعض القوانين على منع اللجوء للتحكيم في عقود الاستهلاك، وخاصة عن طريق مشارطة التحكيم التي تبرم بعد حدوث النزاع[166].

---

(166) **ونجد ذلك على سبيل المثال في المادة 1/11 من قانون مقاطعة الكيبك الخاص بحماية المستهلك والصادر في 11 يناير 2006، حيث منعت هذه المادة اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستهلاك عن طريق شرط التحكيم واعتبرت ذلك منافياً للعدالة، كما اقتضت تلك المادة أن يكون اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود بموجب مشارطة تحكيم، ذلك أن شرط التحكيم الذي يدرج في العقد يؤدي إلى فرض إرادة التاجر مسبقاً على المستهلك. إلا أن المشارطة – كونها تأتي لاحقة على النزاع – تتضمن تفاصيل كثيرة. فهي تتم بناء على مفاوضات بين التاجر والمستهلك، ويكون النزاع قد نشأ وتحددت معالمه. وتصبح الفرصة سانحة أمام المستهلك لدراستها ومعرفة مضمونها، وآثارها. ويعتبر ذلك ضمانة هامة له ، بالنظر إلى أن اللجوء إلى التحكيم يترتب عليه سلب الاختصاص من المحاكم. وبالتالي قدر المشرع الكبكي خطورة ذلك، وأقر التحكيم فقط عن طريقة مشارطة التحكيم.**

- **راجع النص الفرنسي للمادة 1/11، ونصوص القانون الكبكي لحماية المستهلك على الموقع الالكتروني:**

.http://www.conclu-org//gc/loi/p.401/2007037/lout.html

وندرس في هذا المبحث أسباب حماية المستهلك في العقد الالكتروني في المطلب الأول، ونخصص المطلب الثاني لموقف التشريعات والقضاء.

المطلب الأول

أسباب حماية المستهلك الالكتروني

تتلخص الأسباب التي تدعو إلى حماية المستهلك في العقود الالكترونية في مواجهة الاختصاص المبني على إرادة الأطراف فيما يلي:

أولاً – الشرط المانح للاختصاص كدليل على اختيار القانون الواجب التطبيق:

رأينا عند دراسة القانون الواجب التطبيق أن الشرط المانح للاختصاص قد يعد دليلاً على الاختيار الضمني لقانون دولة معينة. فعند عدم وجود إرادة صريحة لأطراف العقد يجب البحث عن نية الأطراف واستخلاصها من خلال ظروف العقد وملابسات التعاقد. ويجب الاستعانة بالقرائن الدالة على ذلك.

وعند استخلاص القانون الواجب التطبيق من خلال الشرط المانح للاختصاص، فإن الأمر يصبح أشد خطورة على مصالح المستهلك، الذي يقع في حصار محكم من ناحية القانون الواجب التطبيق والمحكمة التي تفصل في النزاع. ويقع حينئذ بين مطرقة التاجر وسندانه، مما يؤدي في النهاية إلى اختلال واضح في ميزان العلاقة العقدية.

و العقود الالكترونية التي تبرم بين التاجر والمستهلك، تأتي نتيجة العروض التي توجه إلى الأخير من كل حدب وصوب، وتلاحقه في كل زمان ومكان. فلم يعد بإمكان الفرد والمؤسسة التخلي عن استخدام الوسائط الالكترونية ووسائل الاتصال الحديثة. وتأتي الحاجة الملحة إلى السلع والخدمات إلى المبادرة إلى إتمام التعاقد دون ترو أو تفكير في القانون الذي يحكم العقد أو المحكمة التي سينعقد لها الاختصاص.

ثانياً – قد يتسم الاتفاق الإرادي بالطابع التعسفي:

يجد مستخدم الانترنت نفسه أمام مشروعات ومتاجر افتراضية، أو في الفضاء الالكتروني cyberspace ويتاح له التعاقد بطريقة سهلة وميسرة. فعليه أن يدخل الايميل Email أو عنوان بريده الالكتروني، وكلمة المرور password ويؤكد الدخول بنظام double clic من خلال تكرار كلمة المرور لمدة قد لا تتجاوز الدقيقة الواحدة[167]، ويقوم على أثر ذلك بإرسال القبول ودفع المستحق.

وإذا كانت المصلحة الأساسية للأطراف عند إبرام العقد – بموجب الشرط المانح للاختصاص– تتمثل في وجود اختصاص يختلف عن ذلك المقرر بموجب القواعد المعتادة للاختصاص[168] فإنه، وفي حالة عقود الـ B to C أو العقود التي تبرم بين التجار والمستهلكين بالطرق الالكترونية تكون هذه المصلحة هي مصلحة التاجر الذي يسترعي انتباهه جيداً أهمية تحديد المحكمة التي تفصل في النزاع، حتى ولو لم تكن هناك رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختارة.

وشرط تحديد المحكمة المختصة الذي يرد ضمن الشروط العامة للعقد قد يأخذ طابع الشرط التعسفي clause abusive عندما يتم إرساله بطريق الكتروني عبر حاسوب المشتري أو تليفونه المحمول، وتتاح له القراءة السريعة

---

(167) **راجع : د. حسام أسامة: المرجع السابق، ص 117.**

- L.A.KOTEICHE: La loi applicable..,Op..cit,p.76.

(168) **حيث ذهب الأستاذ I.MICHOW إلى أنه:**

"L' intérêt essentiel de ce type de clauses est de permettre aux parties, au moment de conclusion du contrat, de créer une competence additionnelle,qui n'aurait pas existé selon les règles habituelles de compétence".

أنظر:

I.MECHOW: L' articulation…,Article précité,p.111.

على الشاشة المرئية أمامه، دون توعية بمضمونه ونتائجه[169]. ويأخذ الشرط هذا الطابع عندما يؤدي إلى حرمان المستهلك من اللجوء إلى المحكمة التي يعتقد في طرح النزاع أمامها حسب قواعد الاختصاص المقررة عادة.

فالمشروعات تسعى دائماً، مستغلة خبرتها القانونية، إلى وضع شروط صعبة ومجحفة لا تسترعي انتباه الطرف الضعيف في عقود الإذعان[170]. وتؤدي هذه الشروط، ومنها شرط تحديد المحكمة المختصة، إلى نتائج ضارة بالمستهلكين، لقلة خبرتهم من الناحية العملية، وعدم الالمام بالجوانب القانونية في غالب الأحيان.

ولامراء في أن ظهور الشرط المانح للاختصاص بشكل غير واضح، وينطوي على نوايا تعسفية من جانب البائع أو التاجر، يجعل من المنطقي أن تثار الشكوك حول توافر شروط الصحة فيه. لذلك يجب استبعاده في هذه الحالة بالنسبة للمستهلك الذي يتعاقد عبر الانترنت وتطبيق القواعد الحمائية التي تحمي المستخدم في العقود الالكترونية.

