جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
Birzeit, Palestine

**كلية الحقوق والإدارة العامة**

**برنامج الماجستير في القانون**

# القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

"دراسة مقارنة"

# Applicable Law to the Electronic Commerce Contracts

"**A Comparative Study**"

**مقدمة من الطالبة: بيان إسحق القواسمي**

**الرقم الجامعي: 1045374**

**إشراف: الدكتور أمين دواس**

**والدكتور فراس ملحم**

**قدمت هذه الدراسة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون**

**2007**

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
Birzeit, Palestine

كلية الحقوق والإدارة العامة

برنامج الماجستير في القانون

# القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

"دراسة مقارنة"

# Applicable Law to the Electronic Commerce Contracts

"A Comparative Study"

رسالة ماجستير مقدمة من الطالبة بيان إسحق مصطفى القواسمي

استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون

الرقم الجامعي: 1045374

تاريخ المناقشة: 15-2-2007

توقيع أعضاء لجنة النقاش:

| | | |
|---|---|---|
| د. أمين دواس | (مشرفاً) | التوقيع..... |
| د. فراس ملحم | (مشرفاً) | التوقيع..... |
| د. عثمان التكروري | (عضواً) | التوقيع..... |
| د. يوسف شندي | (عضواُ) | التوقيع..... |

# إهداء

إلى

من أوصانا الله ورسوله بالإحسان إليهما وطاعتهما

إلى

والدتي ووالدي، اللذين كانا على الدوام مصدر دعمي وتشجيعي ومؤازرة لي،

أطال الله في عمريهما وأعانني على برهما ورزقني رضاهما، فجزاهما الله عني خير الجزاء

وإلى

أخي وإخواني الذين أشد بهم أزري، ويفرح بهم قلبي

وإلى

زوجي الذي أخذ بيدي ودعمني وشجعني على المضي قدماً في طلب العلم

إلى

الدكتور أمين دواس الذي امتزج فيه العلم بالخلق الرفيع فمد لي يد العون، وآثرني على وقته

ومنحني من جهده

إلى

الدكتور فراس ملحم الذي بعطائه المتواصل أضاء لي دروب العلم والمعرفة

وإلى كل من له في قلبي مكان

أهدي هذا الجهد المتواضع

بيان إسحق القواسمي

## شكر وتقدير

أشكرك ربي على نعمك وفضلك الذي مننت علي بأن وفقتني لإنجاز هذه الرسالة.

ولا يسعني إلا إن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان والتقدير لأساتذتي؛ الدكتور أمين دواس والدكتور فراس ملحم اللذين شرفاني بقبول الإشراف على هذه الرسالة، ومنحاني من نبع علمهما الذي أدعو الله أن لا ينضب، فجزاهما الله عني كل خير.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من الأساتذة الأفاضل: الدكتور عثمان التكروري والدكتور يوسف شندي الذين تفضلوا مشكورين بقبول الاشتراك في لجنة المناقشة، فكان ذلك شرفاً لي لأستقي من علمهم ومعرفتهم وملاحظاتهم التي ستثري بالتأكيد هذا البحث.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساهم في إنجاز هذا الجهد المتواضع، وإخراجه إلى حيز الوجود.

لهم مني جميعاً تحية إكبار وتقدير

وليكن نوره سبحانه وتعالى ملء عيوننا قوةً ورشاداً وهدى

**بيان إسحق القواسمي**

# الفهرس


إهداء ..... أ

شكر وتقدير ..... ب

الفهرس ..... ت

ملخص ..... ح

ABSTRACT ..... د

المقدمة ..... ر

**الفصل التمهيدي: العقود الإلكترونية بوجه عام ..... 1**

المبحث الأول: إبرام العقد الإلكتروني ..... 2

المطلب الأول: الإيجاب في التعاقد الإلكتروني ..... 3

المطلب الثاني: القبول في التعاقد الإلكتروني ..... 17

أولاً: زمان إبرام العقد الإلكتروني ..... 19

ثانياً: مكان إبرام العقد الإلكتروني ..... 22

المطلب الثالث: صحة التراضي ..... 24

أولاً: أهلية المتعاقد عبر الإنترنت ..... 24

ثانياً: عيوب الإرادة في التعاقد عبر الإنترنت ..... 25

المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني ..... 28

المطلب الأول: حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية ..... 30

الفرع الأول: المحرر الإلكتروني ..... 30

أولاً: تعريف المحرر الإلكتروني ..... 32

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المحرر الإلكتروني ..... 34

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للمحررات الإلكترونية ..... 36

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني ..... 39

الفرع الأول: التوقيع الإلكتروني: ماهيته وأنواعه ..... 39

أولاً: ماهية التوقيع الإلكتروني ..... 39

ثانياً: أنواع التوقيع الإلكتروني ..... 42

الفرع الثاني: حجية الإثبات بالتوقيع الإلكتروني ..... 44

**الفصل الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية بوجه عام ..... 49**

المبحث الأول: قواعد الإسناد التقليدية ومدى ملاءمتها للتطبيق على العقود الإلكترونية ..... 51

المطلب الأول: دور الإرادة في العقود الإلكترونية ..... 55

الفرع الأول: الاتفاق الصريح والضمني بين المتعاقدين.....56
الفرع الثاني: سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد .....59
المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية وفقاً لقواعد الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي.....61
الفرع الأول: قانون محل إبرام العقد.....62
الفرع الثاني: قانون محل تنفيذ العقد .....64
الفرع الثالث: معيار الأداء المميز .....66
المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على إثبات عقود التجارة الإلكترونية .....69
المبحث الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين الإلكترونية .....72
المطلب الأول: وسائل حماية المستهلك في العقد الإلكتروني وأثر ذلك على إعمال قانون الإرادة74
الفرع الأول: وسائل حماية المستهلك في العقد الإلكتروني.....75
الفرع الثاني: أثر حماية المستهلك في العقد الإلكتروني على إعمال قانون الإرادة.....88
المطلب الثاني: سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد في عقود المستهلكين الإلكترونية .....91
**الفصل الثاني: القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي ومدى انطباقه على العقود الإلكترونية .....94**
المبحث الأول: ماهية القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي .....97
المطلب الأول: تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي ونشأته.....98
المطلب الثاني: خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي .....101
أولاً: قانون تلقائي النشأة والتطبيق.....101
ثانياً: قانون موضوعي .....102
ثالثاً: قانون دولي.....102
رابعاً: قانون طائفي ونوعي .....102
خامساً: متلائم مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت.....103
المبحث الثاني: مدى انطباق قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي على عقود التجارة الإلكترونية.....104
المطلب الأول: مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي .....105
الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية .....105
الفرع الثاني: الأعراف والعادات الناتجة عن الممارسات التعاقدية .....107
الفرع الثالث: قواعد السلوك.....108
الفرع الرابع: العقود النموذجية.....110
المطلب الثاني: فعالية القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي في حل المنازعات العقدية الإلكترونية الدولية.....113

الفرع الأول: نفي صفة النظام القانوني عن القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي .....114
الفرع الثاني: نقص وقصور قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي.....117
**الفصل الثالث: تحديد القانون المختص بالعقود الإلكترونية في الأنظمة القانونية المقارنة .....120**
المبحث الأول: تحديد القانون المختص بالعقود الإلكترونية في الأنظمة القانونية الأوروبية والأمريكية .....124
المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية في النظام القانوني للإتحاد الأوروبي.....126
المطلب الثاني: تحديد القانون المختص بالعقود الإلكترونية في النظام القانوني الأمريكي.....132
المبحث الثاني: تحديد القانون المختص بالعقود الإلكترونية في القوانين العربية.....136
المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 ومشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري ....138
المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية وفقاً لمشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني .....143
الخاتمة.....147
التوصيات والمقترحات .....149
قائمة المصادر والمراجع .....151

# ملخص

اشتملت الرسالة على ثلاثة فصول؛ تناولنا في الفصل الأول مدى ملاءمة القواعد التقليدية في القانون الدولي الخاص لحكم عقود التجارة الإلكترونية، وقد ألقينا الضوء على دور إرادة المتعاقدين في مجال تحديد القانون واجب التطبيق، مما دفعنا للتوصل إلى أن الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين تشكل ضابط الإسناد الأصلي الذي يجدر إعماله ابتداءً، كما حددنا المعايير التي يمكن للقاضي إعمالها في حال غياب الإرادة الصريحة وتعذر الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، ومن خلال عرض هذه المعايير، توصلنا إلى صعوبة إعمال الإسناد الجامد نظراً لتعارض هذا الإسناد بنوعيه؛ قانون محل الإبرام أو التنفيذ مع تنوع العقود الدولية وتطورها واختلاف ملابساتها، كما خلصنا إلى استحالة الأخذ بالإسناد لقانون محل تنفيذ العقد في حالة عدم تحديد هذا المحل من البداية أو تعدد أماكن التنفيذ، وبالنتيجة، فإننا نرجح الأخذ بالإسناد المرن الذي يقوم على أساس معيار الأداء المميز الذي يسمح بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة لقانون المكان الذي تم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي في العقد. وقد خصصنا مساحة من هذا الفصل لعقود المستهلكين الإلكترونية انطلاقاً من خصوصيتها، وتوصلنا إلى إخضاع هذه العقود إلى قانون الإرادة أو قانون محل إقامة المستهلك أيهما أفضل للأخير.

وتناولنا في الفصل الثاني التوجه الذي يدعو إلى إخضاع عقود التجارة الإلكترونية إلى قواعد موضوعية من أهم خصائصها أنها دولية، نوعية، تلقائية، ومن أهم مصادرها؛ الاتفاقيات والأعراف والعادات وقواعد السلوك والعقود النموذجية، وقد توصلنا إلى استحالة إضفاء صفة النظام القانوني على هذه القواعد نظراً لافتقادها لعنصري الإلزام والجزاء من جهة، وقصور هذه القواعد عن تغطية كافة جوانب التعاقد الإلكتروني من جهة أخرى.

أما الفصل الثالث، فقد خصصناه لإلقاء الضوء على ما أخذت به الأنظمة القانونية المقارنة، حيث تناولنا ما كرسه الإتحاد الأوروبي من قواعد مستمدة من اتفاقية روما بشأن القانون واجب التطبيق

على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980، وتؤكد هذه القواعد في مجملها على دور الإرادة في تحديد قانون العقد، وفي حال غياب هذه الإرادة، تقرر خضوعه إلى قانون الدولة التي يرتبط بها ارتباطاً وثيقاً، كقانون الدولة التي يوجد فيها المركز الرئيسي للمورد أو قانون محل إقامة المستهلك وفقاً لشروط خاصة بالأخير. وفيما يخص المشرع الأمريكي، فقد توصلنا إلى خصوصية توجهه من خلال إلقاء الضوء على ما يقرره القانون الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب الذي يؤكد على دور الإرادة كأصل عام، أما في حالة غيابها، فإن القاعدة التي يقرها القانون المذكور تقدم حلولاً متنوعة وفقاً لكل حالة، مما يجعل هذا القانون أفضل من غيره. وقد عالجنا أخيراً توجهات الأنظمة القانونية العربية من خلال تحليل موقف المشرع الأردني والمصري والفلسطيني، وقد توصلنا لقصور التشريعات العربية الخاصة بالتجارة الإلكترونية عن تحديد القانون الواجب التطبيق مما دفعنا إلى الرجوع إلى قواعد القانون المدني في كل منها، واستنتجنا أنها تأخذ بالإسناد الجامد للعقد لقانون محل إبرامه، وهذا يعد مأخذاً عليها، حيث أننا نرجح الإسناد المرن لتوافقه –نسبياً– مع طبيعة عقود التجارة الإلكترونية.

# Abstract

The study is composed of three chapters. In the first chapter, we have clarified the ability of the private international law rules to govern electronic commerce contracts, and we have showed the role of contractor's will in determining the applicable law. It is concluded that this will -whether it was explicit or implicit- is considered to be the original measure that must be applied in the beginning. We also determined the measures that can be applied by the judge in the absence of the explicit will and the impossibility of revealing the implicit one. By reviewing these measures, we concluded the hardness of applying the theory of stable measures since it contradicts with the variation of the international contracts, its development, and the variation of its circumstances. In addition, our research revealed the impossibility of applying the measure that leads to the law of contract execution place in the case of undetermined that to be taken place from the beginning, or the case of the multiple execution places. As a result, we gave preponderance to applying the flexible measure that basis on the special performance. We also specified a part of this chapter for the electronic consumer's contracts because of its private nature, and we concluded that it shall be subject to the law of will or the law of consumer's place of residence, which is better for the later.

In the second chapter, we discussed the trend that calls for the subjection of e-contracts to substantive provisions, which is described to be international, spontaneous and denominational. Also, the sources of these provisions are conventions, customs, usages, conduct rules and the standard contracts. And in respect with this matter, we concluded the impossibility of considering these provisions as a law provisions since they need the element of obligation and penalty from one side, and the weakness of such provisions to cover all the sides of the e- contracts from the other side.

The third chapter was meant to explore the comparative law, in particular the directives of the European Union. It dedicated a group of provisions derived from Rome convention for the applicable law on contractional obligations 1980. These provisions ensure the role of the will in determining the contract

law, and in the case of that will is absence, the contract is subject to the law of the most related country as the law if the country of the main position of the provider or the law of consumer's residence to specific conditions for the consumer. And in respect with the American legislator, we concluded that his trend was special; the (UCITA) confirmed on the role of the will in general, and it distinguished between three cases by presenting different solutions accordance to each case. That’s why we considered this law to be the best.

Finally, we discussed the Arabic laws trends, by analyzing the Jordanian and Egyptian and Palestinian behavior, and so on. We discovered the weakness and shortage of such laws and draft legislations as they did not determine the applicable law on the e-contracts. And this situation required the reference to the civil law provisions, and we concluded that they adapt the stable measures that basis on the law of the place of formation, and this is a great criticism. As we think that the flexible measure is the best since it is the most suitable for the nature of electronic commerce contracts

## المقدمة

يعيش عالمنا الآن العديد من التحولات الأساسية التي لم تعد تقتصر فقط على شكل النظام الدولي ومسألة توازن القوى، بل تعدت ذلك إلى البيئة التكنولوجية والمعلوماتية، حيث غدا العالم يشهد ثورة جامحة ومستحدثة تماماً، هذه الثورة هي ثورة المعلومات التي رافقها تحول الإنسان من الاعتماد على وسائل تقليدية إلى أخرى أكثر حداثة وتطوراً، وتعد شبكة الإنترنت من أهم معالم هذه الثورة، ولا يخفى على أحد الدور الذي تلعبه هذه الشبكة في حياة الأفراد والمجتمعات، بحيث يمكن القول بأنها قد شكلت العالم من جديد، فقد اختصرت الوقت وقلصت المسافات وأفرزت مفاهيم جديدة جعلت صفوة من الناس يعملون بعقولهم لا بأيديهم، ومن هنا ظهرت فكرة المعاملات الإلكترونية.

وتعد بيئة الإنترنت عالماً بلا حدود، فهي فضاء لا يعترف بالحدود الجغرافية، وقد دفعت هذه الحقيقة البعض للقول بأن الإنترنت يقع في منطقة اللاقانون، حيث أنه لا يخضع لهيمنة أي جهة، ولا ينظمه أي قانون.

وفي ظل تنامي دور الإنترنت في مجال تبادل السلع والخدمات، فقد ظهرت الحاجة ملحة إلى تنظيم هذه البيئة قانونياً، حتى لا تتحول إلى شريعة غاب تعتدي فيها الشركات الكبرى على حقوق مستخدمي هذه الشبكة من خلال تحكمها بشروط وبنود العقود المبرمة عبر الإنترنت بما يتفق ومصالحها الذاتية، ومن هنا تأتي أهمية قانون التجارة الإلكترونية، فهو قانون ينظم أعمالها، ويلم شمل مفرداتها، ويبعث الثقة والأمان بعملية التعاقد عن بعد، ويقدم الحماية القانونية للمستهلك بغية تحقيق العدالة المنشودة في هذه البيئة.

ومن الطبيعي أن يفرز التعامل عبر بيئة الإنترنت مجموعة من التحديات القانونية من أبرزها مسألة تنازع القوانين التي تثور بصدد التعاقد الإلكتروني؛ فمن المعروف أن هذا التعاقد يتم بين طرفين غالباً ما يكونان من دول مختلفة، مما يثير مشكلة القانون واجب التطبيق على هذا العقد في ظل صعوبة إعمال قواعد الإسناد التقليدية في القانون الدولي الخاص نظراً لصعوبة تركيز العلاقة العقدية

المبرمة عبر الإنترنت مكانياً من جهة، وقصور القواعد الموضوعية المادية عن تغطية كافة مسائل التعاقد الإلكتروني من جهة أخرى، مما دفع العديد من الشركات التي تقدم الخدمات والسلع عبر الإنترنت إلى النص مسبقاً على إحالة النزاعات العقدية المتصور نشوؤها إلى الوسائل البديلة ومن أبرزها التحكيم الإلكتروني.

**نطاق الدراسة**

اقتصرت هذه الدراسة على بحث مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية في ضوء الاتجاهين المعروفين اللذين يتنازعانها (الاستناد إلى قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص أو اللجوء إلى قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي)، ولم تتعرض لمسألة تنازع الاختصاص القضائي والمحكمة المختصة، أو مسألة الوسائل البديلة لحل النزاعات العقدية الإلكترونية والتي قد يتبادر إلى الذهن ارتباطها الوثيق بموضوع الدراسة، إلا إن هذه المسائل تتطلب دراسة متعمقة ومستقلة لا يتسع بنا المقام هذا لبحثها.

**أهمية الدراسة**

تنبع أهمية هذه الدراسة من كون الأحكام والقواعد المطروحة خلالها ليست موضع اتفاق، إضافة إلى أن جزئياتها لم تخضع لبحث مستقل متعمق، فبيئة الإنترنت هي بيئة متجددة بصورة خيالية، وأدواتها التقنية تشهد تطوراً متسارعاً مما يزيد من التحديات القانونية التي تثور بشأن الاستناد إليها في عملية التعاقد.

ولما كانت القواعد التقليدية في القانون الدولي الخاص صعبة التطبيق –إلى حد ما– في مجال العقود الإلكترونية، ولما كانت القواعد الموضوعية قاصرة عن الإلمام بكافة جوانب هذه العقود وغير ملزمة بطبيعتها، ولما كان الاستناد لأي منهما لا يخلو من العقبات والإشكاليات، فإن أهمية الدراسة تتأتى من عرض الباحث للاتجاهات الفقهية التي تتنازع هذا الموضوع، ومحاولة ترجيح الاتجاه الأكثر توافقاً مع الطبيعة الخاصة للعقود الإلكترونية وما تمتلكه من معطيات خاصة تميزها عن العقود

التقليدية، فهذه العقود لا تقوم على دعامات ورقية، ولا تتضمن تعاصراً مادياً للمتعاقدين، كما أن مستخرجاتها الإلكترونية تثير مشكلة في الإثبات، والأهم من ذلك كله هو صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الذي يشكل بحد ذاته ضابطاً مهماً من ضوابط الإسناد في القانون الدولي الخاص.

كما أن أهمية الدراسة تتأتى أيضاً من خصوصية وضع الأنظمة القانونية العربية بشكل عام والنظام القانوني الفلسطيني بشكل خاص، حيث أغفلت تشريعات التجارة الإلكترونية العربية –والتي تعد محدودة في عددها– مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية مما دفعنا إلى الإحالة على القواعد العامة للعقد في القانون المدني انطلاقاً من دولية هذه العقود.

**تساؤلات الدراسة**

تقوم هذه الدراسة بعرض جملة من الإشكاليات والتساؤلات التي تثور بصدد محاولة تحديد القانون واجب التطبيق على العقود الإلكترونية، والتي يقوم الباحث بالتقديم لها من خلال هذه الدراسة بغية التوصل إلى الحلول القانونية الملائمة بشأنها.

ويمكن عرض هذه التساؤلات كما يلي:

- ما المقصود بالعقد الإلكتروني؟ وكيف يتم التعبير عن إرادة الطرفين المتجهة لإبرامه؟ وكيف يتم إثباته في ضوء خصوصية المستخرجات الإلكترونية؟
- ما هو دور الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون واجب التطبيق؟ وما هي المعايير التي يلجأ القاضي لإعمالها في حالة غياب الإرادة الصريحة وتعذر الكشف عن الإرادة الضمنية؟ وما هو المعيار الأرجح للتوافق مع خصوصية العقد الإلكتروني؟
- ما هو القانون واجب التطبيق على عقود المستهلكين الالكترونية؟ وما أثر وسائل حماية المستهلك في العقد الإلكتروني على إعمال قانون الإرادة؟
- ما هو القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي؟ وما هي مصادره؟ وهل يعد الاستناد إلى قواعده الموضوعية أمراً مجدياً لحكم العقود الإلكترونية؟

- بأي من الاتجاهين سارت التوجيهات الصادرة عن الإتحاد الأوروبي؟ وبماذا تتمثل خصوصية مسلك النظام القانوني الأمريكي؟ وهل يعد الرجوع إلى القواعد العامة للعقد في القوانين المدنية العربية حلاً منطقياً في ضوء غياب المعالجة المتخصصة في قوانين التجارة الإلكترونية؟

**هدف الدراسة**

تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على مسألة القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية والتي تشكل إحدى التحديات المثارة قي حقل منازعات التجارة الالكترونية معتمدين بالأساس على تحليل اتجاهات الفقه المقارن والبحث في مدى ملاءمة قواعد القانون الدولي الخاص التقليدية لتغطية مشكلات الاختصاص وتنازع القوانين بالنسبة لهذه العقود، وصولاً إلى وضع دراسة متعمقة بهذا الشأن بين يدي الباحثين والمهتمين بغية سد الفراغ المتعلق بهذه المسألة في المكتبة القانونية الفلسطينية.

**منهجية الدراسة**

في هذه الدراسة تم التزاوج بين المذهب الوصفي والتحليلي، حيث قمنا بوصف القواعد القانونية المتعلقة بالإشكالية محل الدراسة، ثم قمنا بتحليل هذه القواعد ودراستها دراسة نقدية، كما اضطلعنا بتحليل القواعد التقليدية في القانون الدولي الخاص وتكييفها لمحاولة جعلها ثوباً مناسباً للتجارة الإلكترونية، وقد حاولنا –من خلال هذا البحث– أن نقرن الطابع النظري بالواقع العملي إذ تلمس بعض الحالات القضائية من هنا وهناك.

ولم نغفل أن يكون المنهج المقارن حاضراً في هذه الدراسة، حيث تم البحث في أهم التجارب الرائدة في مجال تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية؛ وذلك من خلال التعمق في

توجهات الإتحاد الأوروبي والولايات المتحدة والأنظمة القانونية العربية المختصة بالتجارة الإلكترونية، بغية تحديد الحلول الأكثر نجاعة لهذه الإشكالية.

