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 .