وليس يخاف أن الشرط التعسفي لا يمكن مواجهته إلا بتدخل صريح من المشرع، الذي يضع الحدود الفاصلة بين ما يحمي المستهلك وما يعد شرطاً تعسفياً يقتضي التدخل ووضع المعايير الملائمة لحمايته.

وكان ذلك نهجاً واضحاً للدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية عندما أقرت التوجيه الأوروبي رقم 93/13 والصادر في 15 أبريل 1993 بشأن

---

(169) **راجع:**

T.VERBIEST: Commerce électronique: la loi applicable, juridiction compétence: journal de net, 2002.

(170) **راجع:**

- B.AUDIT: Droit international privé, Op.cit ,p.100.
- L.A.KOTEICH: La loi applicable… , Op.cit ,p.96.

حمايـة المسـتهلكين فـي مواجهـة الشـروط التعسـفية[171]، حـين نصـت المـادة السادسـة منـه علـى أن الشـروط التعسـفية التـي يضـعها المهنيـون فـي عقـود الاستهلاك لا تلزم المستهلكون.

كما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أن تأخذ الدول الأعضاء بالمعايير الضرورية التي تعمل على عدم حرمان المستهلك من الحماية المقررة بنصوص هذا التوجيه[172]. ولهذا يتضح أنه توجد ضوابط للشروط التعسفية الواجب استبعادها. وينطبق ذلك مع حماية المستهلك الالكتروني في مواجهة شرط الاختصاص القضائي الذي يحمل الطابع التعسفي، أسوة باستبعاد التوجيه المذكور للقانون الواجب التطبيق عند اختيار الأطراف لقانون دولة غير عضو في المجموعة الأوروبية، وارتباط العقد برابطه وثيقة مع إقليم الدولة العضو[173]. ويعد ذلك ضرورياً، بالنظر إلى أن التوجيه الأوروبي رقم 2001/31 الخاص بالتجارة الالكترونية، والسابق الإشارة إليه[174]، لم يتعرض

---

(171) **نصوص هذا التوجيه منشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص (Rev.crit) 1993، ص 495 وما بعدها.**

(172) **جاء النص الفرنسي للمادة 2/6 على النحو التالي:**

" 2 - Les Etats membres prennent les mesures nécessaire pour que le consommateur ne soit pas priver de la protection accordé par la présente directive du fait du choix de droit d' un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres.

يراجع بشأن هذا التوجيه:

M.TEREIO: Les clauses abusives dans les contrats conlus avec les consommateurs (directive Nº933/13/CE du conseil du 5Avril 1993) édition techniques, contrats concurrence- consommation, Juillet1993, p.1 et ss.

(173) **راجع :**

J.HUET: Propose armes sur la directive du 5 Avril 1993 rélative aux clauses abusives, JCP,1994,1,p.309.

(174) **أنظر سابقاً ص 87 .**

لمشكلة الاختصاص القضائي، بل أن المادة الأولى منه استبعدت الاختصاص القضائي من نطاق تطبيقه.

ثالثاً – خطورة الدعاية التي تبث عبر شبكة الانترنت على حماية المستهلك:

يخضع مستخدم الانترنت للضغوط المستمرة والمتلاحقة من خلال الاطلاع الدائم على صفحات الويب، حيث يجد إعلانات وعروض بيع للسلع والخدمات ويجد اصطلاح click here، أو الضغط على المفتاح أو الزر للدخول ومعرفة تفاصيل العروض والدعاية الموجهة إليه من أجل إبرام العقد.

وهذا النشاط المتمثل في توجيه الدعاية على الانترنت نحو المستخدم، وخاصة المستهلك، يقتضي توفير الحماية له، لا سيما تجاه الشروط المانحة للاختصاص. فعندما يحاط المستهلك بسياج المغريات التي لا تقع تحت حصر، والتي لم تعد قاصرة على الجرائد والمجلات الورقية، بل امتدت ووصلت إلى أقصى درجاتها باستخدام التقنيات الحديثة، والصحف الالكترونية، لا يجوز حرمانه بعد التعاقد من اللجوء للمحكمة المختصة عادة، أو حتى محكمة موطنه أو محل إقامته. ومع تنامي وتزايد الدعاية عبر الشبكة العالمية word wid web، وما قد ينتج عنها من تضليل للمستهلك[175]، يكون من المنطقي ومن اللازم أن نوازن بين حرية التجارة الالكترونية والتشجيع عليها، وبين حق المستهلك، كطرف أساسي، وأولى بالرعاية في العقود الالكترونية التي يتم إبرامها نتيجة لتلك الدعاية الموجهة إليه.

---

(175) راجع :

M.S.CAHEN:La formation…,Op.cit,p.93.

رابعاً – الشرط المانح للاختصاص قد يخالف النصوص الآمرة:

يضع المشرع في كل دولة قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبصفة خاصة في مجال عقود الإذعان، أو تلك التي يكون أطرافها غير متكافئين. وتفرض شروط العقد جملة من جانب الطرف القوي، ويقبلها الطرف الضعيف أو يرفضها دون مناقشة أو تعديل.

وتدخل المشرع في هذه الأحوال يكون عن طريق قوانين البوليس التي تطبق أياً كان القانون الواجب التطبيق على العقد[176]، أو قواعد النظام العام[177]. ويعد فرض هذا النوع من القواعد في كل تشريع بمثابة حماية المستهلك في كافة التعاقدات التي تتم بين حاضرين، أو عن طريق الكتروني.

فهذه القواعد إذ تقف حائلاً في مواجهة القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب حرية الاختيار، فإنها ومن باب أولى يجب إعمالها في مجال الاختصاص القضائي الدولي، وعدم حرمان المستهلك كطرف في العقود التي تبرم عن طريق الانترنت من الخضوع لقواعد الاختصاص المقررة في قانون موطنه أو قانون محل إقامته عن طريق شرط الاختصاص.

وإذا كان البعض يرى قبول الاختصاص الإرادي عندما يقبله المستهلك الذي يتعاقد عبر شبكة الانترنت طواعية واختياراً[178]، فإن هذا القول مردود

---

(176) نجد مثالاً على قوانين البوليس في المادة (9) من تشريع روما لعام 2008 والذي سبق الإشارة إليه، حيث اعتبرت هذه المادة قوانين البوليس قوانين أساسية وجدت لحماية النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي في المجتمع، وتطبق أياً كان كان القانون الواجب التطبيق. ومن اللازم أيضاً وجود قواعد خاصة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، لتعالج آثار الشرط المانح للاختصاص في العقود الالكترونية.

(177) أنظر بشأن النظام العام سابقاً، ص 65 وما بعدها .

(178) راجع : د. جمال الكردي: المرجع السابق، ص 100.