**خطة الدراسة**

في ضوء ما تقدم، ارتأينا التقديم لهذه الدراسة من خلال فصل تمهيدي يعالج مسألة إبرام العقد الإلكتروني وخصوصيته وإثباته. ثم قمنا بتقسيم الدراسة إلى ثلاثة فصول؛ حيث عرضنا في الفصل الأول فعالية القواعد التقليدية في القانون الدولي الخاص وملاءمتها لحكم عقود التجارة الإلكترونية، كما أكدنا على دور الإرادة الصريحة أو الضمنية كضابط إسناد أصلي في هذا المجال، وتطرقنا إلى دور القاضي في غياب هذه الإرادة، كما عالجنا خصوصية عقود المستهلكين الإلكترونية. وتناولنا في الفصل الثاني إمكانية إخضاع عقود التجارة الإلكترونية للقانون الموضوعي الإلكتروني الدولي من خلال توضيح خصائصه ومصادره وفعاليته في هذا الشأن.

وفي الفصل الثالث، ألقينا الضوء على القواعد التي كرسها الإتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية بخصوص القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، كما تطرقنا لتوجهات الدول العربية (مصر، الأردن) بهذا الشأن، كما عرجنا على التجربة الفلسطينية من خلال إلقاء الضوء على مشروع قانون المبادلات الإلكترونية ومشروع القانون المدني الفلسطيني.

# الفصل التمهيدي

## العقود الإلكترونية بوجه عام

نظراً لما تتميز به بيئة التجارة الإلكترونية من إبرام للعقود عن بعد دونما التقاء مادي للمتعاقدين اللذين لا يجمعهما مجلس واحد، وانتفاء لوجود دعامات ورقية ومستندات مادية الأمر الذي يثير مسألة إثبات التزامات المتعاقدين من جهة، ويثير تساؤلات عديدة حول صحة العقد التجاري الإلكتروني من جهة أخرى، فإن معظم المشرعين في كافة الدول قد ارتأوا ضرورة تطبيق أحكام قانونية خاصة بالتجارة الإلكترونية وما ينشأ من عقود في ظلها، فقد ساوت التشريعات المستحدثة في مجال التجارة الإلكترونية بين الكتابة والتوقيع العاديين من جهة والكتابة والتوقيع الإلكترونيين من جهة أخرى وفقاً لما يعرف بمبدأ "النظير الوظيفي" "Functional Equivalence"[1]، وذلك في خطوة منها للوصول إلى الاعتراف القانوني بالعقد الإلكتروني، ومحاولةً من هذه التشريعات للتغلب على الإشكاليات الواسعة التي يثيرها التعاقد الإلكتروني.

ويتجه المشرع الفلسطيني إلى الانضمام إلى مجموعة الدول التي حدثت تشريعاتها أو استحدثت تشريعات خاصة لتكون المرجع في حل إشكاليات التعاقد الإلكتروني، وذلك عندما وضع مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكتروني الفلسطيني لسنة 2003، ومشروع قانون تنظيم التوقيعات الإلكترونية لسنة 2004.

وبناء على ما تقدم، ونظراً لما يحيط العقد الإلكتروني من إشكاليات، فإننا سنحاول إزالة ما يعتريه من غموض من خلال التعرف على الطبيعة القانونية لهذا العقد بالنظر إلى كيفية انعقاده وصحته وإثباته وصولاً إلى تحديد القانون واجب التطبيق على هذا النوع من العقود، وذلك في سياق مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: إبرام العقد الإلكتروني.

المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني.

---

[1] أسامة أبو الحسن مجاهد:"خصوصية التعاقد عبر الإنترنت"، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000، ص39.

## المبحث الأول

## إبرام العقد الإلكتروني

يقوم العقد الإلكتروني –كغيره من العقود– على أساس مبدأ الرضائية، بحيث يلزم لانعقاده تلاقي إرادتي طرفيه فيما يعبر عنه في الغالب بالتقاء الإيجاب والقبول وتطابقهما "التراضي"، ويشكل هذان العنصران محور العقد وأساس تكوينه، فاللفظ الذي يصدر أولاً هو الإيجاب والثاني هو القبول[1].

ويختلف التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية عن ذلك الذي يتم في العقود التقليدية، فيكون في الأخيرة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المعهودة عرفاً، أو باتخاذ مسلك أو تصرف لا تدع ظروف الحال مجالاً للشك فيه ويكون دالاً على تراضي المتعاقدين[2].

أما التعبير عن إرادة المتعاقدين في العقد الإلكتروني فإن له خصوصية نابعة من كون هذا العقد ينتمي إلى طائفة العقود التي تتم عن بعد، بحيث يأخذ الإيجاب والقبول فيها شكلاً مغايراً، من هنا فإننا سنبحث في الطبيعة القانونية للإيجاب والقبول الإلكترونيين في المطلبين القادمين.

---

[1] عدنان إبراهيم السرحان ونوري خاطر: "شرح القانون المدني الأردني"، إربد: الفجر للطباعة، ط1، 1997، ص57.

[2] محمد وحيد الدين سوار: "شرح القانون المدني_ النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام"، دمشق: جامعة دمشق، ج1، ط9، 2000، ص70.

**المطلب الأول: الإيجاب في التعاقد الإلكتروني**

يعرف الإيجاب –بصفة عامة– بأنه التعبير البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني[1].

ولا يختلف الإيجاب الإلكتروني كثيراً عن الإيجاب العادي، إلا أن التعبير عنه يأخذ شكلاً مغايراً، وتعد "رسالة البيانات" الوسيلة الأمثل للتعبير عن الإيجاب في بيئة الإنترنت، وقد عرفها مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني في مادته الأولى بأنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، ويشمل ذلك تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"[2].

ولما كان العقد الإلكتروني من طائفة العقود التي تتم عن بعد، فإن تعريف الإيجاب فيه يجب أن يتم في ظل تعريف الإيجاب في هذه العقود، وقد عرف التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين

---

[1] راجع المادة (168) من مجلة الأحكام العدلية: " الإيجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلدة." والمادة (169) أيضاً: " الإيجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي كبعت واشتريت وأي لفظ من هذين ذكر أولا فهو إيجاب والثاني قبول، فلو قال البائع بعت ثم قال المشتري اشتريت أو قال المشتري أولا اشتريت ثم قال البائع بعت، انعقد البيع، ويكون لفظ (بعت) في الأولى إيجابا و(اشتريت) قبولاً وفي الثانية بالعكس. وينعقد البيع أيضاً بكل لفظ ينبئ عن إنشاء التمليك والتملك كقول البائع: أعطيت أو ملكت، وقول المشتري: أخذت أو تملكت أو رضيت وأمثال ذلك.". كما تنص المادة (75) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على:" الإيجاب والقبول كل تعبيرين مستعملين عرفا لإنشاء العقد، وأي تعبير صدر أولا فهو إيجاب والثاني قبول."، وتطابقها المادة (1/91) من القانون المدني الأردني رقم 14 لسنة 1976.

[2] يذكر أن المشروع الفلسطيني قد سار على هدي قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (م1/12)، وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني (م11) في مسألة الاعتداد برسالة البيانات كوسيلة للتعبير عن الإرادة عبر الإنترنت.

الإيجاب الإلكتروني بأنه "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"[1].

نستنتج من هذا التعريف أن هناك شروطاً لا بد من توافرها في الإيجاب حتى يعتد به ويكون ملزماً، فيجب أن يكون واضحاً تماماً ومحدداً لا يشوبه أي غموض، وأن يكون الإيجاب جازماً باتاً، ويمكن توضيح هذين الشرطين على النحو التالي:

**أولاً: أن يكون الإيجاب واضحاً ومحدداً**

يجب أن يتضمن الإيجاب العناصر الجوهرية التي لا ينعقد العقد بدونها، وبالنظر إلى كون معظم العقود التي تتم عبر الإنترنت هي عقود بيع فإن الأمر يستدعي توفر معلومات كافية عن شخص البائع من جهة، وعن السلعة محل العقد من جهة أخرى، وعليه، يجب أن يتضمن الإيجاب تعريفاً بالموجب ذاته، وذلك تحقيقاً لما يعرف بمبدأ التبصير " Be circumspect "

الذي يمكن تعريفه بأنه "مجموعة الالتزامات التي يفرضها القانون على المتعاقدين للتعريف بشخصيتهما"، بالإضافة إلى التزام الموجب ببيان شروط وكيفية تنفيذ التعاقد، وقد تم تكريس هذا المبدأ من خلال العديد من التعليمات ومنها ما نص عليه التوجيه الأوروبي الصادر في حزيران/ يونيو 2000 بخصوص حماية المستهلكين[2]. كما يجب أن يتضمن الإيجاب المعروض عبر الموقع

---

[1] رامي علوان: "التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الالكتروني"، الكويت: مجلة الحقوق والشريعة، العدد 4، السنة26، 2002. أنظر أيضاً: محمد إبراهيم أبو الهيجاء: "عقود التجارة الإلكترونية"، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2004، ص42.

[2] يضع هذا التوجيه مجموعة أساسية من المعلومات الواجب توفرها في الإيجاب الإلكتروني على النحو التالي:
1- بيان اسمه وعنوانه البريدي. 2- توضيح الخصائص المتعلقة بالسلعة أو الخدمة. 3- تحديد السعر.
4- بيان أي تكاليف إضافية كأجور النقل. 5- منح المستهلكين الحق في إرجاع المبيع وذلك خلال سبعة أيام عمل دونما إبداء أي أسباب. 6- تحديد مدة عرض المبيع. 7- توفير نظام خاص لتلقي أية شكاوى أو ملاحظات من المستهلكين ما بعد البيع.
راجع: John Warchus. E- Contracts. Shadbolt & co. 2000

التجاري معلومات واضحة بشأن الشيء المبيع: كميته، نوعه، ثمنه، وكيفية الدفع، وما إلى ذلك من الأمور التي تعد ضرورية لإعطاء المتعاقد الآخر فكرة كاملة حول المبيع، حتى يتسنى له إصدار قبوله وهو على بينة من أمره. ولم يغفل المشروع الفلسطيني عن التأكيد على ضرورة وضوح الإيجاب الالكتروني حيث أورد مجموعة مفصلة من المتطلبات الواجب مراعاتها في ذلك الإيجاب، وقد جاء نص المشروع أكثر وضوحاً من غيره نظراً لشموليته لأدق التفاصيل، كما أنه يراعي مصلحة المستهلك لأبعد الحدود[1].

وقد أشارت المادة (1/14) من اتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولي للبضائع لعام 1980 إلى أن الإيجاب يكون محدداً إذا تم تعيين البضائع محل البيع وتحديد كميتها وثمنها صراحةً أو ضمناً أو إذا كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب، أما المادة (2/14) من ذات الاتفاقية فقد اعتبرت العرض مجرد دعوة إلى التفاوض إذا وجه إلى أشخاص غير محدودين إلا إذا عبر صاحبه صراحةً عن أنه إيجاب، ولعل هذا الفرض هو الأكثر ملاءمةً لطبيعة العقود الإلكترونية، ومهما يكن من أمر فإن الإيجاب الإلكتروني يجب أن يحترم مقتضيات الوضوح، كأن يصف البضاعة وصفاً دقيقاً، ومن الأفضل استخدام الصور ثلاثية الأبعاد Three Dimensions التي باتت

---

www.Shadboltlaw.Co.uk/articles/Econtracts.htm ، تاريخ الزيارة: 28-6-2006.

[1] تنص المادة (50) من مشروع قانون المبادلات والتجارة الالكترونية لسنة 2003 على "يوفر البائع للمستهلك في المعاملات التجارية الإلكترونية قبل إبرام العقد المعلومات التالية:
- اسم وعنوان وهاتف البائع أو مقدم الخدمة تفصيلاً لمراحل إنجاز المعاملة التجارية. - طبيعة ومواصفات وسعر المنتج. - نفقات تسليم المنتج ومبلغ تأمينه وأية نفقات أخرى. - الفترة التي يكون خلالها المنتج معروضاً بالأسعار المحددة. - شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع. - طرق وإجراءات الدفع. - طرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد والآثار المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات. - إمكانية العدول عن الشراء وأجله. - كيفية إقرار الصفقة. - طرق إرجاع المنتج أو إبداله وإرجاع المبلغ. - نفقات استعمال تقنيات الاتصال حين يتم احتسابها على أساس مختلف عن التعرفة الجاري العمل بها.- شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محددة أو تزيد على السنة. - الحد الأدنى لمدة العقد، فيما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك منتج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية. - يجب توفير هذه المعلومات إلكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للإطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة.

وسيلة فعالة في بيئة الإنترنت، وجدير بالذكر أن العقد النموذجي الفرنسي أيضاً قد تناول هذه المسألة على نحو مفصل[1].

**ثانياً: أن يكون الإيجاب باتاً جازماً ومعبراً عن إرادة حازمة لا رجوع فيها[2]**

يكون الإيجاب باتاً جازماً إذا انطوى على إرادة الموجب بإبرام العقد بمجرد اقتران القبول به[3]، فإذا أورد صاحب الموقع شرطاً أو بنداً أو تحفظاً يبين فيه أنه غير ملزم بما عرضه في حالة ورود قبول

---

[1] يضع العقد النموذجي الفرنسي مجموعة من الشروط الواجب على المتجر مراعاتها قبل توجيه الإيجاب عبر الانترنت:

1- أن يحدد بوضوح شخصيته، وذلك بتحديد اسم الشركة وأرقام الهاتف وعنوان مقرها.

2- يجب تطبيقاً لأحكام القانون أن تكون العروض مفصلة بحيث تعرض بأمانة صفات المنتجات المعروضة من حيث الكم والكيف، وبحيث تحيط العميل علماً بصفة خاصة بأبعاد المنتجات ووزنها وتسميتها وطبيعتها ودرجة جودتها، كلما كان ذلك ممكناً، ويجب أن تكون الصورة الفوتوغرافية الإيضاحية أمينة ومتفقة مع حقيقة المنتج.

3- يجب على المتجر المشارك أن يحدد المدة التي يتوقع أن يستغرقها العميل من أجل العثور على قطع الغيار اللازمة لاستعمال المنتج في السوق.

4- يقدم العرض باللغة الفرنسية، ويجوز أن يترجمها إلى الإنجليزية.

5- يجب أن يحدد المتجر المشارك الأسعار للعميل بطريقة واضحة، مصحوبة بوصف المنتج، ويجب أن يذكر السعر بدون الضريبة وكذلك السعر شاملاً جميع الضرائب، ويجب أن يكون السعر شاملاً لنفقات التسليم وأية نفقات أخرى إضافية لازمة لتنفيذ أمر الشراء باستثناء الضرائب التي يحتمل أن تقع على عاتق العميل عند استيراده المنتجات.

6- يجب أن تكون المنتجات متاحة بناء على طلب العميل وذلك في الظروف العادية للمخزون الخاص بالمتجر.

7- يجب أن تذكر للعميل المواعيد المعتادة للتسليم.

8- يجب أن يذكر المتجر المشارك أية معلومات أخرى تتطلبها القوانين واللوائح السارية تفيد في إعلام المستهلك وذلك في النطاق الخاص به. للمزيد، أنظر: أسامة أبو الحسن مجاهد: "خصوصية التعاقد عبر الانترنت"، الإمارات: بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات العربية- كلية الشريعة والقانون، 2001.

ولابد من الإشارة إلى أن "القانون لأجل الثقة في التجارة الإلكترونية" الصادر بتاريخ 2004/6/22 قد جاء بتفصيل أكثر وأدق بهذا الخصوص.

[2] منذر الفضل وسعيد شيخو: "مجلة القانون الأردنية"، عمان: ع 3، 1994، ص57..

[3] وهذا ما أكدت عليه مبادئ العقود التجارية الدولية "اليوندروا" (UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS) حيث نصت المادة (2/1/2) على:

"A proposal for concluding a contract constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance".

http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf

تاريخ الزيارة: 28-6-2006

كما أن "مبادئ قانون العقد الأوروبي" (PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW) قد أكدت أيضاً على ذات مفهوم الإيجاب في المادة (201/2) حيث نصت على:

"(1) A proposal amounts to an offer if: (a) it is intended to result in a contract if the other party accepts it, and. (b) it contains sufficiently definite terms to form a contract."

http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/doc.html

تاريخ الزيارة: 22-11-2006.

بشأنه، فلا يعد ذلك إيجاباً وإنما يبقى مجرد دعوة للتعاقد، وإذا قبل الزبون بهذه الدعوة وأبدى رغبته بإبرام العقد فإن ذلك يعد إيجاباً يحتاج من البائع رداً، قبولاً أو رفضاً[1].

وفي هذا الصدد يجب التفريق بين الإيجاب الموجه عبر البريد الإلكتروني وذلك الموجه عبر موقع الشبكة الالكترونية.

**1- <u>الإيجاب الموجه عبر البريد الإلكتروني</u>**

يشكل البريد الإلكتروني نظاماً لاتفاعلياً[2] بحيث تكون الرسالة في اتجاه واحد في اللحظة الواحدة، وبالتالي، فإن البائع أو المنتج يرسل إيجابه إلى أفراد محددين أو مؤسسات محددة يقوم باختيارها بناء على درايته بملاءة هذه الجهات مالياً وأهليتها للتعاقد، واهتمامها الجدي بالمنتجات محل البيع، بالإضافة إلى أن البائع يكون متوخياً الحذر فيما يخص حجم البضاعة وكمية المخزون المتوفرة لديه قبل إرسال الإيجاب. ويتيح إرسال الإيجاب عبر البريد الإلكتروني الفرصة للمرسل إليه لدراسة الإيجاب بصورة متأنية وتقديم رده بعد دراسة واعية متبصرة.

نستنتج أن الإيجاب الموجه عبر البريد الإلكتروني يكون جازماً وبعيداً عن الإشكاليات التي قد ترافق الإيجاب الإلكتروني مثل: نفاذ المخزون، أهلية المتعاقد الآخر وملاءته.

**2- <u>الإيجاب الموجه عبر الموقع الالكتروني (Web-site)</u>**

عند استعمال موقع الويب كوسيلة لإرسال الإيجاب، فإن هذا العرض لن يكون مخصصاً لفرد أو مؤسسة معينة، فالويب يقدم عرضاً للعامة ويكون موجهاً لكل من يطلع على الموقع، مما

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء: "عقود التجارة الإلكترونية"، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2004، ص42.
[2] نضال إسماعيل برهم: "أحكام عقود التجارة الإلكترونية"، عمان: دار لثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2005، ص37.

يثير العديد من الإشكاليات التي ذكرت آنفاً، ولكن تحاشياً للوقوع في تلك الإشكاليات، فإن البائع/ المنتج يمكنه إدراج تحفظات في عرضه على النحو التالي:

أ- يحق للبائع أن يضمن عرضه عبارات صريحة تؤكد أن عرضه لا يمثل إيجاباً وإنما يشكل دعوةً إلى التعاقد، مثل عبارة: "... دون أي التزام.."، أو "... لا يشكل العرض وثيقة أو مستنداً تعاقدياً"، وتكون موافقة الطرف الآخر على هذه الدعوة إيجاباً ينتظر قبولاً من البائع /المنتج.

مثال: ينص التشريع الإنجليزي[1] على:

The web- site owner is inviting parties to make an offer for that product\ service.

ب- يحق للبائع أن يخصص عرضه ضمن منطقة جغرافية محددة وذلك بعبارات صريحة، كأن يورد مثلاً: "العرض لا يشمل الردود الواردة من خارج دولة ما"، أو ".. العروض ليست صالحة إلا في الإقليم الفرنسي"، وهذا ما ينص عليه عقد المركز التجاري الفرنسي (Infonie)[2]، ويستهدف من هذا التخصيص أن يتم إبرام العقود في نطاق جغرافي وقانوني آمن بالنسبة للموجب، حيث أن بعض القوانين الأجنبية تتضمن قيوداً على هذا النوع من التجارة بهدف حماية المستهلك. ويمكننا أن نستخلص أنه يترتب على اعتبار العرض إيجاباً بالنسبة للمتواجدين في نطاق جغرافي معين وعدم اعتباره كذلك بالنسبة لغيرهم أن العرض يحمل صفة تعاقدية ويكون ملزماً للقسم الأول ويكون مجرداً من القيمة التعاقدية الإلزامية للقسم الثاني.

---

[1] Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council- 20 may/ 1997. http://europa.eu.int/ISPO/ecommerce/legal/document/31997l007/31997l0007-en.html
تاريخ الزيارة: 11-9-2006.

[22] أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص76.

ج- يحق للبائع أن يبدي تحفظه على الإيجاب ويربط ذلك بنفاذ المخزون، ويكون ذلك بإيراد عبارات صريحة مفادها " يبقى العرض سارياً حتى نفاذ المخزون"، ولعل هذا التحفظ يبدو ضمنياً في أغلب الأحوال نظراً لأن إرادة الموجب لا يمكنها أن تتعدى كمية المخزون المتوفر لديه.

وقد عالج مشروع قانون المبادلات والتجارة الالكترونية الفلسطيني مسألة نفاذ المخزون حيث ألزم البائع في هذه الحالة بإبلاغ المستهلك بذلك في مدة أقصاها 24 ساعة قبل تاريخ التسليم المتفق عليه في العقد وإرجاع كامل المبلغ المدفوع إلى صاحبه[1].

وقد يأتي التحفظ ضمنياً عندما يمكن استنتاجه من صيغة العرض، ويظهر ذلك بصورة جلية في العقود التي توجه إلى الجمهور بقصد إبرام عقد قائم على الاعتبار الشخصي مثل عقد العمل، فإذا أعلن شخص أو موقع الكتروني عن حاجته إلى عامل متخصص في مجل معين، وتقدم شخص بقبول العرض، هنا نكون أمام مرحلة تفاوضيه. فلا يعتبر إعلان الشخص الأول إيجاباً، ولا يعتبر إبداء العامل لرغبته في إبرام العقد قبولاً أيضاً، إذ لا بد من اقتناع صاحب العمل بمواصفات العامل. و لهذا الأخير الحق في قبول أو رفض أو تعديل الشروط التي يعرضها عليه الأول.

وقد اختلف الفقهاء[2] في تحديد معنى التحفظ في العرض، فيرى البعض منهم انه يجب التفرقة بين التحفظ النسبي، وهو ذلك التحفظ الذي يبديه من أصدر العرض في مواجهة أشخاص محددين، والتحفظ المطلق الذي يكون في مواجهة الكافة، فالأول لا يؤثر عليه فيكون إيجاباً باتاً، أما الثاني فيغير من طبيعة الإيجاب فيصبح دعوة إلى التعاقد .

"كما يمكن التفرقة أيضا بين التحفظ الذي يعلق به الإيجاب على شرط موضوعي، والتحفظ الذي يعلق به الإيجاب على مشيئة من صدر عنه، حيث يعتد بالأول كإيجاب ويهمل الأخير لأنه لا يمكن أن

[1] أنظر المادة (60) من مشروع قانون المبادلات والتجارة الالكترونية الفلسطيني لسنة 2003.

[2] عدنان إبراهيم السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص60.

