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.