بـأن المسـتهلك الـذي يتعاقـد بهـذه الطريقـة قـد لا يجـذب انتباهـه شـرط تحديـد المحكمة المختصة. كما أنه لا يستطيع مناقشة شروط العقد التي تفرض عليه. وإذا سمح له بمناقشة هذه الشروط، فإنه سيضطر للقبول بها في النهاية لحاجته إلى السلعة أو الخدمة التي تعرض عليه من خلال تقنيات الاتصال الحديثة.

المطلب الثاني

موقف التشريعات وأحكام القضاء

من تقييد الشرط الإرادي للاختصاص

تقسيم:

نعرض في هذا المطلب للقيود التي ترد على شرط اختيار المحكمة المختصة في التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية، ثم نبين موقف أحكام القضاء في هذا الشأن.

أولاً – موقف التشريعات:

1 – التشريعات الوطنية:

بينما أقرت بعض التشريعات حرية اختيار القاضي والمحكمة المختصة، إلا أنها وضعت بعض القيود في عقود الاستهلاك، وبالتالي تطبق على هذا النوع من العقود التي يتم إبرامها أو تنفيذها عبر شبكة الانترنت.

ومن هذه التشريعات القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987[179]: فقد نصت المادة 2/5 منه على أنه " يعد اختيار القاضي بدون اثر إذا أدى إلى حرمان طرف بطريقة تعسفية من الحماية التي يضمنها له القاضي المختص بموجب القانون السويسري"[180].

ويلاحظ أن هذا النص يطبق على كافة العقود، سواء كانت عادية، أو إلكترونية. ويطبق النص بصفة خاصة على العقود بين التاجر والمستهلك،

---

(179) أنظر سابقاً ص

(180) "L'election de for est sans effet,s'il conduit à priver d'une manière abusive une partie de la protection qui lui assurer un for prévu par la loi suisse".

لحماية الأخير بنصوص القانون السويسري، إذا كان الشرط محدداً بطريقة تعسفية. فشرط اختيار القاضي الذي يأتي غير واضح، وغير مقروء يكون بدون أثر في عقود الاستهلاك الالكترونية.

وما يؤكد انطباق هذا النص على العقود التي تتم عبر الانترنت أن القانون الدولي الخاص السويسري اعتبر تبادل الرسائل عبر وسائل الاتصال دليلاً على وجود الشرط. كما سبق وأن ذكرنا [181]. فإذا أقر القانون الشرط، فإنه قيده بعدم حرمان المستهلك من الحماية التي منحها له القانون السويسري، وعند الانتقاص من تلك الحماية يجوز للمستهلك التحلل من الشرط والخضوع لقواعد الاختصاص الواردة في القانون السويسري.

واللافت للانتباه أن النص لم يغفل فكرة إدراج الشرط الإرادي المانح للاختصاص بطريقة تعسفية ضمن شروط العقد. وإن كان لم يحدد الشرط التعسفي، إلا أنه ذكر معيار محدد لذلك، وهوأن يؤدي إلى حرمان أحد الأطراف من الحماية التي تقررها له قواعد الاختصاص القضائي في سويسرا. والإشارة واضحة هنا إلى الطرف الضعيف، وهو في العقود الالكترونية المستهلك. فرضاء الأخير يكون محل شك، وينقل ذلك أيضاً إلى شرط الاختصاص الذي تتم الموافقة عليه بمجرد إرسال القبول الكترونياً [182].

وفي فرنسا: على الرغم من إقرار الشرط المانح للاختصاص، كما سبق وأن ذكرنا[183]، إلا أن المادة 48 من قانون المرافعات لم تعتبره صحيحاً ولا يعتد به إلا إذا تم إبرامه أو الاتفاق عليه بين أطراف ينطبق على كل منهم

---

(181) أنظر سابقاً ، ص 103 .

(182) راجع : د. حسام أسامة: المرجع السابق، ص 141.

-P.THIEEFFRY: Commerce électronique,droit international et Européen,paris,Litec.2002,p.216et s.

(183) أنظر سابقاً: ص 101 .

صفة التاجر. ولا يجوز مخالفة قواعد الاختصاص الاقليمي، في غير هذه الحالة، عن طريق الشرط المانح للاختصاص.

وعلى ذلك، فإن كل العقود التي تكون بين تاجر ومستهلك (B to C) لا يقبل فيها بالشرط الذي يتعارض مع قواعد الاختصاص الاقليمي في فرنسا. وذلك ينفق مع حماية المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة العقدية.

ففي هذا النوع من العقود يجب البحث عن الاختصاص الملائم الذي يتناسب ووجود طرف ضعيف فيها. وعندما يتم إبرامها عن طريق الانترنت، ويحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق، فإن هذا كله لن يؤثر عليه في مجال الاختصاص القضائي الدولي لتكون محكمة الدولة التي تم اختيار قانونها هي المختصة، بل يجب البحث عن الاختصاص في إطار القواعد التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي عادة[184].

ثانياً – الوضع في ظل الاتفاقيات الدولية:

نبين هنا موقف كل من تشريع بروكسل، واتفاقية لاهاي، فيما يخص القيود التي تفرض على إرادة الأطراف في العقود الالكترونية على النحو التالي:

1 – تشريع بروكسل لعام 2001:

أوضحنا فيما سبق أن تشريع بروكسل حل محل اتفاقية بروكسل لعام 1968 والخاصة بالاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري، وأوضحنا أن هذا التشريع جاء مواكباً للتطورات الحديثة واستخدام تكنولوجيا المعلومات. ولذلك فإن هذا التشريع وضع مراعياً اتساع

---

(184) راجع :

I.MICHOU: L'articulation…,article précité.110.

رقعة التجارة الالكترونية والعقود التي تبرم في إطارها، حيث جاء تالياً للانطلاقة التي حدثت في استخدام الانترنت منذ عام 1990[185].

فلا يمكن إنكار الدور الذي يلعبه الانترنت كوسيلة هامة في نقل المعلومات وتبادل السلع والخدمات، واستخدامه من جانب المشروعات التجارية في علاقتها بالمستهلكين في كافة الأمور التجارية، وكافة الخدمات التي يسعى المستهلك للحصول عليها مثل الخدمات التعليمية وشراء البضائع وحجز تذاكر السفر، وكافة الأمور الأخرى. لذلك اقتضى الأمر أن يشمل تشريع بروكسل هذا النوع من العقود التي تبرم بين التجار والمستهلكين باستخدام التقنيات الحديثة في الاتصال أو بواسطة أجهزة الحاسوب. ونص تشريع بروكسل على إمكان اختيار المحكمة المختصة، كما أنه أشار صراحة للعقود الالكترونية بصفة خاصة في المادة 23 منه، كما رأينا سابقاً[186].