يكون سبباً لانعقاد العقد، فإذا اشترط من صدر عنه الإيجاب أن له الحق في رفض العقد أو قبوله بعد قبول الطرف الآخر بإيجابه، لا يعتد بالإيجاب لأنه تحكمي، ويمكن

أن يعتبر قبول الطرف الآخر بمثابة إيجاب موجه إلى الطرف الأول، في حين يعتبر التحفظ إيجاباً إذا اشترط فيه شرطاً موضوعياً متعلقاً بإرادة من وجه إليه الإيجاب مثل اشتراط شركة (Volkswagen) عند تجديد عقد الامتياز مع شركة لتوزيع السيارات أن تتنازل الأخيرة عن التعامل مع العلامة التجارية لشركة (BMW) و يعد ذلك إيجاباً باتاً يتم به العقد إذا ارتبط به القبول"[1].

ومن حق الموجب أن يرجع في إيجابه لكن ذلك مشروط بأن يتم الرجوع قبل صدور القبول من الطرف الآخر[2]، ونرى أن هذا الأمر متصور في العقود التي تتم عبر الإنترنت نظراً لإمكانية حدوث تغيير على أسعار البضائع والخدمات نتيجة تزايد الطلب عليها مما يدفع المنتج إلى رفع الثمن وبالتالي تعديل الإيجاب[3].

لكن العروض التي تبث على شبكة الإنترنت قد تأخذ أوصافاً مختلفة في كل مرة، فهي لا تشكل دائماً إيجاباً؛ فقد يوصف العرض بأنه مجرد اقتراح أو دعوة للتعاقد، أو بأنه مجرد دعاية ونشاط ترويجي، وقد يكون العرض أخطر من ذلك فيتخذ شكل الإرسال الجبري للعروض والسعي لإبرام العقود في المنازل مما استدعى بعض القوانين لوضع عقوبات جزائية على مثل هذا النشاط[4]. لذا، والحالة هذه، فإننا نرى ضرورة التفريق بين الإيجاب الإلكتروني بمعناه القانوني والتعاقدي الذي يعد ملزماً وخاضعاً لتطبيق القواعد القانونية العامة الخاصة بالإيجاب، وبين العروض التي لا تصل لدرجة

---

[1] عدنان إبراهيم السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص60.

[2] لورنس محمد عبيدات: "إثبات المحرر الإلكتروني"، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2005، ص43.

[3] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص34.

[4] طوني ميشال عيسى: "التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت"، بيروت: المنشورات الحقوقية (صادر)، ط1،2001، ص260.

الإلزام ولا تحمل مفعولاً تعاقدياً، بل وقد يتعرض من يقوم بها إلى الملاحقة الجزائية في حالة السعي لإبرام العقود في المنازل على وجه الخصوص[1].

**أولاً: الإيجاب الإلكتروني والدعوة إلى التعاقد**

الإيجاب الإلكتروني هو ذلك التعبير البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين بوسائل إلكترونية (مسموعة مرئية) والموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني.

نستنتج من التعريف السابق أن العرض الموجه عبر شبكة الإنترنت يجب أن يحوز على شروط الإيجاب التقليدي بأن يكون واضحاً ومحدداً وجازماً حتى يعتد به كإيجاب إلكتروني. وبمفهوم المخالفة، عندما يكون العرض غير متضمن للأمور الأساسية المطلوبة لإبرام العقد، ومحتوياً على تحفظات بشأن مدى التزام المنتج/ البائع بالعرض ولا يدل على رغبة جازمة من المنتج لإبرام العقد، في هذه الحالة، فإننا لا نكون أمام إيجاب إلكتروني بالمعنى الصحيح، ولا يعدو ذلك كونه دعوة إلى التعاقد.

فالبائع في بيئة الإنترنت يملك رخصة في أن ينص في إيجابه بعبارات واضحة أن عرضه لا يمثل إيجاباً وإنما دعوةً إلى التعاقد، وتكون موافقة الطرف الآخر على هذه الدعوة إيجاباً ينتظر رداً من البائع، قبولاً أم رفضاً. وهذه الرخصة قد تم الأخذ بها تحاشياً للمشاكل الناتجة عن عدم ملاءة المستهلكين وانعدام جديتهم في التعاقد، إلا أن تعميم هذا التوجه على جميع العروض الحاصلة في شبكة الإنترنت لا يبدو حلا منطقياً، فالعرض لا يكتسب صفة الدعوة إلى التعاقد على الدوام، فهو يتطلب تحقق شروط هذا الوصف، كأن يحتوي العرض على تحفظات واسعة كما أشرنا آنفا، أو أن يستبعد وصف الإيجاب صراحةً أو ضمناً في العرض ذاته، لكن يرى البعض أن هذه التحفظات قد تؤثر على الأمن القانوني للمبادلات والصفقات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، ويرى وجوب أن

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص43.

يتضمن الإيجاب توضيحاً يتيح للقاضي أن يتأكد من كون هذا التوجه غير منطوٍ على تعسف، بل على إرادة قانونية مشروعة[1].

وبالرجوع إلى القانون المدني الأردني نجد أن المادة (94) تنص على:

"1- يعتبر عرض البضائع مع بيان أثمانها إيجاباً. 2- أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو طلبات موجهة للجمهور والأفراد، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما دعوة إلى التفاوض".

هل يمكن قياس المادة (94) على العروض التي تتم عبر الإنترنت؟

إن عرض البضائع على الموقع إذا ما اقترن ببيان السعر والمواصفات وتحديد طريقة الدفع، فإنه يعتبر إيجاباً موجهاً إلى الجمهور، فشخصية القابل ليست محل اعتبار، والمنتج أو المزود إنما يهدف إلى إقامة علاقة تعاقدية مع أي شخص، بغض النظر عن جنسيته ومكان تواجده. ولكن إذا قام المنتج بعرض البضاعة أو الخدمة دون ذكر سعرها تاركاً ذلك ليكون موضوعا للتفاوض أو احتفظ لنفسه بإمكانية تعديل العرض أو حقه في رفض البيع لاحقا دون إبداء الأسباب، فإن هذا العرض يعتبر دعوة إلى التعاقد[2].

وعلى هدي ما سلف بيانه، يتضح لنا أن الفكرة الأساسية ومحور الارتكاز يتمثل في تحديد الثمن من عدمه، فإذا حدد السعر عد إيجاباً، وإذا لم يحدد عد دعوة إلى التعاقد، لكن توجد وجهة نظر مغايرة

[1] طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص262.

[2] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص39.

في القانون الألماني حيث يعد عرض السلع والخدمات على صفحة الويب دعوة إلى التفاوض أو إعلاناً سواء حدد السعر أم لم يحدد[1].

**ثانيا: الإيجاب الإلكتروني والدعاية**

لقد باتت شبكة الإنترنت تشكل إحدى أهم وأسرع الوسائل لعرض البضائع والخدمات والترويج لها، لا سيما من خلال ما يسمى بالمخازن التجارية الافتراضية Virtual Shops التي تحتوي على واجهات عرض الكترونية فعلية تتيح للمستخدم أن يتعرف على السلع والخدمات المعروضة فيها.

وقد عرف التوجيه الأوروبي الصادر عام 1984 الدعاية بأنها "شكل من أشكال الاتصال الحاصل في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو حر بهدف الترويج لتوريد سلع أو خدمات من بينها العقارات والحقوق والموجبات"[2]. كما عرفت القواعد الأوروبية المتعلقة بالتلفاز العابر للحدود الصادرة سنة 1997 الإعلان بأنه "مجموعة الرسائل التي يبثها شخص عام أو خاص في إطار نشاطاته التجارية الصناعية أو المهنية التي يهدف من خلالها إلى الترويج لمنتجاته أو خدماته"[3].

يتضح من التعريفات السابقة أن الدعاية تهدف إلى إعلام الزبائن عن بعض خصائص السلع أو الخدمات والى الإشادة بها من دون تقديم جميع العناصر اللازمة لإنشاء العقد بالضرورة، بل بعض العناصر التي يمكن أن تحث على الشراء[4].

ويمكن تفريق الدعاية عن الإيجاب الإلكتروني وفقا لمعيارين:

---

[1] رامي علوان، مرجع سابق، ص245.

[2] Directive n. 84\450 CEE.Sep 1984.

[3] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص39.

[4] طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص263.

1- المعيار الأول: يرى هذا الاتجاه[1] أنه إذا تضمن العرض الموجه عبر الانترنت نموذجاً محتوياً على طلب الصفقة وكان هذا النموذج متوفراً حالاً ويمكن تعبئته ببساطة، فإننا نكون أمام إيجاب بالمعنى التعاقدي نظراً لأن هذا العرض ينم عن إرادة جازمة للبائع لإبرام العقد، أما إذا لم يكن النموذج متوفراً ولا يستطيع المستهلك تعبئة الطلب فورياً وفي ذات المكان، فإن العرض في هذه الحالة لا يعدو كونه دعاية.

2- المعيار الثاني: ينظر أنصار هذا الاتجاه[2] إلى مضمون الرسالة، فإذا كانت كل الشروط المطلوبة لإبرام العقد واضحة ومتوفرة في الرسالة، فإننا نكون أمام إيجاب إلكتروني، أما إذا كانت الرسالة غير محتوية على هذه الأمور، فإن العرض يأخذ مسمى الدعاية.

من جانبنا، نرى أنه يمكننا النظر في كل الأحوال إلى الهدف من الرسالة الموجهة عبر الإنترنت؛ فإذا كان الهدف تجارياً وكان إرسال هذه الرسائل من قبيل الترويج للسلع، فإن العرض يأخذ وصف الدعاية خاصة في حالة استهداف المقابل المادي. وتجدر الإشارة إلى أن إرسال رسالة واحدة لا تكفي لاعتبار العرض دعاية وإنما يجب أن يكون الإرسال لأكثر من رسالتين حتى يعتبر العرض دعاية.

**ثالثا: الإيجاب الإلكتروني والسعي لإبرام العقود عن بعد**

يتم الإرسال الجبري للعقود بالطريقة الإلكترونية عندما تعمد شركة دعائية مثلاً إلى إرسال كثيف للعروض الدعائية بواسطة البريد الإلكتروني، ويسمى ذلك (الإغراق بالرسائل)، ويشترط فيه حتى يعتبر كذلك أن يتم بدون طلب مسبق من المستخدم، وتعاقب العديد من القوانين الوضعية على هذا

[1] بشار دودين: "الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت"، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ط1، ص131.

[2] بشار دودين، المرجع السابق، ص128.

الإرسال جزائياً، فهذه العروض الإلكترونية لا تعد عروضاً قانونية بل تتجرد من القيمة القانونية لمعنى العرض ويتعرض القائمون عليها للمساءلة الجزائية[1].

ولم تحسم الطبيعة القانونية للإرسال الجبري للعرض عبر البريد الإلكتروني بعد، فهناك جدال واسع حولها لاسيما في الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد الأوروبي. ففي الولايات المتحدة يوجد اتجاهان:

1- اتجاه يرى اعتماد نظام Option-out حيث يعتبر البريد الإلكتروني مسموحا بالأصل إلا إذا أعلن المستهلك رغبته صراحة في عدم استقباله.

2- اتجاه يرى اعتماد نظام Option-in حيث يعتبر البريد الإلكتروني ممنوعا بالأصل إلا إذا أعلن المستهلك صراحة عن موافقته على استقباله[2].

وقد حسم هذا النقاش في الولايات المتحدة لصالح التوجه الأول، أما الإتحاد الأوروبي فهو يتجه نحو تكريس التوجه الثاني بعد أن تم تعديل مشروع التوجيه المنشور في تموز 2000 والذي كان يتبنى الاتجاه الأول ويشير صراحة إلى أن استعمال البريد الإلكتروني لغايات الترويج المباشر لا يمكن السماح به إلا إذا حصل مع مشتركين أبدوا موافقتهم المسبقة بهذا الخصوص[3]، وقد جاء التعديل من خلال التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 2002/7/12.

نستنتج من العرض السابق أن الإيجاب الإلكتروني لا يختلف عن الإيجاب التقليدي بالنظر إلى شروطه، لكنه يختلف عنه بالنظر إلى طريقة التعبير عنه.

---

[1] راجع على سبيل المثال المادة R-635-2 من القانون الجزائي الفرنسي، حيث العقوبات المفروضة هي غرامات نقدية.

[2] ويذكر أن هذا المنع مقتصر على العلاقة مع المستهلكين، في حين أن العلاقات بين المهنيين تخضع لنظام Option Out.

[3] للمزيد، أنظر: طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص236.

وقد يخرج الإيجاب الإلكتروني عن القواعد العامة والطابع العالمي لشبكة الانترنت، ويظهر ذلك في حالتين، الأولى: قيام الموجب بتخصيص عملاء محددين لتوجيه الإيجاب إليهم، نظراً لمعرفته ويقينه بجديتهم في التعاقد وأهليتهم وملاءتهم. أما الحالة الثانية، فهي تتعلق بلغة الإيجاب الإلكتروني؛ حيث تشترط بعض القوانين أن يكون الإيجاب بذات لغة القابل وذلك بهدف تحقيق شرط الوضوح في الإيجاب، حيث ترى هذه القوانين أن الوضوح لا يتسنى إلا إذا كان بلغة القابل أو مترجماً لها[1].

كما توجب المادة (2) من التشريع الفرنسي الصادر في 4 أغسطس 1994 المسمى بقانون Toubon استعمال اللغة الفرنسية[2] أو على الأقل ترجمة لها في التعبير عن الإيجاب في كل أنواع التجارة، ومن ثم في التجارة الإلكترونية، وعلى وجه الخصوص في وصف الشيء أو المنتج أو الخدمة، ويتعين نطاقه وما له من ضمان، وفي الإيجاب، وكذلك في طريقة التشغيل أو الاستعمال، وفي الفواتير والإيصالات[3].

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص47.

[2] هناك قرار صادر عن محكمة العدل الأوروبية بتاريخ 2000/9/12 ضد فرنسا فيما يخص هذه المسألة، حيث اعتبرت المحكمة أن هذا القانون مخالف لقوانين الاتحاد الأوروبي التي تكرس حرية الحركة في السوق المشتركة.

[3] أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص148.

**المطلب الثاني: القبول في التعاقد الإلكتروني**

يقصد بالقبول، التعبير عن رضا من وجه إليه الإيجاب بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب[1]، ويشترط فيه أن يكون مطابقاً للإيجاب، ولا يعتد بالقبول المتباين مع الإيجاب، بل إنه يعتبر إيجاباً جديداً وليس قبولاً[2]، كما يشترط بالقبول أن يصدر ما دام الإيجاب ما زال قائماً[3]، ولا يشترط في القبول أن يأخذ شكلاً معيناً وذلك عملاً بمبدأ الرضائية، وبالتالي فإن القبول في التعاقد الإلكتروني قد يأخذ صورا متعددة نظراً للتطور المتسارع بالتقنيات ووسائل الاتصال ويمكن تصور آليتين للتعبير عن القبول عبر الإنترنت[4]:

أ- القبول عبر موقع العرض نفسه website: حيث يقوم القابل بإدخال البيانات المطلوبة لإبرام العقد المعروض ودفع ثمن المبيع بعد النقر على أيقونة القبول التي تكون عادة (Accept/ok).

ب- القبول عبر البريد الإلكتروني E-mail: حيث يقوم القابل بتضمين الرسالة الإلكترونية قبوله.

وقد تتطلب بعض التشريعات أن يتم القبول بذات الطريقة التي وجه بها الإيجاب[5]، لكننا نرى أن في ذلك خروجاً على القواعد العامة في الأنظمة القانونية الأخرى التي تمنع إخضاع القبول لشكلية معينة، وتقييداً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم العقود بصورة عامة وفي هذه الأنظمة.

وتثور إشكالية مهمة عند الحديث عن القبول في التعاقد الإلكتروني وهي مدى اعتبار النقر على أيقونة القبول من باب القبول الضمني. ففي حالة قيام الشخص بالنقر على أيقونة القبول فإنه سيعتبر

---

[1] أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص79.

[2] راجع المادة (91) من القانون المدني الأردني رقم 14 لسنة 1976. للمزيد، أنظر: عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني"، القاهرة: دار النهضة العربية، المجلد 1، ط13، 1981، ص280.

[3] أحمد خالد العجلوني: "التعاقد عن طريق الانترنت دراسة مقارنة"، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص76.

[4] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص48.

[5] من هذه التشريعات: القانون الموحد لمعاملات المعلومات الأمريكي (UCC) Uniform Commercial Code.

ملتزماً بقبوله وفقاً للاتجاه الذي يعتبر مجرد النقر على الأيقونة لكن ذلك يثير مشكلة إثبات هذه المسألة، فقد يقوم الشخص بالنقر سهواً أو قد يقوم شخص آخر بهذه العملية، مما يولد مشاكل متعددة، وتجنباً لذلك، فإن هناك توجهاً يهدف إلى توفير تقنيات من شأنها تأكيد القبول، ومن أهمها تفعيل تقنية النقر المزدوج "Double Click" التي تتيح للقابل التأكد من قبوله، بالإضافة إلى إمكانية إدراج عدد من الأسئلة المتتالية في الإيجاب مما يوفر الوقت للتفكير الواعي قبل قبول العرض[1]، بالإضافة إلى العديد من التقنيات التي تضفي تأكيداً وحسماً لوجود القبول ومنها: وجود وثيقة أمر بالشراء "Bande Command" يطلب من المستخدم أن يمررها على الشاشة تأكيداً لقبوله[2].

كما قد يثور التساؤل فيما إذا كانت اللمسة أو النقر بالفأرة على أيقونة القبول تمثل تصرفاً قانونياً أم واقعةً ماديةً، ويعد التفريق بين هذين الوصفين ضرورياً لتحديد آثار كل منهما. ونتفق مع الاتجاه الذي يرى اعتبارها واقعة مادية، نظراً لأن حماية المستهلك تتطلب اعتبار عملية النقر بالفأرة على الأيقونة واقعة مادية، فقد تتم سهواً أو خطأ، وإن اعتبارها كذلك يتيح لمن قام بذلك فرصة إثبات هذا الخطأ بكافة وسائل الإثبات نظراً لكونها واقعة مادية[3].

ولا بد لنا –في معرض الحديث عن القبول– من التطرق إلى المسألة التالية: هل يشترط التطابق بين الإيجاب والقبول في كل المسائل الجوهرية والتفصيلية؟

لقد أجابت المادة (100) من القانون المدني الأردني على هذا التساؤل[4]، حيث أوضحت أنه لا يشترط الاتفاق على كل من المسائل الجوهرية والتفصيلية معاً، بل يكفي الاتفاق على الأمور الجوهرية،

---

[1] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص46، وأنظر أيضاً: أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص85.

[2] أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص155.

[3] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص46.

[4] تنص المادة 100 من القانون المدني الأردني على ما يلي: "1– يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا عليها. أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين، حتى لو ثبت هذا الالتزام كتابة. 2– إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

ويمكن تأخير النظر في المسائل التفصيلية لوقت لاحق، فإذا أرسل القابل برسالة عبر البريد الإلكتروني إلى الموجب يعلمه بقبوله لكل المسائل الجوهرية الواردة في الإيجاب، بحيث تترك المسائل التفصيلية دون اتفاق، فإن العقد يكون قد انعقد بشرط ألا يشترط الطرفان أن العقد لا يكون منعقداً في حالة عدم اتفاقهما على هذه المسائل. وإذا تضمن القبول عناصر مختلفة عن الإيجاب الرئيسي لكنها لا تخالف مقتضاه ولا تشكل تغييراً أساسياً فيه فإن ذلك لا يخرج عن نطاق القبول بشرط عدم اعتراض الموجب فوراً وصراحة[1]، لكن هل تعد هذه المادة صالحة لحكم العقود الإلكترونية؟

نرى أن الفكرة السابقة تعد مقبولة وصحيحة فيما يخص العقود التقليدية، لكنها تتعارض مع طبيعة الإيجاب الإلكتروني وشروطه؛ فهي تجانب التزام الموجب بتوفير معلومات كاملة وواضحة ومفصلة حول السلعة أو الخدمة مثل نفقات النقل وغيرها والتي يشترط توفرها لأجل إبرام العقد الإلكتروني.

وقبل أن نفرغ من هذا المطلب، سنتناول مسألة هامة ونتيجة منطقية بعد استعراض طبيعة كل من الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، ألا وهي زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني وارتباط الإيجاب بالقبول.

**أولاً: زمان إبرام العقد الإلكتروني**

نظراً لاعتبار العقود الإلكترونية من طائفة العقود التي تتم عن بعد، فإن ذلك يعني انتفاء الوجود المادي المتعاصر لطرفي العقد في مكان واحد مما يخلق مشكلة تتعلق بكيفية تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني، وقد وجدت العديد من النظريات التي تصدت لزمان انعقاد العقد الذي يتم بين غائبين ويمكن تلخيصها على النحو التالي[2]:

---

[1] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص43.

[2] عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون لمدني"، بيروت: دار إحياء التراث، المجلد 1، ص239-243.

1. **نظرية إعلان القبول:** ذهب أنصار هذا الرأي في تحديدهم وقت القبول إلى اللحظة التي يعلن فيها القابل عن إرادته المتجهة إلى إبرام العقد بغض النظر عن طريقة إعلانه، وتعد هذه اللحظة هي وقت القبول[1]، لكن يؤخذ على هذه النظرية تعارضها مع الفكرة القائلة بأن الإرادة منتجة لآثارها من وقت العلم بها، حيث أن تحرير رسالة البيانات التي تتضمن القبول دون إرسالها إلى الموجب لا ينتج آثارا قانونية لأنه لا يعدو كونه إرادة فردية ليس لها اثر في إبرام العقود.
2. **نظرية إرسال القبول:** ظهرت هذه النظرية وليدة الانتقادات التي طالت النظرية السابقة، حيث يشترط أنصارها أن يكون الإعلام عن القبول نهائياً لا رجعة فيه وأن يترجم ذلك من خلال إرسال رسالة البيانات حيث لا يستطيع المرسل استردادها[2] وينطبق ذلك على القبول الناتج عن نقر أيقونة القبول على شاشة الحاسوب. لكن هذه النظرية تعرضت للنقد على اعتبار أنه قد يحدث خلل أثناء إرسال رسالة البيانات المتضمنة للقبول النهائي، مما يؤدي إلى عدم وصول الرسالة وبالتالي فإن الموجب يفهم رفض القابل، والقابل يفهم إخلال الموجب وعدم تنفيذه للعقد.
3. **نظرية تسلم القبول:** يرى أنصار هذه النظرية أن القبول يكون نهائياً في حال تسلمه من قبل الموجب وينعقد العقد سواء تم من خلال تسلم رسالة بيانات، ولا فرق بين أن يكون الموجب علم به أم لم يعلم[3]، ويكون قرينة على علم الموجب القبول الذي وصله من خلال التقرير الذي يتم تسليمه إلى القابل، ويؤخذ على هذه النظرية أن افتراض العلم اليقيني بالقبول من خلال التقرير قد لا يكون ذا جدوى نظراً لأن التقرير قد يواجه بخلل فني يحول دون وصوله وقد يصل لكن لدى فتح رسالة

---

[1] محمد فواز المطالقة: "الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية"، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2005، ص70. وأنظر أيضاً:محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص52.

[2] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص53.

[3] أخذت اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع بنظرية تسلم الموجب للقبول، عندما نصت في المادة (23) على أن العقد ينعقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره، وهو ما يتحقق في اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه. حسام الدين عبد الغني الصغير: "تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع"، القاهرة: دار النهضة العربية، 2001، ص102.

القبول من قبل الموجب فقد يفاجأ بأنها تحتوي على رموز لا يمكن فكها وفهمها وهي بالطبع لا تعد قبولاً.

4. **نظرية العلم بالقبول:** نشأت هذه النظرية لسد الفراغ في النظريات السابقة وهي تقوم على علم الموجب بالقبول بشكل واضح وصريح، فإذا تم إرسال رسالة القبول إلى الموجب وتسلمها الأخير ثم قام بفتحها وقراءتها وعلم من خلالها بإرادة القابل وكانت مطابقة للإيجاب، فيعتبر ذلك سبباً لانعقاد العقد لكون إرادة طرفي العلاقة العقدية تلاقت بمجرد علم الموجب القبول والذي يعتبر أساس إبرام العقد.

ونرى أن نظرية العلم بالقبول قد جمعت بين النظريات الأربعة، فالأخذ بها يقوم على تأكيد وصـــول المعلومة إلى الطرف الآخر مما يؤكد اتجاه النية لإبرام العقد والالتزام بآثاره.

لقد أخذ المشروع الفلسطيني بنظرية تسلم القبول[1]، أما المشرع الأردني فقد فرق بين حالات إرســـال البيانات وأخذ بنظرية العلم بالقبول[2]، وبالمقابل فقد أخذ المشرع المصري بنظرية تسلم القبول[3]، وهو ذات المسلك الذي انتهجه قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية[4]، وقد أخذ التوجيـــه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر بتاريخ 2000/7/17م بما أخذ به قانون الأونسترال بنصه علـــى أنه يعد العقد قد انعقد في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكـــداً من القابل بقبوله، وقد حدد وقت استلام القبول في اللحظة التي يمكن للموجب خلالها من الدخول إلى البريد الإلكتروني[5].

---

[1] أنظر المواد (18-19) من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003.

[2] أنظر المادة (17) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

[3] أنظر الفصل لثاني/ المادة (2) من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، وأنظر أيضاً المادة (97) من القانون المدني المصري.

[5] E- Contract: An Overview of the European Electronic Commerce. Directive 31|2000. http://www.buchananingersoll.com/euro-law/articles/econtract.html. تاريخ الزيارة: 11-9-2006.

**ثانياً: مكان إبرام العقد الإلكتروني**

تكمن أهمية تحديد مكان إبرام العقد في تحديد القانون واجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاعات الناشئة عن العقد الدولي الخاص، سواء تلك المتعلقة بإبرامه أو آثاره وفقاً للقواعد العامة في تحديد الاختصاص القضائي، وبالتالي، فإن مكان إبرام العقد هو ما نعول عليه في تحديد المحكمة صاحبة الاختصاص المكاني. لكن العقد الإلكتروني يثير صعوبات عدة لدى تحديد مكان انعقاده وذلك نظراً لكونه يتم من خلال تبادل رسائل البيانات التي ترسل من خلال إشارات رقمية عبر شبكة الإنترنت المربوطة مع الأقمار الصناعية عبر الفضاء الخارجي. وقد عالج قانون الأونسترال النموذجي[1] وبعض التشريعات العربية موضوع الاختصاص المكاني للعقد الإلكتروني[2]، في الوقت الذي تركت فيه التوجيهات الأوروبية لكل دولة الحرية في تحديد ذلك[3]. حيث تم الاعتداد بما يسمى

---

[1] تنص المادة 4/15 من قانون الأونسترال النموذجي على: "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه.

أ_ إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي. ب_ إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار _من ثم_ إلى محل إقامته المعتاد".

[2] عالج مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني مسألة مكان العقد الإلكتروني في المادة (19) التي تنص على: "....ما لم يتفق المرسل والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل وتعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه. وإذا كان للمرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الأكثر ارتباطا في علاقته بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة. وإذا لم يكن للمرسل أو المرسل إليه مقر عمل يعتبر محل إقامته المعتاد هو مقر عمله".

كما تناول قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 هذه المسألة في المادة (17/ج) بنصها على: "إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها لأي نظام معالجة معلومات تابع للمرسل إليه". وقد عالج الفصل (28) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

[3] للمزيد أنظر: John Warchus- E –contracts- Shadbolt & co.2000

http://www.Shadboltlaw.Co.uk/Articles/Econtracts.htm ، تاريخ الزيارة: 28-6-2006.

(مقر عمل منشئ الرسالة ومستلمها) مكاناً لإرسال الرسالة الإلكترونية، أما بالنسبة لمكان استلام الرسالة فهو مكان المرسل إليه.

يتضح مما سبق أن العقد الإلكتروني ينعقد في المكان الذي يقع ضمن النطاق الإقليمي لمقر عمل الموجب، دون النظر إلى مكان وجود نظام البيانات الذي يتم من خلاله إرسال الرسائل التي تعبر عن إرادة الطرفين، وذلك لأن نظام إرسال البيانات عالمي لا يمكن إدراجه ضمن نطاق إقليمي محدد.

وفي حالة وجود أكثر من مركز عمل للموجب، فإننا نعتد بمركز العمل الرئيسي، أما إذا لم يكن له مقر عمل مختص بموضوع العقد أو لم يكن هناك مقر عمل خاص به، فيتم الأخذ بمكان الإقامة المعتاد.

ومهما يكن من أمر، فإنه في حالة وجود اتفاق مسبق بين طرفي العقد الإلكتروني على تحديد مكان وزمان إبرام التعاقد، فإنه لا تثار إشكاليات بهذا الخصوص نظراً لأن للمتعاقدين حرية تامة في هذا التحديد تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يشكل الأساس في إبرام العقود ويتسع ليشمل كافة عناصرها، فكافة الأحكام السابقة ما هي إلا أحكام مكملة لإرادة طرفي العقد ويجوز الاتفاق على ما يخالفها ضمن الحدود التي نصت عليها القواعد العامة لنظرية العقد.

## المطلب الثالث: صحة التراضي

لا بد من توافق إرادة طرفين حتى نتمكن من القول بوجود العقد، ويعبر عن هذا التوافق بالتراضي، وقد قمنا سابقاً بتوضيح ما يخص كلا الإرادتين على حدة، ولا بد لنا في هذا المطلب من توضيح ما يسمى بصحة التراضي كأساس لقيام العقد، ولا يكون التراضي صحيحاً إلا إذا كان صادراً عن أهلية كاملة، إلى جانب ضرورة خلو الإرادة من أي عيب، وسنقوم بتوضيح هاتين الفكرتين تباعاً:

### أولاً: أهلية المتعاقد عبر الإنترنت

إن العقود الإلكترونية –شأنها شأن كل العقود– لا تنعقد صحيحة إلا إذا صدرت عن متعاقدين تتوفر فيهما الأهلية القانونية. في العقود التي تتم بين حاضرين، يمكن لكلا المتعاقدين التوثق من أهلية الطرف الآخر، لكن ذلك غير متصور في العقود الإلكترونية نظراً لانعدام التعاصر المادي بين المتعاقدين، مما يثير صعوبات عدة تتعلق بالأهلية، ونعني بالأهلية في هذا المجال؛ ثبوت صفة المتعاقد الشخصية أو الوظيفية التي تعاقد على أساسها من جهة، إضافة إلى ثبوت أهليته كما تطلبها القانون[1].

ومن أبرز المشكلات التي تثور بهذا الصدد، قيام القاصر بإبرام العقود عبر الإنترنت، وهذا أمر شائع نظراً لسهولة استخدام الإنترنت من جهة، وصعوبة كشف قصور الأهلية من جهة أخرى، وفي هذه الحالة، فإن القاصر يسأل على أساس المسؤولية التقصيرية تجاه المتعاقد الآخر حسن النية –خاصة عندما يكون العقد غير موجود بعد– وذلك بالاستناد إلى نظرية الوضع الظاهر وحفاظاً على استقرار

---

[1] تنص المادة (53) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على "1– كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدية.2– سن الرشد ثماني عشرة سنه ميلادية كاملة"، وقد عالج المشرع حالات فقد الأهلية تباعاً في المواد 53_57. كما أن قانون المخالفات المدنية المعدل رقم (5) لسنة 1947 قد عالج هذه المسألة في المادة (55 مكرر).
أما القانون المدني الأردني فقد حسم مسألة الأهلية في المادة 116 حيث قرر أن الأصل العام هو توفر الأهلية وأن عدمها لا يقرر إلا بنص قانوني، ويترتب على ذلك أن عبء الإثبات يقع على من يتمسك بعدم الأهلية نظراً لوجود قرينة على ذلك.

التعامل[1]، ويحق للأخير الرجوع على القاصر إذا كان مليئاً وإلا على ذويه أو ممثليه، وفقا لنص المادة (180) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، والتي جاء فيها: "1- يكون الشخص مسئولا عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز. 2--إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مع مراعاة مركز الخصوم".

وتلجأ معظم المواقع التجارية الإلكترونية إلى ما يسمى (سلطات الإشهار) "Certication Authority"، وهي عبارة عن جهة محايدة تقوم بتنظيم العلاقة بين الأطراف من خلال قيامها بتحديد هويتهم وأهليتهم القانونية بإصدار شهادات تثبت حقائق معينة حول التعاقد الإلكتروني[2]، كما يمكن أن يتم الموقع الإلكتروني بصورة تلزم الطرف الذي يبدي رغبته في التعاقد بالكشف عن هويته ومعلوماته الشخصية كعمره مثلاً، ويتم منعه من المضي في التعاقد دون إدخال هذه المعلومات[3].

**ثانياً: عيوب الإرادة في التعاقد عبر الإنترنت**

يشكل إعمال القواعد العامة بشأن عيوب الإرادة في حالة التعاقد عبر الإنترنت أمراً بالغ الأهمية وذلك نظراً لخصوصية هذا النوع من التعاقد كونه يتم عن بعد، بالإضافة إلى الخصوصية التقنية التي تتمتع بها شبكة الإنترنت مقارنة مع وسائل الاتصال الأخرى، مما يتطلب مهارات خاصة لدى إبرام هذه العقود، يضاف إلى ذلك مسألة على جانب كبير من الأهمية، وهي عدم التكافؤ بين الطرفين المتعاقدين إلكترونياً، حيث إنه من المتصور أن يكون أحدهما بائعاً أو منتجاً مما يعني تمتعه بمهارات وخبرات كبيرة مقارنة مع الطرف الآخر (المستهلك)، مما يزيد من إمكانية أن تشوب إرادة

---

[1] طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص282.

[2] عايض راشد المري: "مدى حجية التكنولوجيا الحديثة في إثبات العقود التجارية"، القاهرة: جامعة القاهرة، رسالة دكتوراه (غير منشورة)1998، ص 100_101.

[3] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص49.

الأخير عيب أو عيوب عدة ويستدعي توفير حماية للطرف الضعيف. لذلك، سنقوم بمعالجة كل عيب من عيوب الإرادة على حدة[1] على النحو التالي:

1- الإكراه: هو أمر نادر الوقوع في العقود الإلكترونية، وفي حالة حدوثه، يتعين العودة إلى القواعد العامة للقانون المدني وأحكامها بشأن الإكراه[2].

2- التغرير والغبن الفاحش[3]: من المتصور حدوثه في العقود الإلكترونية، وهو أمر شائع، ويحدث في حالة وصف البضاعة المعروضة على الإنترنت وصفاً وهمياً مبالغاً فيه لتضليل المشتري ودفعه للتعاقد، ويكمن الحل هنا بجواز فسخ العقد من طرف المشتري إذا أدى إلى غبن فاحش، وتقدم شبكة الإنترنت حلاً متمثلاً باستحداث مواقع خاصة لتقديم النصيحة والتحذير عند اللزوم[4].

3- الغلط: قد يقع الغلط في شخص المتعاقد الآخر أو محل التعاقد، وهذا أمر متصور في العقود الإلكترونية ويمكن النظر فيه إذا ادعى طالب الفسخ أنه عديم أو قليل الخبرة والدراية في إبرام العقود الكترونياً، وفي هذه الحالة، يعد الغلط جوهرياً خاصة إذا كانت عدم الخبرة متعلقة ببرامج الحاسب المستخدم في التعاقد، لكن يصعب تصديق الإدعاء السابق إذا أثبت المتعاقد الآخر أنه قدم تعليمات وإرشادات واضحة وكافية لإجراء خطوات التعاقد، وإلى جانب إمكانية فسخ العقد، يوجد حل آخر

---

[1] للمزيد راجع: نوري خاطر: "عقود المعلوماتية: دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني"، عمان: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، ص19 وما بعدها.

[2] عالجه مشروع القانون المدني الفلسطيني في المواد (126،127)، وعرفته المذكرات الإيضاحية بأنه: إجبار غير مشروع يقع على إرادة شخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد لكي يتفادى نتائج التهديد حتى لا يقع عليه، انظر: المذكرات الإيضاحية، ص135-136.

[3] عالجه مشروع القانون المدني الفلسطيني في المواد (124،125)، وأوضحت المذكرات الإيضاحية أن التغرير يتحقق باستعمال وسائل احتيالية تؤدي إلى أن يتصور المتعاقد الأمر على غير حقيقته ونتيجة لذلك يتعاقد، ولو كان يعلم حقيقة الأمر لما تعاقد. ويؤخذ على مشرعنا عدم ربطه بين التغرير والغبن الفاحش على النحو الذي سار عليه القانون المدني الأردني في المواد (143_150)، انظر: المذكرات الإيضاحية، ص156_166.

[4] بشار دودين، مرجع سابق، ص157 نقلاً عن د. محمد حسين منصور: "المسؤولية الإلكترونية"، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2003، ص174_175.

يتمثل (بحق العدول) الذي تنص عليه معظم التشريعات الإلكترونية، ومقتضاه أن من حق المستهلك إرجاع البضاعة خلال فترة معينة بعد أن يكون قد اطلع عليها ودرس الأمر بعناية.

نخلص إلى القول أن أحكام عيوب الإرادة المطبقة في العقود التقليدية تصلح لتكون مرجعاً للتطبيق على العقود المبرمة عبر الإنترنت مع ضرورة التنبه إلى خصوصية هذه العقود وما تقدمه الشبكة ذاتها من حلول وتقنيات متفقة مع طبيعتها.

## المبحث الثاني

## إثبات العقد الإلكتروني

يعد الإثبات من أهم المسائل المتصلة بالعقود الإلكترونية والتي لطالما كانت موضعاً للجدل والنقاش، فالإثبات يتضمن فكرة الإقناع، هذا الأخير لا يكون منطقياً وقوياً ما لم يقم على عناصر ملموسة يمكن الاستناد إليها. وعلى الرغم من أن الإقناع هو شعور داخلي وأمر نفسي إلا أنه لا يجب أن يكون تحكمياً، بل نتيجة منطقية للمقدمات والوثائق الداعمة للفكرة محل الإقناع، ونظراً للاختلاف بين العقود العرفية التقليدية والعقود الإلكترونية من حيث قيام الأولى على محرر مكتوب وتوقيع تقليدي، وتحميل الأخيرة على دعامات غير ورقية والتوقيع عليها من مرسل الرسالة الإلكترونية بأسلوب التشفير (الكود)، كان من الضروري اتجاه الأنظار –خاصة لدى القانونيين– إلى الإثبات ووسائله التقليدية، لمحاولة تطويع تلك الوسائل بحيث تتلاءم مع مستجدات هذا التطور خاصة لو أخذنا في الاعتبار أن قواعد الإثبات وضعت على أساس التصور التقليدي للمستند الورقي المتضمن كتابة وتوقيعاً، في حين نجد أن كافة المعاملات الإلكترونية الحديثة تتم بواسطة وسائل تقنية حديثة عبر شبكة الإنترنت وهي بعيدة تماما عن الأشكال الورقية للمستندات، ما يمثل في حقيقة الأمر فجوة عميقة بين الواقع والقانون الذي لا يمكن تداركه إلا بالتفكير بصورة جدية في مدى ملاءمة تلك القواعد القانونية الحالية أو التقليدية المنظمة لمسائل الإثبات لهذا التطور الهائل. وقد أثار هذا الأمر موضوعاً هاماً يتمثل في مدى ارتباط القواعد الموضوعية للإثبات بالنظام العام ومدى قابلية القواعد الحالية لقانون الإثبات للتطبيق على تلك المعاملات التي تتم عبر الإنترنت، كل ذلك دفع الجهات التشريعية الدولية والمحلية للاعتراف بالمستخرجات الإلكترونية[1]، وقد وجدت العديد من التوصيات

---

[1] لقد أقرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (الأونسترال) اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية التي اعتمدتها الجمعية العامة في 23 تشرين الثاني/نوفمبر 2005، وتهدف هذه الاتفاقية إلى تعزيز اليقين القانوني والتنبّؤ التجاري عند استخدام الخطابات الإلكترونية فيما يتعلق بالعقود الدولية. وهي تتطرّق إلى تحديد موقع طرف ما في بيئة إلكترونية؛ ووقت ومكان إرسال واستلام الخطابات الإلكترونية؛

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/2005Convention_a.pdf ، تاريخ الزيارة: 12-10-2006.

التي نادت بضرورة تعديل التشريعات بما يتلاءم ومعطيات التجارة الإلكترونية ومستجداتها[1]، وعلى ضوء ذلك، فقد تم البحث في المحررات الإلكترونية الموازية للمحررات التقليدية، فتم إيجاد التوقيع الإلكتروني كبديل للتوقيع التقليدي، وتم منح هذه التصرفات نفس القوة القانونية الممنوحة للمحرر والتوقيع التقليديين[2].

مما سبق، يتم طرح عدة تساؤلات نسعى للإجابة عليها في المطالب اللاحقة من خلال محاولة تحديد ما المقصود بالمحرر الإلكتروني؟ وهل تتناسب هذه المحررات والقواعد العامة للإثبات التي حددها المشرع؟ وهل لهذه المحررات حجية قانونية في الإثبات؟ كما سنوضح أيضاً ماهية التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات. ولبيان ذلك، سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث نناقش حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في المطلب الأول، والتوقيع الإلكتروني في المطلب الثاني.

[1] من التوصيات التي نادت بضرورة تعديل التشريعات بما يتلاءم والتجارة الإلكترونية، التوصية الصادرة عن البرلمان الأوروبي بتاريخ 2000/5/4، حيث حث دول الاتحاد على الإسراع في تعديل تشريعاتها خلال 18 شهراً وأن لا تتذرع بحجة الآلية الإلكترونية التي تبرم فيها العقود. أنظر: محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص59.

[2] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص59.

## المطلب الأول: حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية

يعد الدليل القانوني عنصراً جوهرياً بالنسبة للحق وإن لم يكن جزءاً منه أو ركناً من أركانه، ذلك لأن الحق بدونه عدم، فالدليل هو الذي يظهر الحق ويجعل صاحبه يفيد منه. وقد اعترفت معظم التشريعات بحجية الوثائق الإلكترونية في الإثبات وساوتها بالوثائق العرفية التقليدية[1]. وقد ارتأينا بحث هذا الموضوع في فرعين بحيث نخصص الفرع الأول للتعريف بالمحرر الإلكتروني والشروط الواجب توفرها فيه حتى يكون وسيلة صالحة في إثبات التصرفات القانونية المبرمة عبر الإنترنت وخاصة العقود منها، ونخصص الفرع الثاني للتعرف على القوة الثبوتية لهذه المحررات الإلكترونية.

### الفرع الأول: المحرر الإلكتروني

تحتل الكتابة مرتبة متقدمة على سائر وسائل الإثبات في المسائل المدنية والتجارية وخاصة فيما يتعلق بالعقود، حيث يتم توثيقها كتابة حفاظاً على حقوق المتعاقدين. وتقسم المحررات التقليدية إلى نوعين[2]؛ رسمية وعرفية. يتم تنظيم المحررات الرسمية من قبل موظفين مختصين وفقاً لما تحدده التشريعات في تنظيم هذه المستندات أو القيام بالتصديق على المستندات التي يتم تنظيمها من قبل أصحابها ويؤشر عليها من قبل الموظف العام[3]. أما المحررات العرفية فتكون مكتوبة بخط اليد وموقع عليها (بالإمضاء أو بصمة اليد) من طرفي العلاقة الذين صدرت عنهما[4]، وتكمن أهمية هذه

---

[1] لقد اعترف المشرع الأردني للمحررات الإلكترونية بذات حجية المحررات العرفية، راجع المادة (7) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، كما توسع المشرع المصري ومنحها الحجية المقررة للمحررات التقليدية سواء كانت رسمية أو عرفية وذلك من خلال المادة (17) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري.

[2] للمزيد: راجع ندوة بعنوان: "حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية" للمحامي يونس عرب، أنظر الموقع الإلكتروني: http://www.arablaw.org/Download/E-Evidence_Article.doc ، تاريخ الزيارة: 13-6-2006.

[3] أنظر المادة (9) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001، والمادة (6) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952.

[4] أنظر المادة (15) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001، والمادة (10) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952.

المحررات في التوقيع عليها من صاحب الشأن، ولا عبرة لبعض الأوراق كوسيلة إثبات دون التوقيع عليها حتى ولو كتبت بخط اليد، إلا أنها قد تشكل في هذه الحالة مبدأ ثبوت بالكتابة[1].

وقد اعترف المشرع الأردني للمحررات الإلكترونية بحجيتها في الإثبات حين اعتبرها من قبيل المحررات العرفية مما أضفى عليها نوعاً من الحجية[2]، أما المشرع المصري فقد توسع أكثر ومنحها الحجية المقررة للمحررات التقليدية سواء أكانت رسمية أو عرفية وذلك من خلال قانون التوقيع الإلكتروني[3].

من هنا، سنحاول التعرف على ماهية المحررات الإلكترونية، ومن أي نوع يمكن اعتبارها، هل هي محررات رسمية أم عرفية؟ ذلك من خلال القيام بدراسة موقف التشريعات العربية والدولية مع التركيز على مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني.

---

[1] بوجه عام، الأوراق غير الموقعة ليس لها حجية تامة في الإثبات ، إلا أن قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001 قد حدد طائفة حصرية منها تكون حجة في أوضاع وضمن أحكام خاصة ، وتشمل الأوراق غير الموقعة في قانون البينات:- 1. الدفاتر التجارية وهي حجة على التجار فقط ، ولا تكون حجة على غير التجار إلا في حدود صلاحيتها لتوجيه اليمين المتممة (م 21) ، وهي حجة على صاحبها سواء أكانت منظمة أم لا وليست حجة له إلا إذا كانت منظمة وفي حدود نزاعه مع تاجر آخر (م 22،23) .2. الدفاتر والأوراق المنزلية ، وهذه لا تكون حجة لصاحبها وإنما حجة عليه فيما تضمنته من بيانات تفيد استيفائه للدين أو إثبات حق لمصلحة الغير، (م25) . 4. التأشير من قبل الدائن على سند ولو دون توقيع بما يفيد براءة ذمة المدين شرط عدم خروج السند من حوزة الدائن (م26) .

[2] تنص المادة (7) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 على: "أ- يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات لخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات".