بيد أن هذا التشريع قد تناول عقود الاستهلاك بنصوص خاصة في المادتين الخامسة عشر والسادسة عشر منه على التوالي. ولأهمية هاتين المادتين ودرهما في تحديد مفهوم المستهلك، وحماية مصالحه، فإننا سنعرض لنصوصهما، ثم نعقب على هذين النصين بعد ذلك.

فقد ورد نص المادة 1/15 على النحو التالي:

"1 – في مجال العقد المبرم بواسطة المستهلك الذي يتعاقد من أجل استعمال لا يرتبط بنشاط مهني، فإن الاختصاص يتم تحديده بموجب الفصل الحالي، وبدون المساس بالمادة 4، والمادة 5/5، وذلك:

أ – عندما يتعلق الأمر ببيع بالتقسيط لمنقولات مادية.

---

(185) راجع:

C:CALABRESI:Op.cit,p.1

(186) أنظر سابقاً: ص 107 .

ب- عندما يتعلق الأمر بقرض بالتقسيط، أو أي عملية ائتمان أخرى ترتبط بتمويل هذه البيوع.

ج – عندما يبرم العقد بين شخص يمارس أنشطة تجارية أو مهنية في دولة عضو يوجد بها موطن للمستهلك، أو يوجه هذه الأنشطة بأي وسيلة نحو دولة أو عدد من الدول الأعضاء".

واعتبرت الفقرة الثانية المتعاقد مع المستهلك الذي يوجد له مؤسسة أو فرع لهذه المؤسسة على إقليم دولة عضو في المجموعة الأوروبية، كمن له موطن على إقليم الدولة العضو. كما استبعدت الفقرة الثالثة عقود النقل من مجال تطبيقها. فإذا توافرت الشروط المطلوبة في المادة 1/15 بشأن اعتبار شخص ما مستهلكاً، فإنه في هذه الحالة يستفيد بالنصوص الواردة في المادة (16) من ذات التشريع التي نصت على ما يلي:

1 – يستطيع المستهلك في الدعوى المقامة منه على الطرف الآخر في العقود أن يتقاضى إما أمام محاكم الدولة العضو التي يوجد بها موطن الطرف الآخر، أو محكمة مكان موطنه.

2 – لا تقام الدعوى المرفوعة على المستهلك من الطرف الآخر إلا أمام محاكم الدولة العضو التي يوجد بها موطن المستهلك.

3 – لا ينال النص الحالي من حق الأطراف في الطلبات أو الدعاوى الفرعية أمام المحكمة المرفوع أمامها الدعوى.

أما المادة السابعة عشر فنصت على عدم إمكان مخالفة نصوص الفصل الحالي إلا بإتفاقات:

أ – لاحقة على النزاع.

ب – التي تسمح للمستهلك بالتقاضي أمام محاكم أخرى غير تلك المنصوص عليها في الفصل الحالي.

والمتأمل في النصوص السابقة يجد أنها بدأت أولاً بتحديد مفهوم المستهلك، وهو ذات المفهوم الذي ينطبق في مجال عقود التجارة الالكترونية، كما تبنت الاتفاقية معيار النشاط الموجه activité dirigée نحو المستهلك بأي وسيلة، سواء باستخدام التقنيات الحديثة، أو توجيه أي خطابات الكترونية إليه عندما يكون مقيماً أو متوطناً في إقليم إحدى الدول الأعضاء في المجموعة الأوربية[187].

ويرى البعض عدم اعتبار إتاحة الدخول إلى موقع المستهلك الالكتروني توجيهاً للنشاط نحو دولة موطنه، وضرورة الوضع في الحسبان اللغة المستخدمة في المواقع الالكترونية وعملة الوفاء[188]. إلا أن الأمر فيما يخص اللغة وعملة الوفاء تتناقص أهميته في مجال الانترنت الذي أضحى – كما ذكرنا سابقاً – لا يعرف الحدود الجغرافية، ولا اختلاف اللغات أو العملة التي يتم الوفاء بها. ويظهر التعامل، في الغالب الأعم، باللغة الانجليزية. وعند عدم ظهور هذه اللغة، فإنه من المعتاد الضغط على المفتاح أو الزر لتتحول الصفحة وتترجم إلى اللغة الانجليزية، باستخدام برامج الحاسوب.

وفي معرض حماية المستهلك الالكتروني اعتبرت المادة (23) من تشريع بروكسل الشرط الوارد في البريد الالكتروني أو المراسلات الالكترونية

---

(187) راجع:

C.BRUNEAU: Droit judiciaire Européen,Article précité, p.533.

(188) راجع: د. حسام أسامة: المرجع السابق، ص 132.

مكتوباً، بعدما شددت على كتابة شرط الاختصاص، وتأكيد الشرط الشفهي بالكتابة[189].

وبينما أقر تشريع بروكسل دور إرادة الأطراف في تحديد الاختصاص في عقود الاستهلاك، فإنه أقر ذلك في الاتفاقات اللاحقة على النزاع، أما تلك التي تسبق المنازعة فلا يعتد بها.

واعترف التشريع المذكور بالاتفاقات التي تسمح للمستهلك بالتقاضي أمام محاكم الدول الأخرى، حرصاً على رغبته وأنه قد يجد مصلحته في ذلك، من باب التيسير عليه في النفقات والقدرة على الانتقال إلى دولة معنية. فالأمر متاح هنا لمصلحة المستهلك، دون الطرف الآخر، والاختيار متاح له، وليس للتاجر أو المشروع. وقد ذهب البعض في الشأن إلى ضرورة الانتباه جيداً من جانب التجار والشركات عند توظيف الانترنت في التعاقد مع المستهلك إلى مراعاة وجود قوانين حمائية للأخير، من أجل عدم إدراج شروط تخالف هذه القوانين في العقد، مما يجعلها عديمة الأثر ولا يعتد بها[190]. وإن كان التاجر الذي يتعاقد عبر وسائل الاتصالات الحديثة قد يسترعي انتباهه وجود هذه القوانين، بما لديه من إمكانات فنية، وإدارات قانونية تمهد له الطريق عند التعاقد مع المستهلك. ومع ذلك تبقى هذه القوانين الحمائية وتؤدي دورها، عندما يغفلها التاجر أو يتعمد تجاهلها.

وحرص تشريع بروكسل على إقرار الاتفاقات الإرادية التي تتم بين التاجر والمستهلك، وتتضمن النص على اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك في الدولة العضو في المجموعة الأوروبية، ما لم يمنع قانون

---

(189) أنظر سابقاً: ص 108 .

(190) راجع:

R.DUAS CALES: La détermination du cadre juridictionnel…,Op.cit,p.10.

هذه الدولة مثل هذه الاتفاقات. ولهذا يستفيد المستهلك بالحماية من ناحية إقرار الاختصاص لمحكمة موطنه أو محل إقامته. و كافة التعاقدات التي تتم من خلال عروض توجه إليه الكترونياً وتصله في أي مكان تجعل من حقه التقاضي أمام محكمة موطنه، ما لم يمنع قانون دولة محل الإقامة ذلك. ويحدث هذا عندما يرى المشرع في إحدى الدول منع اتفاقات الاختيار للمحكمة المختصة حماية للمستهلك في العقود التي تبرم عادة، أو عبر الانترنت.