[3] تنص المادة (17) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 على: "تسري في شأن إثبات صحة المحررات الالكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الالكتروني، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

**أولاً: تعريف المحرر الإلكتروني**

إن رسالة البيانات هي ما نعوّل عليه ونحن بصدد إثبات العقود المبرمة إلكترونياً، فهي تحتوي في مضمونها المحررات الإلكترونية التي تتضمن إرادة الطرفين، ولا بد لنا من تعريف المحرر الإلكتروني في ضوء ما نصت عليه التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية كقانون الأونسترال النموذجي وبعض قوانين التجارة الإلكترونية العربية.

بشكل عام، لم تتجه التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية إلى تعريف المحرر الإلكتروني بصورة مباشرة، وإنما قامت بإيراد تعريفات لرسالة البيانات، والسجل، والقيد والمعلومات والمبادلات الإلكترونية على اعتبار أن هذه المصطلحات تؤدي ذات الغرض[1]. وقد عرف قانون الأونسترال رسالة البيانات حيث نصت المادة (2) على:

"أ- يراد بمصطلح رسالة البيانات: المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس أو النسخ البرقي"[2]. كما ذهبت المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني إلى تعريف السجل الإلكتروني بأنه "القيد أو العقد أو

---

[1] لقد انفرد قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم (2) لسنة 2002 عن بقية التشريعات بتعريف مصطلح "المحرر الإلكتروني" بصورة مباشرة حيث عرفه في المادة (2) بأنه :"سجل أو مستند إلكتروني:سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه".
وقد عرفت المادة (1/ب) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري المحرر بأنه "كل انتقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أياً كانت طبيعتها من خلال وسيط إلكتروني".للمزيد: أنظر نصوص قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 على الموقع الإلكتروني:
http://ar.jurispedia.org/index.php/%D9%86%D8%B5%D9%88%D8%B5 ، تاريخ الزيارة: 22-6-2006.

[2] أنظر:
http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html ، تاريخ الزيارة: 22-6-2006.

رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية"، والعقد كما تعرفه نفس المادة هو "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً"، أما رسالة المعلومات فهي "البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك". أما قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي فقد عرف المبادلات الإلكترونية بأنها تلك التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية[1].

نستنتج مما سبق أن رسالة البيانات – كما عرفتها القوانين- تتسع لتشمل كل ما ينتج من خلال الحاسوب من محررات لا تتصل بالعلاقة العقدية، حيث منحت هذه المحررات حجية المحررات العرفية.

ولا بد للمحرر الإلكتروني أن يستوفي الشروط المطلوبة في المحرر العرفي حتى يحوز ذات الحجية في الإثبات، وقد قضت المادة (8) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بوجوب أن تتوفر مجموعة من الشروط لاعتبار السجل الإلكتروني (المحرر) بنفس قوة الأصل العرفي حيث نصت على: "أ- يستمد السجل الإلكتروني أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه مجتمعة الشروط التالية: 1- أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها أو تخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها، 2- إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه، 3- دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشئه أو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله أو تسلمه". وسنقوم بالارتكاز على النص السابق في تحديد هذه الشروط نظراً لكونه يشكل قاسماً مشتركاً بين معظم التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية.

[1] أنظر الفصل (2) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي لعام 2000.

**ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المحرر الإلكتروني**

تعود أهمية الدليل الكتابي وصدارته على طرق الإثبات الأخرى إلى ما يوفره هذا الدليل من الأمان القانوني الذي عبر عنه القانونيون بأنه: السلامة Integrity، والموثوقية authenticity، والاستمرارية perpetuality[1]. وحتى يتساوى المحرر الإلكتروني بالدليل الكتابي فإنه لا بد أن يتقارب مع الأخير في مدى توفيره للأمان القانوني. ويمكننا تلخيص الشروط الواجب توفرها في المحرر الإلكتروني على النحو التالي:

**1- قابلية المحرر الإلكتروني للاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيه**

تكمن الفكرة في هذا الشرط بإمكانية تخزين المعلومات المتعلقة بالتعاقد على المحرر الإلكتروني بحيث يمكن الرجوع إليها في أي وقت، وبالتالي يكون الاستناد إليها أمراً سهلاً في حالة نشوء نزاع بين أطراف العلاقة العقدية، ويقابل هذا الشرط في المحررات الإلكترونية شرط الاستمرارية في المحررات التقليدية[2]، وهو متحقق بشكل واضح في الأخيرة (الارتباط المادي)، أما مفهوم الاستمرارية في المحررات الإلكترونية فهو يتمحور حول بقاء مضمون ذلك المحرر ثابتاً دون تغيير وهو بالتالي (ارتباط معنوي).

**2- إمكانية الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني بالشكل الذي أنشئ به**

يتعلق هذا الشرط بما يسمى بسلامة المحتوى وخلوه من أي تغييرات أو تعديلات، وهذا أمر ضروري ومطلوب في عملية الإثبات وقد بات متاحاً في المحررات الإلكترونية نظراً لوجود العديد من التقنيات التي تظهر وضعية الملف وأي تعديلات طرأت عليه وأوقاتها. وتتعلق السلامة المادية للمحرر –بشكل عام– بعدم التحشية أو المحو أو إجراء التعديلات مما يؤثر على قوة ذلك المحرر في

[1] رامي علوان، مرجع سابق، ص274.

[2] بشار دودين، المرجع السابق، ص230.

الإثبات، وهذه مسألة يمكن اكتشافها بسهولة من قبل الخصم والقاضي على حد سواء في حالة المحررات التقليدية، ويرى العديدون أن المحررات الإلكترونية تفتقر إلى تلك الميزة، لكن التطور التكنولوجي قد تغلب على هذه المسألة من خلال الاعتماد على نظم حاسوبية تجعل نص المحرر صورة ثابتة غير قابلة للتعديل أو المحو، ويعرف هذا النظام ب Document Image [1] Processing.

**3- دلالة المعلومات الواردة في المحرر الالكتروني على من ينشئه أو يتسلمه**

هذا الشرط يقابل شرط أن يكون المحرر الورقي مقروءاً حتى يتسنى الاحتجاج بمضمونه في مواجهة الطرف الأخر، وهذا يستدعي أن يكون المحرر مدوناً بحروف أو رموز معروفة ومفهومة لمن يراد الاحتجاج به عليه. كما يجب أن يدل المحرر على من أنشأه ومن تسلمه، وفي المحررات الإلكترونية يتم الاعتماد على رموز لا يقرأها الإنسان مباشرة مما يتطلب تغذية الحاسوب ببرامج لقراءة الرموز الرقمية (لغة الآلة)[2]، وفي هذه الحالة، يمكن للمحررات الإلكترونية أن تحقق الشرط المتعلق بإمكانية قراءتها.

ولا بد لنا من الإشارة إلى أن الشروط الثلاثة السابق بيانها لا تنطبق على المعلومات التي ينتجها الحاسوب بمناسبة التعاقد والخاصة بتحديد إجراءات تبادل الملفات والتي تهدف إلى تسهيل إرسال الملف واستلامه، فهذه المعلومات المرافقة للمحرر الإلكتروني ليست محلاً للشروط السابقة[3].

---

[1] حسن عبد الباسط الجميعي: "إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت "، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000، ص223.

[2] بشار دودين، المرجع السابق، ص233.

[3] بشار دودين، المرجع السابق، ص233.

**الفرع الثاني: القوة الثبوتية للمحررات الإلكترونية**

أكدت التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية على حجية المحررات الإلكترونية وساوتها بالمحررات العرفية أحياناً وبالعرفية والرسمية أحياناً أخرى وهذا يمثل الجانب القانوني لهذه المحررات، لكن المبادلات الإلكترونية ليست بعيدة عن إمكانية تعرضها للتقليد والتزوير والتحوير للمعلومات وتغييرها وقد يصل ذلك إلى حد اختلاق رسالة وهمية، ولعل ذلك كله متصور في العقود الإلكترونية المبرمة عبر الموقع Web وليس عبر البريد الإلكتروني حيث إن الأخير يمكن تخزينه والرجوع إليه بأي وقت بل وأرشفته.

ويمكننا القول بأن القوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني تعتمد على طبيعة المنازعات وأهمية الصفقة التجارية من جهة، وعلى موثوقية النظام المعلوماتي المستخدم في هذه الصفقة من جهة أخرى[1]، وهذا الأخير يشكل الجانب التقني المتعلق بالمحررات الإلكترونية، حيث إن الإجراءات التقنية تلعب دوراً في منح المحررات الالكترونية قوة ثبوتية إضافية ومصداقية أعلى، ومن أهم هذه الإجراءات اعتماد نظام معلوماتي موثوق.

لقد حرصت الدول والمنظمات على الاهتمام بهذه المسألة[2]، ولكن هناك تساؤلات حول مواصفات النظام المعلوماتي الأمثل فيما يخص مسألة الإثبات، وقد وضعت الفقيهة الفرنسية Sedaildan[3] مجموعة من الاعتبارات الخاصة بالنظام المعلوماتي نلخصها على النحو التالي:

---

[1] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص162.

[2] أدخل المشرع الكندي إلى القانون المدني مواداً خاصة بالتسجيلات المعلوماتية (المواد 2837_ 2838).
وعلى صعيد المنظمات الدولية، فقد أصدرت "لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي" ( CNUDCI) عام 1997 تقريراً يضع إطاراً قانونياً للدول الراغبة بإصدار تشريعات تسهل عقد الصفقات التجارية عبر وسائل لامادية، وقد حرص هذا التقرير على إيلاء موثوقية النظام المعلوماتي أهمية استثنائية وظهر ذلك في المادة (8) منه. وللاطلاع على النص الكامل لهذا التقرير في موقع المتحدة، أنظر: http://www.un.or.at/unicitral تاريخ الزيارة: 27-6-2006.

[3] طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص358-359.

1- ضرورة أن يسمح النظام المعلوماتي بتوفير الضمانات اللازمة حول حسن أدائه، بحيث يحمل القضاة على منح ثقة أكبر للتسجيلات المعلوماتية والمستندات المسحوبة على الحاسب الآلي.

2- تبني نظام يضمن حفظاً منهجياً ومنظماً لجميع العمليات المعلوماتية الحاصلة، وترى الفقيهة أن هناك وسائط تخزين معمرة وتدوم أطول من الأسطوانات العادية.

3- ضرورة وجود نظام قادر على جعل وسائط التخزين المحتوية على المعلومات تسجل عدد المرات التي تجري فيها معاينة البيانات، ويكمن الهدف من ذلك في ضبط الإمكانية التقنية في نسخ البيانات الرقمية التي تبقى موجودة حتى لو كانت مسجلة على وسائط معمرة كالأسطوانات الضوئية من النوع غير القابل لإعادة التسجيل.

4- ضرورة أن يسمح النظام المعلوماتي بإجراء تحديد دقيق لتاريخ إرسال واستلام المستندات المعلوماتية والتأكد من أنها قد استلمت من قبل من أرسلت إليه بدون تعديل أو المس بسلامتها.

وتؤكد الفقيهة أن مثل هذه المواصفات غير موجودة في أي نظام معلوماتي حالي، مما يؤدي إلى عدم وجود ما أسمته درجة الصفر في مستوى الأمان في الأنظمة المعلوماتية، ويمكن دائماً الاحتجاج باختلاف النظام المعلوماتي أو تعييبه، وتسوق لتأكيد ذلك عدة أمثلة من القضاء أبرزها قضية متعلقة بإبراز فيلم فيديو رقمي كوسيلة إثبات، لكن المحكمة رفضت الأخذ به بحجة أنه لا يؤمن شروط الأصالة والمصداقية[1]. وفي قرار لها بتاريخ 28 آذار 1995، قبلت محكمة النقض الفرنسية إثبات قدمه أحد مشتركي شبكة الاتصالات حول وجود إمكانية تقنية لاستعمال خطه الهاتفي من قبل الغير بصورة غير مرخصة لإجراء مكالمات تضاف على حسابه[2].

---

[1] Aix 18eme Ch. 4 janvier 1994,JCP ed. G,II, 22514. أنظر طوني ميشال عيسى، المرجع السابق، ص360.

[2] Civ., Iere.Ste France Telecom c/ Berthe, JCP ed. G 1995,II, 22539. أنظر طوني ميشال عيسى، المرجع السابق، ص359.

نستنتج أن موثوقية النظام المعلوماتي تضيف بعداً جديداً إضافيا للقوة الثبوتية للمحررات الالكترونية خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار وسائل فنية أخرى مثل التشفير ومصادقة جهات التوثيق.

## المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني

يحتل التوقيع مكانة متميزة فيما يتعلق بالاعتراف بحجية المستند الورقي العادي في الإثبات، فهو يؤدي وظائف أهمها، دلالته على هوية صاحبه نظراً لكون التوقيع هو رمز أو حركة خطية تختلف من شخص إلى آخر، بالإضافة إلى أن التوقيع يعبر عن إرادة صاحبه المتجهة إلى إقرار التصرف القانوني[1]، والتوقيع لم يكن متصوراً –نسبياً– في السابق إلا على دعامة ورقية، إلا انه وبفعل تنامي الاتجاه نحو إبرام العقود إلكترونياً، فقد أصبح بالإمكان الحديث عن التوقيع الإلكتروني. وسنستعرض تعريف التوقيع الإلكتروني وأنواعه (الفرع الأول)، كما سنوضح حجية الإثبات بالتوقيع الإلكتروني (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: التوقيع الإلكتروني: ماهيته وأنواعه

#### أولاً: ماهية التوقيع الإلكتروني

عرفت المادة (2/أ) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 التوقيع الإلكتروني بأنه "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً ويجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات وبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"[2].

---

[1] بشار دودين، مرجع سابق، ص241. وراجع أيضاً: محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص210. ونضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص169.

[2] جاء هذا التعريف مطاطياً فقد ترك هامشاً واسعاً بخصوص نوع الطريقة المستخدمة في التوقيع، ولم يحددها بنوع محدد بهدف إمكانية استيعاب طرق مستحدثة.

وقد فرقت توجيهات الإتحاد الأوروبي بين التوقيع الإلكتروني العادي والتوقيع الإلكتروني المعزز[1]، حيث عرفت الأول على أنه "معلومات على شكل إلكتروني متعلقة بمعلومات إلكترونية أخرى مرتبطة بها ارتباطاً وثيقاً ويستخدم أداة للتوثيق"، بينما وضعت شروطاً للأخير على النحو التالي:

1- أن يرتبط ارتباطاً فريداً مع صاحب التوقيع.

2- أن يكون قادراً على تحديد صاحب التوقيع والتعرف عليه.

3- أن يتم إيجاده باستخدام وسائل تضمن السرية التامة.

4- أن يكون مرتبطاً مع صاحب المعلومات المحتواة في الرسالة حيث إنه يكتشف أي تغيير في المعلومات.

كما عرف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني التوقيع الإلكتروني في المادة (2/1) منه على أنه "مجموعة من البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه".

أما مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني فقد عرف التوقيع الإلكتروني في مادته الأولى على أنه "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها

[1] Sinisi Vinenzo: "Digital Signature Legislation in Europe", International Business Lawyer, December 2000, vol.28, no11,p487-488.

منطقياً، يجوز أن تستخدم لتحديد شخصية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"[1].

وقد عرفه مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري بأنه "حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد وتسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتميزه عن غيره".

فالتوقيع الإلكتروني على رسالة ما عبارة عن بيانات مجتزأة من الرسالة ذاتها (جزء صغير من البيانات) يجري تشفيره وإرساله مع الرسالة. بحيث يتم التوثق من صحة الرسالة من الشخص عند فك التشفير وانطباق محتوى التوقيع على الرسالة.

يمكننا أن نستنتج من التعريفات السابقة أن التوقيع الإلكتروني يؤدي ذات الوظائف التي يؤديها التوقيع العادي، فكل القوانين أجمعت على أنه يقوم بتحديد شخصية صاحبه ويميزه عن غيره، وهو يهدف بشكل رئيسي إلى التعبير عن إرادة صاحبه المتجهة إلى إبرام التصرف القانوني، وهذا يدفعنا إلى استخلاص الفكرتين التاليتين:

1- التوقيع الإلكتروني يوفر أمناً أكثر من ذاك الذي يوفره التوقيع العادي نظراً لاعتماده على أسلوب التشفير.

2- يصعب تقليد التوقيع الإلكتروني أو تزويره على عكس التوقيع العادي الذي يمكن اقتطاعه من الوثيقة التي يحويها، أما التوقيع الإلكتروني فهو جزء لا يتجزأ من الوثيقة المشفرة ولا يمكن اقتطاعه.

---

[1] ورد في مشروع قانون تنظيم التوقيعات الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2004 تعريف مختلف، حيث عرفته المادة الأولى على أنه "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع وبيان موافقته على المعلومات التي يتضمنها المحرر الإلكتروني". ونرى أن هذا التعريف أقرب ما يكون للتعريف الذي أورده قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، ويؤخذ على ذلك أنه تم تكرار تعريف التوقيع الإلكتروني في مشروعي قانونين مختصين بالتجارة الإلكترونية، حيث كان الأجدر الاقتصار على تعريف واحد.

## ثانياً: أنواع التوقيع الإلكتروني

أ- **التوقيع الرقمي:** يأتي هذا التوقيع على صورة رقم سري لا يعرفه إلا صاحب التوقيع، وهو منتشر في بطاقات الائتمان ويستخدم في العقود الإلكترونية بكثرة، ويضمن التوقيع الرقمي عدم تعرض الرسالة لأي نوع من أنواع التعديل بأي طريقة[1]، ويعتمد هذا التوقيع على التشفير بنوعيه، المتماثل وغير المتماثل[2].

---

[1] للمزيد حول التوقيع الرقمي، راجع مقال بعنوان: The Distinction Between Biometric and Digital Signatures، أنظر الموقع الإلكتروني:
http://www.findbiometrics.com/Pages/signature%20articles/signature_2.html تاريخ الزيارة: 14-9-2006.

[2] في التشفير المتماثل، يستخدم كل من المرسل والمستقبل المفتاح السري ذاته في تشفير الرسالة وفك تشفيرها. ويتفق الطرفان في البداية على عبارة المرور» «pass phrase» كلمات مرور طويلة» التي سيتم استخدامها. ويمكن أن تحوي عبارة المرور حروفاً كبيرة وصغيرة ورموزاً أخرى. وبعد ذلك، تحوّل برمجيات التشفير عبارة المرور إلى عدد ثنائي، ويتم إضافة رموز أخرى لزيادة طولها، ويشكل العدد الثنائي الناتج مفتاح تشفير الرسالة.
وبعد استقبال الرسالة المشفّرة، يستخدم المستقبل عبارة المرور نفسها من أجل فك شفرة النص المشفّرة «cipher text or encrypted text» إذ تترجم البرمجيات مرة أخرى عبارة المرور لتشكيل المفتاح الثنائي «binary key» الذي يتولى إعادة تحويل النص المشفّر إلى شكله الأصلي المفهوم. ويعتمد مفهوم التشفير المتماثل على معيار DES ، أما الثغرة الكبيرة في هذا النوع من التشفير فكانت تكمن في تبادل المفتاح السري دون أمان، مما أدى إلى تراجع استخدام هذا النوع من التشفير، ليصبح شيئاً من الماضي.
التشفير اللامتماثل «المفتاح العام.
جاء التشفير اللامتماثل حلاً لمشكلة التوزيع غير الآمن للمفاتيح في التشفير المتماثل، فعوضاً عن استخدام مفتاح واحد، يستخدم التشفير اللامتماثل مفتاحين اثنين تربط بينهما علاقة. ويدعى هذان المفتاحان بالمفتاح العام «key public» والمفتاح الخاص «private key» ويكون المفتاح الخاص معروفاً لدى جهة واحدة فقط أو شخص واحد فقط، وهو المرسل، ويستخدم لتشفير الرسالة وفك شفرتها. أما المفتاح العام فيكون معروفاً لدى أكثر من شخص أو جهة، ويستطيع المفتاح العام فك شفرة الرسالة التي شفّرها المفتاح الخاص، ويمكن استخدامه أيضا لتشفير رسائل مالك المفتاح الخاص، ولكن ليس بإمكان أحد استخدام المفتاح العام لفك شفرة رسالة شفّرها هذا المفتاح العام، إذ أن مالك المفتاح الخاص هو الوحيد الذي يستطيع فك شفرة الرسائل التي شفرها المفتاح العام.. للمزيد حول هذا الموضوع أنظر الموقع الإلكتروني:
http://www.al-jazirah.com/digimag/23022003/wr476.htm تاريخ الزيارة: 16-9-2006.
وانظر أيضا: http://c4arab.com/showlesson.php?lesid=498 تاريخ الزيارة: 16-9-2006.
وانظر أيضاً: محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، الصفحات 74 وما بعدها.

**ب- التوقيع البيومتري (التوقيع بالخواص الذاتية)**

يقوم هذا التوقيع على استخدام إحدى الخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للشخص مثل (بصمة الإصبع أو بصمة الصوت أو بصمة العين)، حيث يتم تخزينها بصورة مشفرة داخل الحاسب الآلي في نظام حفظ الذاكرة، وبالتالي لا يسمح لغير الشخص صاحب الخاصية المخزنة باستخدام البيانات السرية الموجودة في نظم المعلومات[1]، وتصل نسبة الأمان الذي يوفره هذا النوع من التوقيع إلى 100% نظراً لاستحالة التطابق بين شخصين في مثل هذه الخواص، لكن يؤخذ عليه أنه باهظ التكلفة مما يجعل استخدامه غير متاح للأفراد العاديين لإقرار تصرفاتهم القانونية عبر الإنترنت[2].

**ج- التوقيع بالقلم الإلكتروني**

يقوم هذا التوقيع من خلال نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي (Scanner) ثم تخزينه في الحاسوب[3]، وعند الرغبة في إقرار تصرف قانوني كالعقد المبرم عبر الإنترنت، يتم نقل هذه الصورة إلى المحرر الإلكتروني لمنحه الحجية اللازمة. لكن يؤخذ على هذه الطريقة أنها لا توفر أدنى درجات الأمان نظراً لاستحالة إثبات الصلة بين المحرر الإلكتروني والتوقيع، فقد يقوم المرسل إليه بحفظ التوقيع الذي وصله على إحدى المحررات ثم يقوم لاحقاً بوضعه على محرر آخر ويدعي أن واضع هذا التوقيع هو صاحب التوقيع الفعلي مما يسبب العديد من المشكلات.

إن السائد في بيئة العقود الإلكترونية هو الاعتماد على التوقيع الرقمي، ومع ذلك فلا ينبغي تفضيل طريقة على أخرى، ولا ينبغي أن يكون هناك اختلاف في المعاملة طبقاً لنوع التوقيع، ولكن ذلك لا

---

[1] حسن عبد الباسط الجميعي، مرجع سابق، ص40. وراجع أيضاً: بشار دودين، مرجع سابق، ص253.

[2] بشار دودين، المرجع السابق، ص254.

[3] بشار دودين، المرجع السابق، ص250.

يمس حرية الأفراد ومبدأ سلطان الإرادة الذي يمنحهم الحق في الاتفاق على استبعاد أنواع معينة من التوقيعات الإلكترونية.

**الفرع الثاني: حجية الإثبات بالتوقيع الإلكتروني**

سعت معظم الدول – في إطار جهودها لتحقيق خطة الاعتراف بالتجارة الإلكترونية– إلى التأكيد على أن التوقيع الإلكتروني يعتبر معادلاً وظيفياً للتوقيع الخطي، فالاعتراف بصلاحية التوقيع الإلكتروني للدلالة على شخص المتعامل واتجاه إرادته إلى إبرام التصرف القانوني هو من أهم متطلبات الإقرار بوجود التجارة الإلكترونية وقبول الإثبات بوسائلها. وانطلاقاً من ذلك، فقد وضع مشرعو الدول قوانين اعترفت بحجية التواقيع الإلكترونية ضمن شروط موضوعية[1].

وقد كان أول اعتراف بالتوقيع الإلكتروني في عام 1989 في مجال البطاقات الائتمانية حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية صحة التوقيع الإلكتروني كما ساوت بينه وبين التوقيع اليدوي[2].

وعلى صعيد الإتحاد الأوروبي، فقد أصدر توجيهاً حول التوقيع الإلكتروني بتاريخ 13 كانون أول 1999. كما تم وضع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 ( Model Law On Electronic Signature)[3]، حيث يهدف هذا القانون إلى إقرار التكافؤ بين التوقيع

---

[1] أصدرت فرنسا قانوناً خاصاً بالتوقيع الإلكتروني (Electronic Signature Bill) في 13 آذار 2000، راجع الموقع الإلكتروني: www.bmck.com/ecommerce/France.htm ، كما أصدرت ألمانيا قانون التوقيع الرقمي (Digital Signature Ordinance)، في 1 تشرين الثاني 1997، راجع الموقع الإلكتروني: www.bmck.com/ecommerce/Germany.htm. تاريخ الزيارة: 16-9-2006.

[2] صدر القرار الأول عن محكمة استئناف مونبيليه في فرنسا بتاريخ 9 نيسان 1987، ثم نظرت محكمة النقض الفرنسية فيه بتاريخ 8 تشرين الثاني 1989 في القضية المعروفة باسم Credicas، أنظر: طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص313 .

[3] أنظر هذا القانون:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html

تاريخ الزيارة: 17-9-2006.

الإلكتروني ونظيره اليدوي، وقد جاءت المادة (6) من هذا القانون لتؤكد انه حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الاشتراط مستوفياً البيانات المرسلة، إذا استخدم توقيعاً إلكترونياً موثوقاً به بالقدر المناسب للطرف الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة، ويعتبر التوقيع الإلكتروني موثوقاً به للغرض المذكور أعلاه في الحالات التالية:

أ- إذا كانت بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة في السياق الذي تستخدم فيه بالموقع دون أي شخص آخر.

ويهدف هذا الشرط إلى عدم قيام أكثر من شخص بإنشاء التوقيع الإلكتروني نفسه، وبالتالي يكون التوقيع مرتبطاً بشخص الموقع ارتباطاً فريداً، ونرى أن التوقيع البيومتري يحقق هذا الهدف.

ب- إذا كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر.

تهدف هذه الفقرة إلى ضمان خضوع أدوات إنشاء التوقيع الإلكتروني لسيطرة الموقع نفسه دون غيره، مما يعني عدم تنصل الموقع من توقيعه وما يترتب على هذا التوقيع بحجة عدم سيطرته على الوسائل الخاصة بالتوقيع وقت إنشائه.

ج- إذا كان أي تغيير في التوقيع الإلكتروني يجري بعد حدوث التوقيع يكون قابلاً للاكتشاف.

د- إذا كان الغرض من اشتراط التوقيع قانوناً هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع وإن أي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع يكون قابلاً للاكتشاف.

تتعلق الفقرتان الأخيرتان بسلامة المعلومات الموقع عليها، بحيث يجب أن تبقى مرتبطة بالتوقيع وجوداً وتعديلاً، فأي تعديل يطرأ على المعلومات لابد أن يطال التوقيع، وإن عدم وجود هذا الشرط يؤدي إلى إمكانية التلاعب في المعلومات الموقع عليها محواً أو تعديلاً أو إضافةً.

ويمكن ملاحظة أن التوقيع قد يقع على جزء من المعلومات الواردة في رسالة البيانات دون غيره[1].

كما أكدت المادة (10/أ) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه إذا استوجب تشريع نافذ توقيعاً على المستند أو نص على ترتيب أثر على خلوه من التوقيع، فإن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني يفي بمتطلبات ذلك التشريع. وهذه الفكرة قد تم تكريسها أيضا في مشروع قانون تنظيم التوقيعات الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2004 وذلك في المادتين (5،6).

بعد استعراضنا للنصوص السابقة، نستنتج أن التشريعات قد منحت التوقيع الإلكتروني ذات الحجية الممنوحة لنظيره الخطي ضمن شروط تتعلق بوسيلة إنشاء التوقيع ومدى موثوقيتها وقدرتها على تأكيد الارتباط بين التوقيع والموقع ودلالته على شخصه.

وقد استوجبت هذه التشريعات إجراء توثيق للتوقيع الإلكتروني وعدت هذه الخطوة جوهرية وأساسية لإضفاء الاعتراف على ذلك التوقيع.

وينصرف مفهوم التوثيق إلى التحقق من أن التوقيع الإلكتروني أو السجل الإلكتروني قد تم تنفيذه من شخص معين، أو لتتبع التغييرات والأخطاء التي حدثت في سجل إلكتروني بعد إنشائه، بما في ذلك استخدام وسائل التحليل للتعرف على الرموز والكلمات والأرقام وفك التشفير والاستعارة العكسية وأية وسيلة أو إجراءات أخرى تحقق الغرض المطلوب. ويتبع عملية التوثيق إصدار شهادة تدعى شهادة التوثيق وهي تلك الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع

[1] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص179.

إلكتروني إلى شخص معين استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة، وتضطلع الهيئة العامة للمصادقة الإلكترونية بهذه المهمة وذلك بموجب المادتين (23،25) من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية الفلسطيني. وقد أسندت المادة (7) من قانون الأونسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية للدولة مهمة تحديد الجهة المختصة بإجراءات التوثيق[1].

ويكون التوقيع موثوقاً به وفقاً للقانون النموذجي إذا كان مستوفياً للشروط التي سبق بيانها آنفاً[2].

وقد حددت المادة (31) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني شروط إضفاء الموثوقية على التوقيع الإلكتروني[3].

أما مشروع قانون تنظيم التوقيعات الإلكترونية الفلسطيني فقد حدد في المادة (4) شروط اعتبار التوقيع الالكتروني موثقاً على النحو التالي:

1- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده.

2- سيطرة الموقع وحده على أداة وأنظمة التوقيع الإلكتروني.

3- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر أو التوقيع الإلكتروني بعد وضعه على أي محرر.

---

[1] تنص المادة (7) من قانون الأونسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية على أنه: "1- يجوز لأي شخص أو جهاز تحديد التواقيع الإلكترونية التي تفي بأحكام المادة 6 من هذا القانون. 2- يتعين أن يكون أي تحديد يتم بمقتضى الفقرة 1 متسقاً مع المعايير الدولية المعترف بها. 3- ليس في هذه المادة ما يخل بسريان مفعول قواعد القانون الدولي الخاص".

[2] المادة (3/6) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001.

[3] نصت المادة (31) أن التوقيع الإلكتروني يعتبر موثقاً إذا اتصف بما يلي:

1- تميز بشكل فريد بارتباطه بالشخص صاحب العلاقة.

2- كان كافياً للتعريف بشخص صاحبه.

3- تم إنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته.

4- ارتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه دون إحداث تغيير في التوقيع.

وقد رتبت المادة (32/ب) من القانون نفسه على عدم توثيق التوقيع الإلكتروني فقدانه لحجيته.

نخلص مما سبق إلى أن القوة القانونية للتوقيع الإلكتروني أصبحت تضاهي نظيرتها الممنوحة للتوقيع الخطي، بل وأنها تفوقها بالنظر إلى درجة الأمان القانوني الذي توفره أدوات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

# الفصل الأول

## تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية بوجه عام

لئن كانت الصعوبة الأولى التي تطرحها التعاملات الالكترونية في بيئة الانترنت تتصل بشكل وثيق بالبعد الدولي والعام لهذه البيئة، فمن الخطأ الاعتقاد أن القانون لم يتناول هذه المعاملات بالمعالجة، فقد تعرضت القوانين والاتفاقيات بشكل عام والقانون الدولي الخاص بشكل خاص للعديد من الإشكاليات المتعلقة بالعقود التي تتم عبر الإنترنت، ومن هذه الإشكاليات تلك المرتبطة بصعوبة تحديد ضابط الإسناد الذي يُعول عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود. وتعد مسألة كفاية القانون الدولي الخاص بقواعده التقليدية للانطباق على هذا النوع من العقود مسألة خلافية، فهناك من يرى أن القانون الدولي الخاص قادر على تغطية الإشكاليات سابقة الذكر، وعلى النقيض تماماً، هناك من يؤكد عجز قواعده و قصورها عن ذلك.

وتعد العقود الإلكترونية والالتزامات الناشئة عنها من أبرز المسائل التي قد يثار فيها دور القانون الدولي الخاص. فهذه العقود تمثل الجانب العملي الأكثر تأثيراً على مصالح الأفراد والشركات؛ كونها ترتب تبعات قانونية على الطرفين المتعاقدين.

وكما هو معلوم فإن بيئة التعاقد الإلكتروني لا تعترف بالحدود الجغرافية ولا تخضع لسيادة الدول، مما قد يساعد على تحويل هذه البيئة إلى شريعة غاب يستغل فيها الكبير الصغير والقوي الضعيف.

لذا، والحالة هذه، فقد ارتأينا أن مسألة تنازع القوانين في عقود التجارة الالكترونية وضرورة تحديد القانون واجب التطبيق تمثل استحقاقاً لأن يتم التعمق فيها ومحاولة إيجاد الحلول المناسبة لها.

وانطلاقاً من الفكرة الأساسية التي تعتبر العقد المبرم عبر الإنترنت عقداً دولياً، فإننا سنرى مدى ملائمة قواعد الإسناد التقليدية للتطبيق على هذه العقود في المبحث الأول من هذا الفصل، وذلك من خلال دراسة دور الإرادة في هذه العقود المبرمة عبر الإنترنت، ودور قواعد الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي في هذه العقود، ومن ثم بيان القانون واجب التطبيق على إثبات عقود التجارة الإلكترونية، وسنركز في المبحث الثاني على العقود الاستهلاكية الإلكترونية؛ نظراً لخصوصية هذه العقود وانتشارها على شبكة الإنترنت من خلال توضيح وسائل حماية المستهلك في هذا العقد، وأثر تلك الحماية على إعمال قانون الإرادة.

## المبحث الأول

## قواعد الإسناد التقليدية ومدى ملاءمتها للتطبيق على العقود الإلكترونية

تعد مسألة إمكانية تطويع قواعد الإسناد التقليدية لتكون ثوباً ملائماً للتجارة الإلكترونية مسألة على جانب كبير من الأهمية والحساسية، فالعقود المبرمة عبر الإنترنت تتميز بخصوصيتها المستمدة من التقنية العالية المستخدمة في إبرامها والطابع الدولي الذي لا يمكن استبعاده عنها عادة، وهذان الأمران يؤديان إلى تحويل مهمة الباحثين في البحث عن مدى ملاءمة قواعد الإسناد التقليدية للتطبيق على تلك العقود إلى مهمة بالغة الصعوبة؛ نظراً لصعوبة إسقاط العديد من ضوابط الإسناد التقليدية على تلك العقود، فعلى سبيل المثال، من الصعب بمكان تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، علماً بأن تحديد ذلك يشكل أحد أهم ضوابط الإسناد التقليدية المستخدمة للوصول إلى القانون الواجب التطبيق.

من هنا، لابد لنا من التعمق في هذه الإشكالية التي تولد لدينا مجموعة من التساؤلات حول دور قانون الإرادة في العقود المبرمة عبر الإنترنت، بالإضافة إلى مدى إمكانية إعمال قواعد الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي على المنازعات الناشئة عن هذه العقود، وخاصة قانون محل إبرام العقد، وقانون محل تنفيذه، ومعيار الأداء المميز. كما سنتطرق وبصورة مقتضبة إلى القانون الواجب التطبيق على إثبات العقود الإلكترونية.

لقد أسلفنا سابقاً أن العقد المبرم عبر الإنترنت هو عقد دولي في أحيان كثيرة، وإن إضفاء هذه الصفة على هذا العقد ينطوي على العديد من التبعات والآثار القانونية، فالعقد الدولي يخضع لأحكام قانونية خاصة تناسب طبيعته وخصوصيته، فعلى سبيل المثال، يحق للمتعاقدين دولياً اختيار إجراءات التحكيم في حالة عرض النزاع أمام محكَّم دولي، كما يحق لهم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد عند عرض النزاع أمام القضاء الوطني أو التحكيم الدولي، فالعقود الدولية تتميز بارتباطها بقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص؛ لوجود العنصر الأجنبي في أحد أركانها أو أكثر، أما

العقود والروابط الداخلية فيطبق فيها القاضي قانونه دون حاجة للالتجاء إلى قواعد الإسناد في هذا القانون[1]. فما هو العقد الدولي؟ وما هي معايير اعتباره كذلك؟

اختلف الفقه في تحديد مفهوم العقد الدولي، حيث إنه لم يستقر على تعريف معين، وحتى في حالة توصله إلى ذلك، فإنه سيبقى مشوبا بعدم الدقة ولن يكون شاملاً لجميع أنواع العقود الدولية. كما أن مسألة اعتبار عقد ما عقداً دولياً تشكل مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص، سواء ما كان من هذه القواعد ذا صبغة مادية أو ما كان معتبراً من قواعد تنازع القوانين[2]. وبالتالي، نستنتج أن دولية العقد هي شرط لإعمال قاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع العقد لقانون الإرادة[3]، إلا أن اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لم تأخذ بوجهة النظر هذه، وبالرغم من أن الفقرة الأولى من مادتها الأولى قررت انطباق المعاهدة على "المراكز التي تثير تنازع القوانين في شأن الالتزامات التعاقدية"، وهو ما يعني اقتصار إعمال قاعدة الإسناد المقررة في المادة (1/3) على العقود ذات الطابع الدولي، لكن الاتفاقية عادت لتقرر في المادة (3/3) أن اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي لا يؤدي –فيما لو كانت كافة عناصر العقد مركزة في دولة واحدة عند الاختيار– إلى المساس بالنصوص الآمرة المقررة في قانون هذه الدولة والتي لا يستطيع الأفراد الاتفاق على ما يخالفها[4].

أما بالنسبة لمعايير اعتبار العقد دولياً، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بالمعيار القانوني الذي يقوم على أساس احتواء العقد على الصفة الأجنبية في عناصره كلها أو بعضها، فهو يعد دولياً لو اتصلت

---

[1] هشام صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2001، ص58.

[2] محمود محمد ياقوت: "حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق"، الإسكندرية: منشأة المعارف، رسالة دكتوراة (منشورة)، 2000، ص38.

[3] هشام صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص60.

[4] هشام صادق، مرجع سابق، ص66.

عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني، وهذا ما يعبر عنه بالاتجاه التقليدي[1]. ويقابله الاتجاه الحديث المعروف بالمعيار الاقتصادي، حيث يقوم هذا المعيار على الاعتبارات الاقتصادية التي تتوقف على موضوع العملية التجارية، بغض النظر عن أي اعتبارات قانونية أخرى؛ كجنسية المتعاقدين أو مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه[2]. إلا أن كلا المعيارين قد تعرضا للنقد، والذي دفع البعض للقول باعتماد المعيار المزدوج[3] أي الجمع بين المعيارين السابقين.

ويطالعنا تساؤل مهم بعد أن استعرضنا معايير دولية العقد، فما هو المعيار المعتمد لاعتبار العقد المبرم عبر الإنترنت عقداً دولياً؟

تعد هذه المسألة من المسائل الخلافية، حيث يرى جانب من الفقه أن تكييف هذه العقود يمكن أن يستند على المعيار القانوني وحده، نظراً لأن العقد المبرم عبر الإنترنت غالباً ما يجمع بين أفراد من دول وجنسيات مختلفة، مما يعني ارتباطه بأكثر من نظام قانوني في ذات الوقت، ويذهب جانب آخر من الفقه إلى الأخذ بالمعيار الاقتصادي، وذلك من خلال ارتباط هذا العقد بمصالح التجارة الدولية[4]،

---

[1] ساوى أنصار هذا الاتجاه بين عناصر الرابطة العقدية، ما يعني أن التطرق للصفة الأجنبية لأي منها يؤدي إلى اعتبار العقد دولياً بغض النظر عن أهمية وتأثير هذا العنصر في إضفاء الصفة الدولية . لكن تغير هذا التوجه بعد أن تزايدت الدعوات للتفرقة بين العناصر الفعالة المؤثرة وغير المؤثرة، بحيث أن وجود أكثر من عنصر أجنبي غير فعال في الرابطة القانونية لا يمنح العقد صفة الدولية، بينما قد يعتبر العقد دولياً بسبب وجود عنصر واحد فعال مؤثر، فالعبرة بالكيف وليس بالكم. للمزيد راجع: محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 41-51 وهشام صادق، مرجع سابق، ص 73-103.

[2] يقيم هذا المعيار وزناً لمتطلبات اقتصادية محضة، فهو يجعل من مصلحة التجارة الدولية محل اعتبار في العملية التعاقدية، ويقوم هذا المعيار بشكل أساسي على تحليل المحتوى الاقتصادي للعقد مثل حركة رؤوس المال عبر الحدود بغض النظر عن عناصر الصفة الأجنبية في العلاقة. راجع: هشام صادق، مرجع سابق، ص104-107.

[3] أخذت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام 1961 بالمعيار المزدوج، حيث جمعت بين المعيار الاقتصادي لدولية العقد المرتبط بمصالح التجارة الدولية والمعيار القانوني المستمد من اختلاف محل إقامة الطرفين. للمزيد أنظر: جنة عبد الحميد: "دروس في التحكيم التجاري الدولي"، الجزائر: مركز قسطنطينة، بحث منشور على الصفحة:
http://www.ufc-dz.com/cours_drei/3eme%20DREI/aci/envoi1.doc. تاريخ الزيارة: 4-10-2006.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة: "القانون الدولي الخاص النوعي، الإلكتروني، السياحي، البيئي"، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000، ص33.

وهناك جانب من الفقه يرى ضرورة المزاوجة بين المعيارين السابقين (المعيار المزدوج أو المختلط)[1]، على اعتبار أن المعاملات التي تتم عبر الإنترنت تضم الجانبين سالفي الذكر، فهي تتضمن عناصر أجنبية وتتصل بأكثر من نظام قانوني من جهة (المعيار القانوني)، وتتضمن انتقالاً للأموال عبر الحدود وتتعلق بمصالح التجارة الدولية من جهة أخرى (المعيار الاقتصادي).

كما أن هناك رأياً فقهياً يرى إمكانية الاعتماد على (المعيار القانوني المرن)، وهو ذلك المعيار الذي يفرق بين العناصر الأجنبية المؤثرة وغير المؤثرة[2]، حيث أن تكييف العقد لا يتم على أساس عددي لعناصره التي لحقتها الصفة الأجنبية، وإنما يستند إلى منهج كيفي يقوم على طبيعة العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية وما إذا كان يعد عنصراً مؤثراً أو محايداً، وعلى هذا النحو قد لا يعد العقد دولياً بالرغم من تعدد العناصر الأجنبية فيه، بينما يتسم بهذه الصفة لمجرد أن لحقت الصفة الأجنبية بعنصر واحد من عناصره المؤثرة[3].

ونرى أن هذا الرأي يعد الأرجح لأنه في النهاية يلتقي مع كلا الرأيين السابقين، فهو لا يتعارض مع المعيار الاقتصادي لأن العناصر المؤثرة التي يعول عليها مثل اختلاف موطن المتعاقدين أو مكان تنفيذ العقد في الخارج تتضمن انتقالاً للأموال بين الدول، وهذا يحقق مصلحة التجارة الدولية، وهو أيضاً لا يتعارض مع المعيار القانوني بل يكرسه بصورة أو بأخرى، فهو يأخذ بالعنصر الأجنبي المؤثر حتى يعد العقد دولياً، بالإضافة إلى أن الاعتماد على هذا المعيار القانوني المرن يعزز عالمية القانون الدولي الخاص.

---

[1] عادل أبو هشيمه محمود حوته: "عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص"، القاهرة: دار النهضة العربية، 2004، ص46.

[2] عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص53.

[3] محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص44.

**المطلب الأول: دور الإرادة في العقود الإلكترونية**

بهدف دفع عجلة التجارة الدولية بين الأفراد باعتبارها وسيلة تبادل اقتصادي هائل عبر الحدود[1]، قامت الدول بوضع قواعد القانون الدولي الخاص المتضمنة لأحكام فض النزاعات ذات العنصر الأجنبي وتحديد الاختصاص التشريعي، ومن خلال هذه القواعد القانونية يمكن حل التنازع باختيار القانون الذي يسري على موضوع العلاقة القانونية ليحكمها، سواء أكان هذا القانون هو القانون الوطني أم قانوناً أجنبياً، وتسمى هذه القواعد (بقواعد تنازع القوانين)[2] وتكون مهمتها فض التنازع بإسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة، وذلك بالاعتماد على ما يسمى (بضابط الإسناد) الذي قد يكون الجنسية أو الموطن أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه، أو الإرادة المشتركة. وتحتل هذه الأخيرة مكانة بالغة الأهمية في تحديد القانون الذي يحكم العقود على النطاق الداخلي فيما يعرف بمبدأ الحرية التعاقدية والذي يقابله مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم في القانون الدولي الخاص[3].

وقد تولد إجماع فقهي[4] وقانوني[1] وقضائي[2] على الاعتداد بنظرية قانون الإرادة كأساس يعول عليه في حكم العقود من جهة، ولحل التنازع بين القوانين من جهة أخرى.

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة: "قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية – القانون واجب التطبيق وأزمته)"، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000–2001، ص5.

[2] حسن الهداوي: "تنازع القوانين: المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني(دراسة مقارنة)"، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع،2005، ص14.

[3] طارق كميل: "التعاقد عبر الإنترنت وآثاره –دراسة مقارنة"، الرباط: جامعة محمد الخامس، رسالة ماجستير (غير منشورة)، 2004، ص187.