ويعد تشريع بروكسل خطوة هامة في عقود التجارة الالكترونية، باعتماده فكرة النشاط الموجه عبر الوسائل الحديثة في الاتصال. ولم يقتصر على حماية المستهلك الذي يتم التعاقد معه مباشرة في موطنه أو محل إقامته، بل تبنى كافة العقود التي تبرم عن بعد، وخصها بالحماية عند انطباق وصف المستهلك الوارد بنص المادة 1./15

2 – اتفاقية لاهاي لعام 2005:

أحدثت اتفاقية لاهاي لعام 2005 بشأن اختيار القاضي[191] تطوراً حقيقياً في مجال عقود التجارة الالكترونية، واختيار القاضي والمحكمة المختصة للفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود، حين أقرت المادة 2/3 بسريان الاتفاق الحصري لاختيار القاضي عندما يتم بطريق الكتروني.

وبالرغم من استبعاد الاتفاقية في مادتها الثانية لعقود الاستهلاك[192] التي يبرمها الشخص الطبيعي الذي يتعاقد بصفة أساسية بهدف المنفعة الشخصية أو العائلية أو المنزلية ، وهو ما يتبعه إقصاء العقود التي تبرم بين

---

(191) أنظر سابقاً: ص 109 .

(192) وجاء النص الفرنسي على النحو التالي:

"La présente convention ne s'applique aux accord exclusifs d'élection de for:
a) auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familiale,ou domestique(un consommateur) est partie".

المستهلكين وغير المستهلكين أو التجار [193]. إلا أن الاتفاقية لم تستبعد الاتفاقات التي يبرمها الشخص الطبيعي الذي يتعاقد أو يتصرف في إطار أنشطة مهنية professionnels activités أو تجارية commerciales . كما لا يشترط لتطبيق الاتفاقية أن يتصرف الشخص المعنوي في أنشطة مهنية.

ومهما يكن، فكان يجب على واضعي اتفاقية لاهاي التي لم تتجاهل مسألة التجارة الالكترونية، أن يضعوا نصب أعينهم عقود الاستهلاك الالكترونية B to C، لتخصص لها قواعد حمائية في مجال الاختيار الحصري للقاضي، ووضع ضوابط في هذا الشأن. غير أن الاتفاقية اقتصرت على العقود التي تبرم بين التجار أو المشروعات B to B، أو التي يبرمها الشخص الطبيعي في إطار أنشطته المهنية.

ولا ريب في أن ذلك ينال من حماية المستهلك الذي يتعاقد عبر الانترنت، أياً كانت الأسباب التي انطلق منها واضعو الاتفاقية، ومنها تحرير التجارة الالكترونية من كافة القيود، وتشجيع التبادل التجاري عبر وسائل الاتصال الحديثة، وإتاحة الفرصة للمتعاملين في هذا المجال لاختيار القاضي والمحكمة المختصة.

فالتشجيع على نمو التبادل التجاري والاقتصادي بين الدول، لا يؤتي ثماره إلا بمراعاة كافة الأطراف، والعمل على إيجاد التوازن بين مصالحهم، وحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية. وفي سبيل ذلك كان ولا بد من وجود نصوص خاصة بعقود الاستهلاك الالكترونية، خاصة أن استبعادها

---

(193) راجع:

T.HARTELY et M.DOGAUCHI: Convention du 30 Juin 2005…,Rapport précité,p.30

بالنظر إلى أن نص المادة الثانية من الاتفاقية، جاء وكأنه مقصوداً عندما حددت هذه المادة مفهوم المستهلك، لتقطع كل السبل أمام وضع قيود على حرية اختيار القاضي لصالحه.

لذلك فإن تشريع بروكسل لعام 2001 يعبر عن توازن حقيقي في عقود التجارة الالكترونية، حيث خص المستهلك في عقود الـ B to C بالحماية، على نحو ما ذكرنا. ولن يؤثر ذلك مطلقاً في إعاقة مصالح التجارة الدولية.

ثالثاً – موقف القضاء:

تنوع موقف القضاء الفرنسي من دور الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، حسب أطراف الدعوى، وأطراف العقد.

ففي بادئ الأمر قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1985/2/17[194] بمشروعية الشروط المانحة للاختصاص في المنازعات ذات الطبيعة الدولية، ما لم تتعارض مع الاختصاص الآمر للمحاكم الفرنسية. وبالتالي أفسح هذا الحكم المجال أمام إمكان قبول اختصاص محاكم أخرى غير المحاكم الفرنسية. وأقر الشرط المانح للاختصاص، ودوره في تحديد المحكمة التي تفصل في النزاع.

غير أن المحكمة ذاتها رفضت في حكمها الصادر عن الدائرة التجارية في 10 يناير 1997[195] الشرط المانح للاختصاص في مواجهة المستهلك الفرنسي، باعتبار أن هذا الشرط لا يسري إلا بين التجار حسب نص المادة

---

(194) راجع الحكم منشوراً في المجلةالانتقادية للقانون الدولي الخاص(Rev.crit) لعام 1989، ص 357 وما بعدها.

(195) حكم مشار إليه في:

F.LABARTHE: L`inopposabilité au défendeur non commerçant d'un clause attributive de compétence, D.1998, Juris., p.2et ss.

48 من قانون المرافعات الفرنسي. ذلك أن هذه المادة رغم اعترافها بالشرط المانح للاختصاص، إلا أنها لم تعتبره صحيحاً إذا كان أحد أطراف العقد مستهلكاً [196].

بينما رفضت المحكمة في حكمها الصادر عن الدائرة المدنية الأولى في 18 يوليو لعام 2000[197] الشرط المانح للاختصاص الذي يقضي بتقرير الاختصاص لمحكمة أخرى غير المحاكم الفرنسية، وهي المحكمة البلجيكية. وكان ذلك بصدد عقد قرض بين فرنسي وبنك يوحد مركزه الرئيسي في بلجيكا، استناداً إلى توافر صفة المستهلك في المقترض الفرنسي، حسب نص المادة (13) من اتفاقية بروكسل لعام 1968. وقد أصبحت هذه المادة(م 15) من تشريع بروكسل لعام 2001[198].

واستبعاد المحكمة لدور إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة، وبالتالي استبعاد الشرط المانح للاختصاص، إنما يأتي لحماية المستهلك (المقترض) كطرف ضعيف في العلاقة العقدية.

وبالرجوع لمجال التجارة الالكترونية نذكر حكم الدائرة التجارية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 9 مارس 2010[199] بشأن عقد بيع تم إبرامه من خلال الانترنت . وأكدت المحكمة في هذا الحكم أن وجود الصفحة الرئيسية وصفحة الاستقبال page accueil للموقع في فرنسا يكفي لاعتبار

---

(196) أنظر سابقاً: ص 101 .

(197) راجع الحكم منشوراً في مجلة القانون الدولي (Clunet) لعام 2001، ص 140 وما بعدها.

(198) اعتبرت هذه المادة أن المستهلك هو كل من يتعاقد في إطار غريب عن نشاطه المهني، وأن عقود القرض بالتقسيط هي عقود الاستهلاك.

(199) راجع الحكم منشوراً على الموقع الالكتروني التالي:

http://www.CGV-expert.far/prticle/commerce juridiction-compétence-international_48.htm

النشاط موجهاً للمستهلك الفرنسي. وأخذت بفكرة النشاط الموجه التي تبناها تشريع بروكسل لعام 2001.

ونذكر أخيراً حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 26 سبتمبر 2012 عن الدائرة المدنية الأولى[200]. فقد رفضت المحكمة اعتبار شرط القانون الواجب التطبيق والمدرج في العقد بين بنك يوجد مركزه الرئيسي في لوكسمبورج قرينة على اختيار المحكمة المختصة.فقد دفع البنك بأنه طالما أن قانون دولة لوكسمبورج هو القانون الواجب التطبيق، فإن محاكم ذات الدولة تكون هي المختصة، حفظاً للتوقعات المشروعة للأطراف، وكذلك تطبيقاً لنص المادة 23 من تشريع بروكسل لعام 2001، والذي بموجبه يستطيع الأطراف التقاضي أمام المحكمة التي يقع عليها اختيارهم من بين المحاكم الكائنة بإحدى الدول الأعضاء، وذلك عندما يكون لأحدهم موطن على إقليم دولة عضو. وبالتالي يكون للبنك الخيار بين التقاضي أمام محكمة موطن العميل أو موطنه في لوكسمبورج.

ولم تستجب محكمة النقض لطلب البنك ، وأقرت اختصاص القضاء الفرنسي، لأن شرط الاختصاص لم يكن مكتوباً، حسب نص المادة 1/23 من تشريع بروكسل، كما أنه لم يرد بطريقة الكترونية وفقاً لنص الفقرة الثانية من ذات المادة[201].

وهكذا، نجد أن محكمة النقض الفرنسية استجابت لمتطلبات حماية المستهلك كطرف ضعيف في العقد، وطبقت نص المادة (16) من تشريع

---

(200) راجع الحكم منشوراً على الموقع الالكتروني:
http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chamlare_civil_.568_26_24

(201) أنظر سابقاً: ص 108 .

بروكسل الخاصة بحماية المستهلك، وخاصة الفقرة الأولى منها التي أتاحت للمستهلك الاختيار بين اللجوء لمحكمة موطنه أو محكمة موطن المتعاقد الآخر في دولة عضو في المجموعة الأوروبية. ولا يستطيع التاجر التقاضي هنا إلا أمام محكمة موطن المستهلك، وفقاً لنص الفقرة الثانية من ذات المادة، على النحو الذي بيناه تفصيلاً فيما سبق[202].

والخلاصة: أن التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، وأحكام القضاء، أقرت جميعها حرية الأطراف في التقاضي أمام محاكم الدولة التي يختارونها، ويرون فيها القدرة على تحقيق العدالة. وذلك حفظاً للتوقعات المشروعة لهم، وحرصاً على مقتضيات التجارة الدولية، وحرية التبادل التجاري والاقتصادي بين الدول.

غير أن ذلك لم يمنع من تدخل هذه التشريعات وأحكام القضاء للحد من دور الإرادة في تحديد المحكمة المختصة، وذلك لحماية العاقد الضعيف، خاصة في العقود التي تبرم عبر الانترنت ويأتي ذلك تحسباً للإقبال المتزايد على إبرام العقود الالكترونية، وما قد ينتج عن ذلك في عقود الاستهلاك (B to C) من عدم انتباه المستهلك لشرط الاختصاص الذي ينتهي إلى تحديد التقاضي بمحاكم دولة معينة، وما يتبع هذا من تهديد لمصالحه، وانتقاص من الحماية التي يجب أن يحظى بها في مجال العلاقات الخاصة الدولية.

---

(202) أنظر سابقاً، ص 127 ، 128 .

الخـاتمـة

عرضنا في هذه الدراسة لتعريف العقود الالكترونية، وتبين لنا أنها عقود تبرم عبر الوسائط الالكترونية باستخدام الانترنت. وتهدف إلى تبادل السلع والخدمات وتسهيل الحصول عليها.

وتناولنا مسألة دولية العقد، واتضح لنا أفضلية إعمال المعيار القانوني في مجال العقود الالكترونية.

وحددنا بعد ذلك دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، سواء كانت إرادة صريحة ناتجة عن شرط صريح في العقد أو إرادة ضمنية تستنتج من نصوص العقد وظروف وملابسات التعاقد.

ودرسنا القيود التي تفرض على إرادة أطراف العقد في العقود التي تكون بين تجار ومستهلكين أو عقود الـ B to C.

ولأهمية الشكل في العقود الالكترونية فقد تناولنا مدى صلاحية القواعد التقليدية التي تحكم الشكل في عقود الانترنت، وأهمية الطابع التخييري لقاعدة محل الإبرام.

وبالنظر للدور الذي تلعبه الإرادة في تحديد المحكمة المختصة، فقد ألقينا الضوء على الاختصاص الإرادي، وحرية اختيار القاضي في العقود الالكترونية.

كذلك اقتضى الأمر دراسة القيود التي تفرض على أطراف العقد في الاختصاص القضائي الدولي، لصالح أحد الأطراف في عقود الاستهلاك، وهو المستهلك الذي يخضع لشروط العقد دون مناقشة أو إمكانية تعديل هذه الشروط.

وفي نهاية هذه الدراسة يمكننا استخلاص النتائج التالية:

1 – يجب منح الأولوية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة، والبحث عن إرادتهم الضمنية في حال انتفاء الاختيار الصريح، لحفظ توقعاتهم المشروعة، والأمان القانوني في العلاقات الخاصة الدولية. كما أن الحرية التي يحظى بها التعامل في مجال الانترنت تقتضي ذلك، حرصاً على تشجيع التبادل التجاري، ومصالح التجارة الدولية والالكترونية في ذات الوقت.

2 – يتحتم وجود قواعد قانونية حمائية في عقود الاستهلاك الالكترونية، لحماية المستهلك في مواجهة شروط الاختيار التي ترد في هذه العقود، والتي يقبلها الطرف الضعيف لحاجته إلى السلعة أو الخدمة، مع ما تمثله من تهديد لمصالحه، والنيل من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في قانون موطنه أو محل إقامته.