[4] لم تتبلور هذه النظرية بشكل واضح إلا مع نهاية القرن التاسع عشر، حيث مرت بتطورات عديدة منذ فقه المدرسة الايطالية القديمة وحتى عصرنا الحاضر، فقد ذهبت هذه المدرسة إلى إخضاع العقد لقانون محل إبرامه سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع واعتبر ذلك بمثابة إسناد آمر لا تملك الإرادة تغييره، ثم قام الفقيه الايطالي Curtius بتفسير ذلك على انه تعبير عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين. وفي القرن السادس عشر استند الفقيه الفرنسي Dumoulin إلى التبرير السابق ونادى بضرورة الاعتراف للمتعاقدين بحق اختيار قانون آخر لحكم العقد وشكل ذلك أولى ملامح إخضاع العقد لقانون الإرادة. وفي القرن الثامن عشر رحب الفقهاء بقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة وبصفة =

وقد أصبح الأصل في عقود التجارة الدولية خضوعها لقانون الإرادة، أي للقانون الذي يشير إليه المتعاقدين[3] ، ولكن ذلك مقتصر على الجوانب الموضوعية للعقد[4]، وقد تكون هذه الإشارة صراحةً أو ضمناً، مما يستدعي منا توضيح ماهية الاتفاق الصريح والضمني بين المتعاقدين على اختيار قانون العقد (الفرع الأول)، كما سنوضح الحلول المتبعة في حالة سكوت إرادة المتعاقدين عن اختيار قانون العقد (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: الاتفاق الصريح والضمني بين المتعاقدين**

أكدت التشريعات والفقه والقضاء المقارن على حق المتعاقدين في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فمن المنطقي والطبيعي أن يقوم طرفا العقد بممارسة وتفعيل سلطان إرادتهم من خلال تحديد

---

=خاصة الفرنسي Boullenois ، ثم أكد Foelix والفقيه الألماني Savigny في القرن التاسع عشر على هذا المبدأ، لكنهم لم يخرجوا عن كونهم قد كرسوا قانون الإرادة كمجرد تبرير لاحق لإسناد سابق والفرق أن الأول قد برر تطبيق قانون الإرادة بوصفه تعبيراً عن القانون الذي استقرت عليه الأعراف والعادات واستناداً إلى فكرة الإرادة الضمنية، بينما قرر Savigny تطبيق قانون دولة التنفيذ استناداً إلى فكرة الخضوع الاختياري لهذا القانون، واستمر الأمر كذلك حتى جاء الفقيه البلجيكي Laurent في نهاية القرن التاسع عشر فرتب على إعمال مبدأ سلطان الإرادة نتائجه المنطقية مؤكداً أنه إذا كان تطبيق قانون دولة الإبرام أو دولة التنفيذ قد فسر على أساس رضى المتعاقدين الضمني فإنه يحق لهم أن يختاروا صراحة قانوناً آخر غيره. وبذلك تحول مبدأ سلطان الإرادة إلى مبدأ قائم بذاته مرتد إلى حق الاختيار وفقاً لأنصار النظرية الشخصية وعلى رأسهم Laurent، أو مرتد إلى قوة القانون كما ترى النظرية الموضوعية (Broche وأنصاره). راجع: محمود محمد ياقوت، مرجع سابق،ص24-36. وراجع أيضاً: هشام صادق، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، الصفحات 20 وما بعدها.

[1] مثال ذلك القانون المدني الأردني لسنة 1976 (المادة 20)، والقانون المدني المصري (المادة 19)، والقانون المدني السوري (المادة 22)، والقانون الألماني لسنة 1986 (المادة 27)، كما تبنت العديد من الاتفاقيات مبدأ الإرادة حيث نصت اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في مادتها (1/3) على تطبيق قانون الإرادة بحيث أصبح معمولاً بحكمه لدى التشريعات التي انضمت إلى الاتفاقية مثل فرنسا وانجلترا. راجع بهذا الخصوص: محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص35

[2] راجع على سبيل المثال من الأحكام التي كرست خضوع العقد لقانون الإرادة:
Cass. 6/7/1959 Rev. crit. 1959-708 note Batiffol- Triate elementaire de driot int. prive, 3rd ed., 1959, no255. وللمزيد من الأحكام باللغة العربية راجع: عادل أبو هشيمه محمود حوته "عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص69.

[3] راجع: BATIFFOL, Les conflicts de lios en matiere de contracts, Paris, 1938, no 22.

[4] يخضع شكل العقد إما لقانون العقد (قانون الإرادة) أو قانون محل إبرام العقد، راجع تفاصيل هذه المسألة: هشام صادق، مرجع سابق، ص16.

قانون أي دولة ليطبق على العقد في حال نشوء نزاع بشأنه، وهذا ما يسمى بالاختيار الصريح، وعادةً ما يتم إدراج هذا الاتفاق ضمن بند من بنود العقد بشكل صريح[1]، كما أنه من المتصور أن يتم إدراج تحديد القانون على صفحة الموقع الخاصة بالمزود (التاجر/المنتج)، على أن يكون هذا الشرط قابلاً للتعديل في حال عدم الاتفاق عليه؛ لأن التحديد المسبق يكون موقوفاً على قبول الطرف الآخر.

والاتفاق الصريح بين المتعاقدين بشأن القانون الواجب التطبيق على عقدهم هو أمر وارد بل ومطلوب في العقود المبرمة عبر الإنترنت. وبهذا الخصوص، يرى جانب من الفقه أن هذا التحديد يجب أن يتم على صفحة الشاشة المستقبلة[2].

وفي حالة الاتفاق الصريح، فإن اختيار قانون العقد يتم عند تحريره[3]، ويجوز أيضاً أن يقوم المتعاقدان بالاتفاق في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، سواء أكان هذا الاتفاق شفوياً أم مكتوباً، وذلك في اتفاق مستقل عن العقد ويكون ملحقاً به، بل إنه من الجائز أن يقوم المتعاقدان بتعديل اتفاقهم وتغيير القانون المتفق عليه، لكن ذلك مشروط بأن يتم قبل النظر في النزاع أمام القضاء من جهة[4]، ومشروط بعدم الإضرار بالغير حسني النية الذين تعاملوا مع أطراف العقد على أساس القانون الأول محل التعديل.

وفي حال عدم توفر الاتفاق الصريح على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن ذلك لا يعني بالضرورة انتهاء دور إرادة طرفي العقد، بل من الممكن أن تكون الإرادة موجودة في ثنايا العقد إلا أنها غير صريحة، وهذا ما يطلق عليه (الاتفاق الضمني)، وفي هذه الحالة يتم التعامل مع

---

[1] عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص75 وما بعدها.

[2] عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص75، وراجع أيضاً: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص83.

[3] هشام صادق، مرجع سابق، ص471.

[4] محمد فواز المطالقة، "الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية"، مرجع سابق، ص138.

مضمون العقد والبحث في بنوده عن هذه الإرادة، حيث يتم استنباط القانون الواجب التطبيق من هذه البنود التي غالبا ما تميل وتتجه نحو قانون بلد معين دون غيره[1].

فظروف الحال والبيئة المحيطة بالتعاقد وملابساته هي كفيلة بالكشف عن الإرادة الضمنية

للمتعاقدين والإشارة إلى القانون الواجب التطبيق[2]، كما أن تحديد مكان إبرام العقد أو مكان

الوفاء أو تنفيذ الالتزام تعد من الدلائل على اتجاه النية الضمنية للمتعاقدين لإخضاع عقدهم لأحد الأنظمة القانونية، وتعد اللغة المستخدمة في تحرير العقد والعملة المتفق على الوفاء بها من أهم الدلائل على قانون العقد.

لكن قد لا تكون جميع الدلائل المشار إليها آنفاً ذات جدوى فيما يخص العقود المبرمة عبر الانترنت، فلغة التعاقد الإلكتروني عادة ما تكون اللغة الإنجليزية، وإن لم تكن كذلك، فإنه يتم ترجمة العقد إليها بطريقة أو بأخرى. أما بالنسبة للعملة المستخدمة، فمن الصعب تحديدها نظراً لاستخدام بطاقات الدفع

---

[1] عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص56.

[2] تناولت التشريعات الوطنية مسألة الكشف عن الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد، فعلى سبيل المثال: نصت المادة 1/19 من القانون المدني المصري على: "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"، أنظر نصوص القانون المدني المصري على الصفحة الإلكترونية:http://ar.jurispedia.org/index.php . تاريخ الزيارة: 17-10-2006. كما أكدت الاتفاقيات الدولية على ضرورة الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، فقد نصت المادة 1/3 من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على أنه: "يسري على العقد القانون المختار من الأطراف، على أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو ظروف الموضوع". للاطلاع على نصوص الاتفاقية أنظر الرابط التالي:
http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html تاريخ الزيارة: 17-10-2006.

الإلكتروني، كما أنه من الصعب تحديد مكان إبرام التعاقد أو تنفيذ الالتزام؛ نظراً لأن شبكة الانترنت لا تعترف بالحدود الجغرافية.

ويبقى أمر استخلاص النية المرجوة من إرادة طرفي العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق إلى قاضي الموضوع ليستخلص ذلك من ظروف التعاقد وملابساته، وعادةً لا يكتفي القاضي بدلالة واحدة، وإنما يتم الجمع بين أكثر من دلالة بغية التوصل إلى إرادة المتعاقدين الضمنية.

**الفرع الثاني: سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد**

قد لا تتوفر الإرادة الصريحة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وقد يتعذر الكشف عن نيتهم الضمنية لعدم وضوح ملابسات وظروف العقد أو عدم دلالتها على تلك النية، وفي هذه الحالة، لا يكون أمام القاضي سوى اللجوء إلى القواعد القانونية الوطنية لدولة المحكمة المعروض النزاع أمامها وتطبيقها[1]. وهنا يجب على القاضي أن يجتهد للوصول إلى قانون العقد، وعليه أن يقوم بربط العقد بالقانون الذي يتعلق به تعلقاً وثيقاً، وهذا ما يطلق عليه (توطين العقد) من خلال البحث في القوانين الوطنية عن القانون الأنسب للنزاع المعروض، ثم بيان القواعد القانونية التي من الممكن أن تنطبق على هذا العقد بشكل عام والنزاع الناشئ بشكل خاص، حيث يتم توطين العقد في الأغلب بالدولة التي ينتج فيها العقد أغلب أركانه وآثاره.

وبالنسبة للعقود المبرمة عبر الإنترنت، فإنه من الصعب تحديد موطن إبرام العقد نظراً لكون الشبكة غير تابعة لدولة محددة، إلا أن بعض التشريعات قد اعتبرت موطن تسلم القبول هو موطن إبرام العقد[2].

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، "قانون العقد الدولي.."، مرجع سابق، ص172، 196-197.

[2] محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص141.

نستنتج من ما سبق أن القاضي ملزم بالبحث والتحري بعد تركيز العقد في القواعد القانونية التي تناسبه بشكل كلي، فقد تتوفر لديه قواعد تتناسب جزئياً مع العقد إلا أنه ملزم بتلك التي تناسب العقد بشكل تام، وعادة ما يلجأ القاضي إلى الاعتماد على قواعد إسناد جامدة ومحددة سلفاً كقانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ أو الاعتماد على نظرية الأداء المميز.

## المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية وفقاً لقواعد الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي

اختلفت التيارات الفقهية في تقرير القانون الذي يحكم العقد عند غياب الاتفاق الصريح أو الضمني للمتعاقدين، فقد أسلفنا أنه في حالة سكوت إرادة المتعاقدين عن تحديد هذا القانون، فإن دور القاضي يبدأ في البحث والاجتهاد بغية تركيز الرابطة العقدية ووزن مراكز الثقل فيها، ما لم يكن المشرع قد حددها مسبقاً بضوابط إسناد، في اتجاهين[1]، الأول، صوب الإسناد الجامد للرابطة العقدية، والثاني، صوب الإسناد المرن للرابطة العقدية.

وينصرف الإسناد الجامد إلى أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية مثل قانون جنسية أو موطن الأطراف أو قانون بلد إبرام العقد أو بلد تنفيذه، ويعد المعياران الأخيران الأكثر شيوعاً كأساس للإسناد الجامد للعقد الدولي. ولكن هل يعد الأخذ بهذا الإسناد ايجابياً ومفيداً للمتعاقدين؟ وهل هو مناسب للطبيعة الخاصة للعقود المبرمة عبر الإنترنت؟ سنحاول الإجابة على هذين التساؤلين من خلال تحديد مزايا وعيوب هذا الإسناد، ومدى ملاءمته للعقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت في الفرعين التاليين.

هذا وقد انصرف جانب من فقه القانون الدولي الخاص المعاصر إلى إسناد الرابطة العقدية إسنادا مرناً على ضوء ما يسمى بمعيار الأداء المميز، وقد جاء هذا الاتجاه للتصدي للنقد الذي لحق بالإسناد الجامد للعقود، فهل كان هذا الاتجاه موفقاً؟ وهل كان متناسباً مع طبيعة العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت؟ هذا ما سنوضحه في الفرع الثالث تباعاً.

---

[1] محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص153.

**الفرع الأول: قانون محل إبرام العقد**

يعد هذا المعيار هاماً خاصة في الحالة التي يكون تنفيذ العقد في نفس مكان انعقاده، بحيث يخضع تكوين العقد وصحته لقانون مكان انعقاده[1].

ويرى أصحاب هذا الاتجاه في الإسناد لقانون محل إبرام العقد بأنه يشكل أقوى الروابط بالعقد، فمحل الإبرام هو أول مكان نشأت وتجسدت فيه الإرادات، وهو القانون الأنسب والأسهل للتعرف عليه والرجوع إليه، بالإضافة إلى أن هذا الإسناد يحقق وحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية، إلى جانب أنه يكفل للمتعاقدين فرصة العلم المسبق بالقانون الذي سيطبق على عقدهم عند سكوت الإرادة تماماً عن تحديده، وهو ما يحقق لهم الأمان القانوني الذي ينشدونه كما يحقق الاستقرار المتطلب للتجارة الدولية[2].

وبالرغم من مزايا الأخذ بهذا الإسناد، إلا أن هناك العديد من المآخذ عليه، أهمها تجاهله لطبيعة العلاقة العقدية المطروحة وخصوصيتها، أو لظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة[3]، فهو لا يتلاءم مع تنوع طبيعة العلاقات واختلاف ظروفها، وهو الأمر الذي يتعارض في النهاية مع فكرة القانون الأوثق صلة بالعقد نفسها[4].

---

[1] محمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص90.

[2] هشام صادق، المرجع السابق، ص149، وراجع أيضاً محمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص90.

[3] بل إن هذا الاتجاه الذي قد يصلح للإسناد في مجال الشروط الشكلية للتعاقد لا يتناسب مع الإسناد المتطلب للجوانب الموضوعية في المنازعات العقدية والتي لا يجوز إخضاعها لقانون دولة الإبرام الذي قد يتحقق بناء على صدفة بحتة. راجع: هشام صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية"، بيروت: جامعة بيروت العربية، مجلة الدراسات القانونية، العدد 1، 2004، ص18.

[4] راجع محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص153، وراجع أيضاً هشام صادق، مرجع سابق، ص550.

ويقوم الإسناد لقانون محل إبرام العقد على أساس سكوت إرادة المتعاقدين تماماً عن اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم، وهو بهذه المثابة يختلف عن بعض الاتجاهات القضائية[1] التي أسندت العقد لقانون محل إبرامه على أساس أنه القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين الضمنية المفترضة.

وتعتمد الكثير من التشريعات على هذا المعيار مع اختلافها حول موقع الأفضلية الممنوحة لقانون محل إبرام العقد، فعلى سبيل المثال، منح التشريع المصري دولة إبرام العقد الموقع الثاني في الترتيب بعد الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، وهي نفس الأفضلية التي منحها المشرع الأردني لهذا القانون[2]، بينما فضل القانون الإسباني منح قانون بلد الإبرام موقعاً ثالثاً في الترتيب بعد كل من قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين وقانون محل إقامتهم المشترك، في حال سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد[3].

أما فيما يخص العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، فإن تطبيق هذا المعيار يبدو صعباً، فهذا المعيار لا يتلاءم مع صور التعاقد بين غائبين بشكل عام والعقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت بشكل خاص، ومن أهم الصعوبات التي يمكن تصورها في هذه الحالة هي مسألة تحديد محل إبرام العقد، هل هو دولة إرسال الإيجاب أو دولة محل القبول أو الدولة التي علم فيها الموجب بالقبول، إن هذه المسألة قد تكون عرضية، وقد يتعاقد أحدهم وهو على متن طائرة أو في رحلة عابرة لأكثر من دولة بالقطار أو السيارة. إلى جانب أن قانون محل إبرام العقد –فيما لو تم التوصل إليه– قد لا يكون هو الأنسب والأكثر ارتباطاً بالعقد، فمصالح المتعاقدين والغير لا تتركز في مكان الإبرام، فهي

---

[1] قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 5 ديسمبر 1910 أن القانون الواجب التطبيق على العقد عند سكوت الإرادة عن اختياره صراحة أو ضمناً هو قانون بلد الإبرام وذلك فيما لو كان المتعاقدان مختلفي الجنسية"، والوضع الغالب في العلاقات الدولية هو اختلاف جنسية المتعاقدين مما يعني أن الإسناد هنا هو لقانون محل إبرام العقد. هذا الحكم منشور في sirey 1911، ج1، ص129. كما أكدت ذات المحكمة على هذه الفكرة في حكمها الصادر في 31 مايو 1932. هذا الحكم منشور في sirey 1932، ج1، ص17.

[2] راجع المادة 19 من القانون المدني المصري والمادة 1/20 من القانون المدني الأردني.

[3] راجع المادة 5/10 من قانون 31 مايو لسنة 1974، هشام صادق، مرجع سابق، ص553.

تتركز عادة في مبالغ واجبة الأداء، أو بضائع واجبة التسليم، أو أعمال واجبة التنفيذ مثلاً، وهذه أمور لا صلة لها بمحل إبرام العقد خاصة إذا تم تحديده بناء على الصدفة[1].

نخلص مما سبق إلى أن الإسناد إلى قانون محل إبرام العقد وإن كان فعالاً في السابق، فإنه لم يعد ملائماً لكافة العقود نظراً لاختلاف طبيعتها وملابساتها، وخاصة تلك التي تمتلك خصوصية في خطوات إبرامها كالعقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، مما دفع جانباً من فقه القانون الدولي الخاص لإسناد العقد لقانون محل تنفيذه.

**الفرع الثاني: قانون محل تنفيذ العقد**

ذهبت بعض التشريعات إلى الإسناد المسبق للعقد لقانون محل تنفيذه عند سكوت إرادة المتعاقدين عن الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق عليه على أساس أن هذا القانون هو الأوثق صلة بالرابطة العقدية[2]، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن محل تنفيذ العقد هو المكان الذي تتجسد فيه التزامات المتعاقدين ومصالحهم، فمحل تنفيذ العقد لا يكون عرضياً، وإنما يمثل تطلعات المتعاقدين المتجهة إليه دون غيره بما يحقق غاية التعاقد.

وهذا الإسناد يتفق مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص والتي تعتد بالتركيز المكاني للروابط القانونية بعناصرها المادية والتي يمكن لمسها في العالم الخارجي[3]، يضاف إلى ذلك أنه ونظراً لكون قانون محل التنفيذ هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات تنفيذ العقد، فإن من الملائم

---

[1] هشام صادق، "القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية"، مرجع سابق، ص256.

[2] تبنت العديد من التشريعات الوطنية للقانون الدولي الخاص هذا الضابط، كما أنه لاقى انتشاراً واسعاً في القضاء المقارن، فأخذ به القضاء الفرنسي في كل ما يتعلق بآثار العقد، وكذلك فعل القضاء الإنجليزي والألماني، راجع: عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص94.

[3] هشام صادق، مرجع سابق، ص559.

جداً أن يكون هذا القانون واجب التطبيق على الرابطة العقدية في مجموعها بما يحقق الانسجام والتناسق ويكفل وحدة العقد[1].

وتظهر عيوب هذا الإسناد في حالة تعدد أماكن تنفيذ الالتزام، كأن يكون التنفيذ في أكثر من دولة، فأي القوانين سيحكم العقد من سلسلة أماكن التنفيذ؟

يرى البعض بضرورة الأخذ بقانون المحل الأوثق صلة بالعقد والأكثر ارتباطاً به[2]، إلا أن ذلك غير منطقي إذا علمنا أن تطلعات الأطراف لم تتجه إلى هذا البلد بالذات، بل إن المصالح المبتغاة متساوية في سلسلة الدول، كما أن تجزئة العقد وإخضاع كل جزء ينفذ منه لقانون تلك الدولة لا يبدو حلاً عملياً لأنه يتطلب اطلاع أطراف الرابطة العقدية على قوانين سائر تلك الدول.

ويؤخذ على أنصار هذا الاتجاه أنهم لم يتنبهوا إلى الحالة التي لم يحدد فيها المتعاقدان محل تنفيذ العقد من البداية[3]، ولا يصح الرد على هذا المأخذ بالقول بوجوب الرجوع إلى حكم القانون، هل يكون الوفاء بالثمن مثلاً في محل إقامة الدائن أم محل إقامة المدين، والسبب بسيط هو أن الإجابة تتوقف على معرفة قانون العقد الذي يحدد هذه الأمور، وبالتالي، فتحديد قانون العقد هو أمر سابق على محل تنفيذه وليس لاحقاً عليه.

وفيما يخص العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، فقد قضت محكمة استئناف باريس بأن مكان تنفيذ عقد خدمات المعلومات المبرم عبر الإنترنت بين المستخدم ومورد الخدمة هو موطن المستخدم[4]، ويؤخذ على هذا الحكم أن تركيز الأداء في موطن المشترك لا يكون فعالاً لأن المشترك قد يكون مرتبطاً من خلال كلمة مرور عبر حاسب موجود خارج موطنه، إلا أن مثل هذا الحكم قد

---

[1] هشام صادق، مرجع سابق، ص560.

[2] محمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص91.

[3] هشام صادق، مرجع سابق، ص561.

[4] عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص94.

يكون صحيحاً بالنسبة للعقود الوقتية مثل عقود تحميل برامج حاسب، ولا يكون صحيحاً بالنسبة للعقود المستمرة مثل عقود خدمات المعلومات[1].

وإن كان لنا أن نفاضل في النهاية بين الإسناد المسبق للعقد لقانون محل الإبرام أو لقانون محل التنفيذ، فلا شك أن الإسناد الأخير هو الأقرب للمنطق لكونه الأوثق صلة بالعقد، وهو الذي يعبر على نحو أصدق عن مركز الثقل في الرابطة العقدية.

**الفرع الثالث: معيار الأداء المميز**

رأينا في الفرعين السابقين كيف يتعارض الإسناد الجامد للعقد إلى قانون محل إبرامه أو تنفيذه مع تنوع العقود الدولية وتطورها واختلاف ملابساتها، كما خلصنا إلى استحالة الأخذ بالإسناد لقانون محل تنفيذ العقد في حالة عدم تحديد هذا المحل من البداية أو تعدد أماكن التنفيذ.