3 – لا بد من وجود أكثر من قانون ليحكم شكل العقد في العقود التي تبرم عبر الانترنت، لصعوبة تحديد مكان الإبرام في هذه العقود، وتجنباً لحالات البطلان الناشئة عن مخالفة قواعد الشكل.

4 – يلزم اعتماد الاختيار الصريح في تحديد المحكمة المختصة عن المنازعات الناشئة عن العقود الالكترونية، نظراً لأن شرط الاختيار في هذه العقود يأتي مكتوباً أو يتم تبادله عبر الرسائل الالكترونية. كما أن من شروط صحة هذا الشرط أن يكون مكتوباً، أو يتم شفاهة مع تأكيد كتابي له.

5 – من أجل إتمام الحماية للمستهلك في العقود الالكترونية، يجب وضع قيود على شرط تحديد المحكمة المختصة، أو تلك التي تفصل في المنازعات التي تنشأ بينه وبين التاجر أو المهني.

6 – إذا كانت التجارة الالكترونية في تقدم مستمر، وإذا كان نشاط الشركات والمشروعات يوجه عبر الانترنت لكافة الدول، أياً كانت درجة التقدم الاقتصادي والاجتماعي والسياسي فيها. فلا بد للمشرع المصري أن يضع تشريعات تغطي الجوانب القانونية لعقود التجارة الالكترونية، ومن هذه القواعد ما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود. ووضع قيود على إرادة الأطراف في العقود التي تكون بحاجة خاصة لحماية أحد أطرافها. كما يلزم أيضاً وضع قواعد خاصة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، وعدم الاكتفاء بتلك الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

المـــراجـــــع

أولا:المراجع باللغة العربية :

د.أحمد صادق القشبيري:

الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي 1965، المجلد الحادي والعشرون.

د.أحمد عبد الكريم سلامة:

-علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أصولا ومنهجا، الطبعة الأولى، المنصورة، دار الجلاء، 1996.

-القانون الدولي الخاص النوعي (الالكتروني_السياحي_البيئي)، الطبعة الأولى ، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000.

-الانترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر كلية الشريعة والقانون-جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 13:12 مايو لعام2000.

-التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية،القاهرة،دار النهضة العرية،2004.

د.أسامة أبو الحسن مجاهد:

الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية وفقا لأحدث التشريعات في فرنسا، مصر،الأردن، دبي، البحرين، الكتاب الأول – دار النهضة العربية، 2007.

د.إيمان مأمون سليمان:

إبرام العقد الالكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008.

د..جمال محمود الكردي:

مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية ،الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2005.

د.حسام أسامة

الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2009.

د.خالد عبد الفتاح خليل:

حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية ،الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2009.

د.خالد ممدوح:

إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2005.

د.رشا علي الدين:

النظام القانوني لحماية البرمجيات، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007.

د.سلطان عبد الله محمود:

الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد(12)، العدد(43)، 2010.

د.شريف محمد غنام:

دور الوكيل الالكتروني في التجارة الالكترونية، الاسكندرية،دار الجامعة الجديدة،2011.

د.صالح المنزلاوي:

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008.

د.عوض الله شيبة الحمد:

القانون الدولي الخاص في مملكة البحرين، دراسة مقارنة،تنازع القوانين_الاختصاص القضائي الدولي_تنفيذ الأحكام الأجنبية ،الطبعة الثانية، البحرين، 2010.

د.فؤاد جمال عبد القادر:

إطلالة على مشروع قانون التجارة الالكترونية: منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.entrestolife.com/vb/shtuead.php?t=6343

د.فؤاد رياض، ود.سامية راشد:

الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992.

د.محمد الروبي:

دور الإدارة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009.

د.مصطفى أحمد أبو عمرو:

مجلس العقد الالكتروني، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011.

د.هشام صادق:

-القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الاسكندرية، دار الفكر العربي 2001.

-تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002.

-تنازع القوانين، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2007.

د.هشام صادق و د.حفيظة الحداد:

دروس القانون الدولي الخاص،الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2000.

ثانياً – المراجع باللغة الفرنسية:

- ***AUDIT(B):***

Droit international privé, 2e éd., paris, Ecomonica,1997.

- ***AYAD(A) et BOUABDALAH(A)***
- ***:Commerce électronique, obstacles et perspectives, cas de Tunisie.***

منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.memoire online-com/02/898/m_commerce_electronique-obstacles -precpect.

- ***BERAUDO(P):***

Compétence en matière international, du bon des règles spéciales des convention de Bruxelles et de Lugano pour plaider chez soi, J.C.P,N°11,2001,1299.

- ***BRUNEAU(C):***

Droit judiciaire Européen ,Les règles Européennes de compétence en matière civile et commerciale, règles Cons. CE N° 44/2001,22 Déc2000,JCP,N°11,2001,1304.

- ***CACHARD(O*)**:

La régulation international du marché électronique, paris L.G.D.J., 2002.

- ***CALLABRESI(C):***

Le droit applicable aux contrats internationaux conclus sur internet, Genéve, 2001.

منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.accademia-edu/43994/le_droit_app.

- ***DELBEH(X):***

Validdité de la clause attributive de juridicion, D.2010, doc. p.88 et s.

- ***DROZ (G.D.L).***

Compétence Judiciaire et effet des jugment dans le marché commune, étude de la convention de Bruxelles et de Lugano Paris, Dalloz,1972.

- ***DUASO CALES(R):***

La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation, 2002.

منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.lex.lex.electronica.org/articles/v8-11duso%2cales.pdf.

- ***FAUCHARD(PH):***

La spécificité de l' arbitrage international, Rev.arb 1981 p.449 et ss.

- ***FORMENT(C):***

La loi applicable aux contrats de commerce électronique, memoire de D.E.S.S.de droit multimidia et de l`informatique Paris II ,2001.

- ***FRANCQ(S) et JAULT(F):***

Les lois de police,une approche de droit comparé,* in *collection: le règlement communautaire " Rome 1" et le choix de lois dans les contrats internationaux, Paris, Litec.,2011,p..357 et ss.

- ***GAUDEEMENT TALLON(H):***

Les convention de Bruxelles et Lugano, 2e éd. paris, L.G.D.J.1996.

- ***GAURTRAIS:***

Le nouveau contrat à distance et la loi sur la protection du consommateur, 2008.

منشور على الموقع الالكتروني:

www.rincent.gautrais@umontreal.ca.

- HARTELY (T) et DOGAUCH:

Convention du 30 Juin 2005 sur Les accords d'élection de for: Rapport explicatif d' explanatory, 2005.

منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.bcc.net/upload/EXP1137Fpdf.

HUET (J):

- ***propose armes sur le directive du 5 avril 1993, JCP, 1994,1,p.309 et ss.***

-Aspects juridiques de commerce électronique,approche international,petites affiches,N°116,du 26 Septembre 1997.

- ***ITENU(O):***

Internet et le droit, aspects juridiques, Paris, 1996.

- ***JAQUET(J.M):***

-Le contrat international, Paris, Dalloz, 1999.

-Droit du commerce international, Paris, Dalloz, 2000.

- ***JAQUET(J.M), DELEBERQUE et CORNELOUP(S):***

Droit du commerce international, Paris, Dalloz, 2010.

- ***KESSELLER(D):***

-Le contrat administratif, face à l'électronique, peut- il exister un contrat administratif électronique, mémoire de DESS, paris, 2003.

-La relation des textes de référence: **in** ***collection: la matière civile et commerciale, socle d'un droit Européen de droit international privé, Paris Dalloz, 2009, p.119 et ss.***

- ***KNOEPHFLER(F):***

- ***La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (parties généraux), Rev.crit., 1988, p.207 et ss.***

- ***KOTEICHE(L.A):***

La loi applicable aux contrats du commerce électronique, Beyrout, 2005.

- ***LECLERIC(F):***

La protection de la partie faible dans les contrats internationaux, étude de conflit de lois, Bruylant, Bruxelles, 1995.

- ***LOUSSOOUARN(Y) et BERDIN(P):***

Droit du commerce international, paris, Dalloz, 1 996.

-MAYER (P)

-La protection de la partie faible en droit international privé, **in** ***collection: la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Paris, L.G.D.J, 1996, p.513 et ss.***

-Droit international privé, 6e éd, Paris, Montchrestien, 1999.

- ***MELIN(F):***

Droit international privé ,conflit des lois, conflit de juridiction, Giuliano éditeur, Paris, 2002

- ***MOUSSERON (J.M), FEBRE(P) et PIERRE(J.L).***

Droit du commerce international, Paris, Litec, 1997.

- ***MUIR WATT(H):***

Le principe d'autonomie entre liberalism et néolibéralisme: **in** ***collection la matière civile et commerciale, socle d'un droit Européen de droit international privé, Paris, Dalloz, 2009, p.77 et ss.***

- ***NORD(N):***

Ordre public et lois de police en droit international privé, Thèse, Strasbourge, 2002.

- ***PILECHET(M):***

Les ventes aux consommateurs, actes et documents de la XIV session de la conférence de la Hay de droit international privé 1984,p.11 et ss.

- ***POILOT PERUZZETTO(S):***

Le choix de la loi dans les contrats internationaux et la construction Européen: **in** ***collection: le règlement communautaire (Rom 1) et la choix de la loi dans les contrats internationaux, Paris, Litec., 2011, p.35 et ss.***

- ***POMMIER(J.C):***

Principe d'autonomie de la volonté et la loi du contrat en droit international privé, Paris, Economica, 1992.

- ***SEYVET(J):***

Le cadre juridique international du commerce électronique: Les questions à traiter pour assurer son développement,2001.

منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.taieb.net/di.2001/vf/cebet.i.pdf.

- ***TEREIO(M):***

Les clauses abusive dans les contrats avec le consommateur (directive N°93/13/CE du conseil 5 Avril 1993) édition technique, contrats – concurrence- consommation, Juillet 1993,p.1 et ss.

- ***THIEFFRY(P):***

- ***Commerce électronique, droit international et Européen Paris, Litec., 2002.***

منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.journal.com/juridique01221.shml.

-La protection juridique de cyberconsommation, Paris, Litec. 2002.

-La directive Européenne de la commerce électronique.

منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.jurisceane.net/pro/2/ce200006/5.

ثالثاً – المواقع الالكترونية:

- ***http://www.acadeemia-edu/4339949/le_droit_app.***
- ***http://www.deepot.etudit.org/bestreeam/002679dd/11.***
- ***http://www.investalif.com/vb/shwread.php?t=63343.***
- ***http://www.damin/ch/f/rs/i2/o.221.211-4.fr.***
- ***http://www.univ-apris1.fr/fleadmin/diplom-droit.***
- ***http://www.memoireonlid.com/2/08/898.m_commerce_electronique-obstacle-prespect..***
- ***http://www.ccq.lexum.org/ccq/section-do?lang=fr8article.***

- ***http://www.alog.fr.experttises/1998/som0598/commerce0598.htm.***
- ***http://www.droit.tecnologie.org/actuality590/commerce.electronique-loi-applicable.***
- ***http://www.hec.net/upload/exp137f.pdf.***
- ***http://www.hcc.net/index.fr-php?act=convention.tex8cit=98.***
- ***http://www.hec.nte/upload/exp137f.pdf.***
- ***http://wwwconclu.org//qc/loi/p.4401/20073071tout.html.***
- ***http://www.courdeecassation.fr/jurisprudence_2/premire_chambre-Civil_568_26_24.***

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	5
مبحث تمهيدي: تعريف العقد الالكتروني ومعايير دولته.	10
المطلب الأول:تعريف العقد الالكتروني وخصائصه.	10
المطلب الثاني:دولية العقود الالكترونية.	19
الفصل الأول :تطبيق قانون الادارة على العقود الالكترونيه	26
المبحث الأول:حرية اختيار القانون الواجب التطبيق.	28
المطلب الأول : الاختيار الصريح في العقود الإلكترونية	29
المطلب الثاني :الاختيار الضمني في العقود الالكترونية.	37
المبحث الثاني:مبدأ سلطان الإدارة وشكل العقد الالكتروني.	46
الفصل الثاني:التضييق من حرية الاختيار في العقود الالكترونيه	54
المبحث الاول:تعريف المستهلك الالكتروني ومبررات حمايته.	56
المبحث الثاني: دور قواعد النظام العام في تقييد حرية الأطراف في العقد الالكتروني	65
المبحث الثالث:دور التشريعات في حماية المستهلك الالكتروني.	71
المطلب الأول:التشريعات الوطنية	71
المطلب الثاني:الاتفاقيات الدولية والتوجهات الأوروبية.	78

الفرع الأول:حدود مبدأ سلطان الإدارة في الاتفاقيات الدولية.	**78**
الفرع الثاني:التوجهات الأوروبية وحماية المستهلك الالكتروني.	**84**
الفصل الثالث:الاختصاص القضائي وحرية الاختيار في العقود الالكترونية.	**91**
المبحث الأول:الاختصاص الإرادي في العقود الالكترونية.	**93**
المبحث الثاني:القيود الواردة على إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة في عقود الاستهلاك.	**114**
المطلب الأول:أسباب حماية المستهلك الالكتروني.	**117**
المطلب الثاني:موقف التشريعات وأحكام القضاء في تقييد الشرط الإرادي	**124**
الخاتمة	**137**
المراجع	**140**
الفهرس	**151**

رقم الإيداع بدار الكتب
2013/8982

الترقيم الدولي I.S.B.N.
978-977-04-7298-9