وقد دفعت هذه الاعتبارات بجانب من الفقه المعاصر إلى تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية بناءً على ضوابط ومعايير مرنة، وتهدف هذه الضوابط إلى تركيز الرابطة العقدية في ضوء ظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة وصولاً لتطبيق القانون الأنسب والأقوى صلة بالعقد، فهذا الإسناد لا يقوم على ضوابط ثابتة، وهو بالتالي يتصدى لقصور الإسناد الجامد عن أن يكون ملائماً لجميع العقود على تنوعها واختلافها، ويسمح الإسناد المرن بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة في ضوء فكرة محل الأداء المميز، أي المكان الذي تم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي الذي يتميز على هذا النحو عن غيره من الالتزامات التي يفرضها العقد[2]، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن في كل عقد مجموعة من الالتزامات ومن بينها التزام واحد يعبر عن جوهر هذا العقد، وبالتالي يجب الاستناد إليه في تحديد القانون الذي يحكم العقد، ويتم ذلك في ضوء تحليل اقتصادي

[1] طارق كميل، مرجع سابق، ص، 195. راجع أيضاً: عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص95.
[2] هشام صادق، مرجع سابق، ص563.

وقانوني، فالتحليل الاقتصادي مؤداه أن أحد أطراف العقد هو الذي يمارس وظيفته الاقتصادية ويبرم العقد من هذا المنطلق، والطرف الآخر لا يعدو كونه عميل، أما التحليل القانوني للأداء المميز فهو يساعد في معرفة جوهر العقد وتحديد أي من المتعاقدين هو الدائن وأيهما المدين[1]. ووفقاً لذلك، تخضع عقود النقل الدولي لقانون مركز الناقل بوصفه المدين بالأداء المميز في العقد، وهذا ما أخذ به المشرع الألماني[2].

وبذلك يتم على ضوء التركيز الموضوعي للرابطة العقدية تحديد القانون الأكثر ارتباطاً بالرابطة، وذلك بطريقة مرنة ودقيقة، مع إمكانية خروج القاضي عن هذا المبدأ في حالات استثنائية، حيث يعتد بالظروف الملابسة للتعاقد، كما لو تعذر تحديد الأداء الرئيسي في العقد (مثل عقود المقايضة)[3]، أو كأن يتبين له أن قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز هو منبت الصلة بالعلاقة العقدية المطروحة ولا تربطه بها أي رابطة فعلية، ويكمن الهدف من هذا الاستثناء بالسعي إلى تحقيق العدالة وتطبيق القانون الأوثق صلة بالعقد[4].

وقد أخذت العديد من التشريعات بهذا المعيار[5]، ومن أهمها: التشريع السويسري لعام 1987، والتشريع الألماني لعام 1986، كما تبنت اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية هذا المعيار[6].

---

[1] عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص97-98.

[2] أنظر المادة 4/28 من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986.

[3] هشام صادق، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية"، مرجع سابق، ص18.

[4] محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص154.

لكن أنصار هذا الاتجاه وإن صرحوا للقاضي بالخروج عن المبدأ في بعض الفروض والحالات، إلا أنهم قد جعلوا من هذا الوضع محض استثناء لا سبيل إلى إعماله إلا في أضيق الحدود. راجع: هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، مرجع سابق، ص565.

[5] هشام صادق، "القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية"، مرجع سابق، ص564.

[6] راجع نص المادة (4) من اتفاقية روما:

1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is=

ومن جانبنا، نرى أن في إتباع هذه النظرية تحقيقاً للعدالة وضماناً لتطبيق القانون الأوثق صلة بالعقد نظراً لأن هذا الإسناد لا يقوم على ضوابط ثابتة مما يؤدي إلى تطبيق قانون محل الإبرام مثلاً والذي قد يكون ارتباطه بالعقد ضئيلاً مما يجعل اختياره مبنياً على ظروف طارئة أملتها اعتبارات الصدفة، بينما في الإسناد المرن القائم على أساس معيار الأداء المميز يتم النظر في كل طائفة من العقود على حدة حيث تتم مراعاة طبيعة العقد وملابساته مما يقودنا إلى تطبيق القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية.

أما فيما يخص العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، يعتبر الأداء المميز في العقد المبرم بين مورد الخدمة أو المادة المراد تحميلها وعرضها عبر الشبكة من جهة، والشركة المسؤولة عن تحميل المادة الإلكترونية على موقع الإنترنت، هو مقر مورد الخدمة أو مركز تلك الشركة، فالقانون الواجب التطبيق هنا –عند سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح أو الضمني له– هو قانون دولة المورد الذي يمتهن توريد المعلومات أو قانون محل تلك الشركة باعتبارها المدينة بالأداء المميز للعقد.

وقد اتجه التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية الصادر بتاريخ 8 تموز 2000[1] لنظرية الأداء المميز على الرغم من أن هذا التوجيه لم يكرس هذه النظرية بشكل إيجابي[2].

---

=most closely connected. Nevertheless, a severable part of the contract which has a closer connection with another country may by way of exception be governed by the law of that other country.

2. Subject to the provisions of paragraph 5 of this Article, it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration. However, if the contract is entered into in the course of that party's trade or profession, that country shall be the country in which the principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated….

http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html

[1] صدر التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 بتاريخ 8 حزيران 2000 بهدف تنظيم النواحي القانونية لخدمات شركات المعلومات وخاصة التجارة الإلكترونية. أنظر: طارق كميل، مرجع سابق، ص197.

[2] لقد تمت الإشارة في ديباجة هذا التوجيه إلى أنه لا يهدف إلى إضافة أحكام جديدة إلى القانون الدولي الخاص فيما يتعلق ببيئة الإنترنت:

"(23) This Directive neither aims to establish additional rules on private international law relating to conflicts of law nor does it deal with the jurisdiction of Courts; provisions of the applicable law designated by rules of private international law must not restrict the freedom to provide information society services as established in this Directive".

**المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على إثبات عقود التجارة الإلكترونية**

ترتبط مسألة إثبات التصرف القانوني ارتباطاً وثيقاً بمسألة الشكل، فالقانون الواجب التطبيق على شكل هذه التصرفات هو ذاته الذي يحكم إثباتها[1]، وهو ما يعني في نهاية الأمر أن إثبات العقد يخضع لقانون بلد إبرامه أو لقانون العقد على النحو الذي بيناه آنفاً.

ولما كان تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت تشوبه الكثير من الصعوبات، فإن مسائل إثبات هذه العقود تخضع للقانون الواجب التطبيق في شأن الموضوع، أي قانون الإرادة أو القانون الذي يشير إليه الإسناد الاحتياطي الذي يقوم به القاضي عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد[2].

وإن الرجوع لقانون العقد فيما يتعلق بإثباته –وفقاً للاتجاه الراجح في كل من فرنسا ومصر– لا يقف مانعاً أمام إعمال قانون القاضي في شأن إجراءات الإثبات، وعلى هذا النحو، فإنه يتم الرجوع لقانون العقد في الأمور التالية[3]:

- تحديد محل الإثبات.
- تحديد طرق الإثبات المقبولة ومدى قوة كل دليل.
- بيان عبء الإثبات.
- القرائن القانونية التي تعين في نقل عبء الإثبات من طرف لآخر.

ويستثنى من الخضوع لقانون العقد، القرائن القضائية لا باعتبارها من مسائل الإجراءات ولكن لكونها تتعلق باقتناع القاضي، وبالتالي لا يتصور الرجوع في شأنها لغير قانون القاضي، وهذا الحكم

---

[1] حسن الهداوي، مرجع سابق، ص175.

[2] هشام صادق، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، مرجع سابق، ص21.

[3] للمزيد من التفصيل، أنظر: حسن الهداوي، مرجع سابق، ص256 وما بعدها.

ينسحب أيضاً على تقدير شهادة الشهود التي يتعين الرجوع بشأنها لقانون القاضي لذات السبب، كما تستثنى كيفية تقديم الدليل وإجراءات تقديمه إلى المحكمة من الخضوع لقانون العقد وتلحق بقانون القاضي لكونها مسألة إجرائية.

أما فيما يخص العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، فإن إثباتها يحتاج إلى عناية خاصة، فهذه العقود غالباً ما تبرم بين طرفين لا يربطهما سوى شبكة الإنترنت، مما يثير العديد من المشكلات المتعلقة بذات المتعاقدين وأهليتهما من جهة، وبماهية وتبعات التعاقد من جهة أخرى، فالعقد الإلكتروني يفتقر إلى أهم العناصر المطلوبة في إسناد العقد لقانون معين ومن أبرزها مكان إبرامه.

ولعل أهم ما يواجهنا في هذا الصدد أيضاً يتمثل في صعوبة توفر دليل كتابي تقليدي في العقود الإلكترونية، مما يتطلب البحث عن دليل إلكتروني يعادل الدليل الكتابي ويتلاءم مع طبيعة العقد الإلكتروني، وقد يساعد على إيجاد هذه الوسيلة أن قواعد الإثبات لا تدخل ضمن نطاق النظام العام مما يعني توفر الحرية الكاملة للمتعاقدين للاتفاق على ما يرونه مناسباً من طرق الإثبات للاعتداد بها عند نشوء النزاع بحيث تكفل لهم الأمان القانوني الذي ينشدونه، ولعل الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني بكافة صوره وإقراره من قبل معظم التشريعات يشكل خطوة فعالة في مجال إثبات العقود الإلكترونية[1].

وقد حرص قانون التوقيع الإلكتروني الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في 13 ديسمبر 2001 على ضرورة الاعتراف الدولي المتبادل بالتوقيع الإلكتروني، بحيث تنتفي التفرقة بين التوقيع الإلكتروني الصادر في دولة ما ونظيره الصادر في دولة أخرى طالما أنه استوفى الشروط المطلوبة للاعتداد به في الدولة المعنية.

[1] هشام صادق، مرجع سابق، ص22.

وقد سبق لنا الإشارة إلى ضرورة إلحاق التوقيع الإلكتروني بشهادات التصديق التي تصدر من الجهات المختصة في الدولة.

وإن كانت القواعد السابقة التي استحدثتها التشريعات في كافة الدول لضمان إثبات العقود الالكترونية والتي يتعين الرجوع إليها عند إثبات هذه العقود إما بوصفها قانون القاضي أو باعتبارها قانون العقد الذي اتفق المتعاقدان على إعماله على التفصيل الذي بيناه سابقاً، فإن هذه القواعد ليست ذاتها التي يتعين الرجوع إليها وإعمالها بشأن عقود المستهلكين الإلكترونية.

## المبحث الثاني

## تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين الإلكترونية

تنامت حركة التجارة الإلكترونية بشكل ملموس في الآونة الأخيرة، وبدأنا نلحظ تنوعاً هائلاً في صور العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، وإن كان الغالب في هذه العقود هو أن تكون (Business To Business)، أو (Business To Consumer)[1]، وتقوم الصورة الأولى على أساس تبادل التجارة بين مهني وآخر عبر شبكة الإنترنت، وهذه الصورة هي الأكثر شيوعاً حيث إنها تمثل أكثر من 80% من مجموع الأعمال التجارية على الشبكة[2]، أما الصورة الثانية فهي تلك التي تتم بين مهني ومستهلك وتشوبها العديد من العقبات المتعلقة بالحماية والضمانات للمستهلك الذي يعد الطرف الأضعف وللتاجر الذي يجهل شخص المستهلك الذي يتعامل معه[3]. وقد دفع ذلك بالعديد من الجهات والهيئات الدولية والدول على حد سواء إلى السعي بغية إقامة العلاقة المتوازنة بين الطرفين وتقديم الحوافز لهما للإقدام على التعاقد إلكترونياً بعد إتمام عملية بناء الثقة لدى المستهلك والتاجر بنجاعة هذه الوسيلة في التعاقد وعدالتها[4].

---

[1] أما الصور الأخرى للتجارة الإلكترونية فهي:
(Government to Consumer)، و(Business to Government)، (Government to Government).
أنظر: محمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص28.

[2] Sue L. McGregor, "Consumer Education and the OECD Electronic Consumer Protection Guidelines", J Consumer Studies &Horne Economics 24, 3 September 2000, p.171.

[3] تزايدت التجارة من نوع (B_C) في الولايات المتحدة بنسبة 13.1% بين عامي 2000 و2001. أنظر حول هذا الموضوع:
"United States Department of Commerce News", Washington, DC 20230, U.S. Census Bureau, p.1.
http://www.census.gov/mrts/www/current.html (July 29,2002) تاريخ الزيارة: 27-10-2006

[4] أنظر مقال بعنوان: "Consumer Protection in the Electronic Marketplace"، على صفحة الموقع الإلكتروني:
www.olis.oecd.org/.../c16431e1b3f24c0ac12569fa005d1d99 تاريخ الزيارة: 27-6-2006.

وعادة ما يقوم التاجر أو مورد الخدمة بإملاء شروطه في نموذج العقد ولا يملك المستهلك سوى القبول بها والمضي قدماً في إبرام العقد أو رفضها دون إمكانية مناقشتها أو التعديل عليها، وهذا الإذعان ينسحب أيضاً على القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث يقتصر حق تحديده على التاجر الذي غالباً ما يختار القانون الذي يحقق مصلحته وحده. فهل يجدر بنا الأخذ بقانون الإرادة في هذه الحالة؟ وكيف ذلك إذا كانت هذه الإرادة حقيقة هي إرادة التاجر دون المستهلك؟

وقد رأينا أنه فيما عدا التعبير الصريح أو الضمني عن إرادة المتعاقدين في الإشارة إلى القانون الذي يحكم عقدهم الدولي، فسيتولى القاضي هذه المهمة بالرجوع إلى قواعد الإسناد الوطنية وما تشير إليه، ولاحظنا صعوبة تطبيق المعايير التي فصلناها في المبحث السابق على العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت نظراً لانعدام الوسط المادي وتعذر تحديد مكان إبرام أو تنفيذ العقد، وقد توصلنا لترجيح معيار الأداء المميز –نسبياً– للتطبيق على هذه العقود، لكن المسألة تدق عند الحديث عن عقود المستهلكين الإلكترونية، فهذه العقود على جانب كبير من الخصوصية نظراً لأنها تقوم على أساس وجود عنصر قوي وهو المهني أو التاجر وعنصر ضعيف وهو المستهلك. من هنا، فإن تحديد القانون الذي يحكم هذه العقود لا بد له أن يراعي خصوصية العقد ويحقق مصلحة كلا الطرفين[1]، فهل تصلح قواعد الإسناد التقليدية لحكم هذه العقود، وما هي وسائل حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني؟ وهل تؤثر هذه الوسائل على إعمال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق؟ سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات في سياق هذا المبحث.

---

[1] انظـــر مقـــال باللغـــة الإنجليزيـــة بعنـــوان: Applicable Law to Consumer Contracts Made Over the Internet: Consumer Protection Through Private International Law, REINHARD SCHU1.

http://ijlit.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/5/2/192 تاريخ الزيارة: 227-10-2006

## المطلب الأول: وسائل حماية المستهلك في العقد الإلكتروني وأثر ذلك على إعمال قانون الإرادة

تنطوي العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت على جانب كبير من الإجحاف بحق المستهلك، فهو غالباً العنصر الضعيف في هذه المعادلة، مما دفع العديد من التشريعات والهيئات الدولية إلى التنبه لهذه المسألة وإيلاءها الاهتمام المطلوب، فعلى صعيد الاتحاد الأوروبي مثلاً، فقد أصدر البرلمان الأوروبي في 20 أيار 1997 توجيهاً Directive يتعلق بحماية المستهلكين في مجال عقود المسافة، وأصدر أيضاً في 8 حزيران 2000 توجيهاً حول بعض الجوانب القانونية للخدمات ضمن مجتمع المعلومات ولاسيما التجارة الإلكترونية[1]. وقد جاءت هذه التوجيهات لتعزز أحكام حماية المستهلكين التي تتضمنها التشريعات الأوروبية. لكن من هو المستهلك؟

هناك اتجاهين في تعريف المستهلك، حيث يوسع الاتجاه الأول من هذا التعريف بينما يضيق الاتجاه الآخر منه، فيذهب الاتجاه الأول إلى أن المستهلك هو كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك، ولذلك وفقاً لهذا التعريف يكون كل من يشتري سلعة لأغراض شخصية أو مهنية مستهلكاً، لكن إذا كان الغرض من الشراء ليس الاستهلاك وإنما إعادة البيع مثلاً فلا يكون هذا المشتري مستهلكاً[2]. وقد تبنى قانون حماية المستهلك الفلسطيني هذا الاتجاه معرفا المستهلك على أنه: " كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة"[3].

---

[1] للإطلاع على هذه التوجيهات، أنظر موقع الاتحاد الأوروبي على شبكة الإنترنت: www.europa.eu.int

[2] ولذلك إذا تعاقد المهني للحصول على سلع وحاجات لا تتعلق بمهنته كطبيب يشتري جهاز كمبيوتر لعيادته، ذهب البعض إلى أنه يعد هنا مستهلكاً ويستفيد من الحماية، في حين ذهب رأي آخر إلى أنه لا يعد من المستهلكين. نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص131-132.

[3] راجع المادة (1) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005، منشور في الوقائع الفلسطينية، العدد 63، ص29.

بينما يذهب الاتجاه الثاني[1] إلى تعريف المستهلك بأنه كل من يتعاقد بقصد إشباع رغباته الشخصية أو العائلية ولذلك يستبعد التعريف من يتعاقد لشراء سلعة لأغراض مهنية، وهذا الاتجاه هو الراجح لدى غالبية الفقه والتشريعات[2].

ولعل السبب الذي يدفع العديد من الاتفاقيات والقوانين إلى تكريس الحماية القانونية للمستهلك عموماً وللمستهلك في التعاقد الإلكتروني خصوصاً يكمن في التطور التكنولوجي المتسارع وزيادة التنافس بين الشركات والسعي الدائم لتحقيق الربح السريع على حساب المستهلك، وقد أدى ذلك كله إلى تضمين القوانين بقواعد ملزمة لحماية المستهلك من خلال تحديد وسائل حمايته (الفرع الأول)، إلا أن هذه الوسائل قد تؤثر بشكل أو بآخر على إعمال نظرية الإرادة ودورها في تحديد قانون العقد (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: وسائل حماية المستهلك في العقد الإلكتروني**

إن انطلاقة النظرية الاستهلاكية (Consumerism) بما تتضمنه من قواعد ملزمة، أوجدت شكلية جديدة من التعاقد عن بعد بواسطة الإنترنت لا بد من التوقف عندها ومنحها حقها من التفصيل، ونظراً لطبيعة العقود المبرمة عبر الإنترنت، فإن انعدام التعاصر المادي بين الطرفين يمنعهما من التأكد من أهلية بعضهما وصفتهما في التعاقد مما يتطلب ضرورة تقديم معلومات كاملة وواضحة عن محل التعاقد وفقاً لما يطلق عليه الحق في الإعلام (أولاً)، كما يصعب على المستهلك التأكد من مطابقة السلعة للمواصفات المذكورة في العقد إلا بعد استلامها مما أدى إلى ضرورة وجود ما يسمى

---

[1] نضال إسماعيل برهم/ مرجع سابق، ص132.

[2] لقد تبنت التشريعات الفرنسية والقضاء الفرنسي هذا الاتجاه حيث عرفت المادة 35 من التشريع الصادر عام 1978 بشأن حماية المستهلك والمتعلقة بالشروط التعسفية المستهلك بأنه غير المهني، فقد نصت المادة أن هذه النصوص تخص فقط (العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين)، إلا أن اجتهاداً قضائياً فرنسياً يتعلق بضمان العيوب الخفية خرج عن هذا التعريف معتبراً أن المستخدمين المهنيين كالمشترين الجهلة، حيث أدخل المهنيين في ظروف خاصة في دائرة المستهلكين. أنظر:

Hermand et Bouloc.com 24 ganr .1984. J.C.P .1984. 13259.

مهلة الرجوع عن العقد لصالح المشتري دون الحاجة إلى تعليل سبب التراجع ومن دون أن يتوجب عليه دفع أي تعويض (ثانياً)، يضاف إلى ذلك أن عقود المستهلكين تدخل في إطار عقود الإذعان نظراً لاحتوائها على طرف قوي وآخر ضعيف، حيث يملي الأول شروط التعاقد الخاصة به دون أن يكون للأخير الحق في مناقشتها، فإما القبول أو الرفض جملة، وقد ارتأينا أيضا معالجة حماية المستهلك باعتبار عقد الاستهلاك الإلكتروني عقد إذعان (ثالثاً).

**أولاً: الحق في الإعلام**

ينصرف مصطلح الحق في الإعلام إلى "التزام المنتج أو المهني بوضع المستهلك في مأمن ضد مخاطر المنتج المسلم له سواء أكانت سلعة أو خدمة وهو ما يتطلب أن يبين المنتج أو المهني للمستهلك كل المخاطر التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشيء المسلم له"[1].

وقد جاء التأكيد على هذا الالتزام نظراً لانتشار صيغة عقود الاستهلاك المبرمة عبر الإنترنت، والتي تتضمن تطاولاً على حقوق المستهلكين من قبل المنتجين الذين يملكون الخبرة والاحتراف، كما أنهم يتفننون باستخدام وسائل التحايل والدعاية التي تقود المستهلك للتعاقد اللاواعي.

ونظراً لأن القواعد القانونية الخاصة بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد أو عقود المسافة تطبق أيضا بشأن التجارة الإلكترونية، فإننا سنقوم بدراستها من هذا المنطلق.

وان مضمون هذا الالتزام في العقود المبرمة عن بعد واسع، بحيث يشتمل على مجموعة من الأحكام والقواعد الإلزامية التي يتعين على المنتج أو المورد التقيد بها وإلا تعرض لغرامات مدنية وعقوبات

---

[1] السيد محمد السيد عمران، "حماية المستهلك أثناء تكوين العقد"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص802.
وراجع أيضاً: نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص134. وقد كفل قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 حق المستهلك في الحصول على معلومات حول السلعة، حيث تنص المادة(3) على: "... 6- الحصول على المعلومات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها ليتسنى له ممارسة حقه بالاختيار الحر والواعي بين كافة السلع والخدمات المعروضة في السوق..".

جزائية[1] ومفاد هذا الالتزام هو ضرورة تقديم المعلومات الكافية والواضحة للمستهلك حول طبيعة المنتج أو الخدمة وكيفية استعمالها وصولاً إلى الغاية المقصودة من التعاقد[2]. ويمكن استخلاص مجموعة من هذه الالتزامات من التجربة الفرنسية سيما وأن فرنسا هي من أوائل الدول التي أولت المستهلكين اهتماماً خاصاً، ومن أهم هذه الالتزامات:

---

[1] على سبيل المثال: أقدم الاتحاد الفدرالي للمستهلكين choisir Que بفرنسا على رفع دعوى ضد الشركة Orange أمام المحكمة الابتدائية الكبرى لمدينة ناتير، يطلب فيها من المحكمة التصريح بأن1- الإشهار المذاع من طرف الشركة والذي يقترح إبرام عقد اشتراك تحتسب فيه تعريفة المكالمات الهاتفية بالساعات أو بالدقائق، يعتبر إشهارا خادعا؛ 2- الأمر تحت طائلة غرامة تهديديه بإيقاف هذا النوع من الإشهار؛ 3- الأمر تحت طائلة غرامة تهديديه بنشر الحكم في الصحف. 4- الحكم على الشركة...لفائدة الاتحاد الفدرالي للمستهلكين بتعويض مبلغه 50 ألف أورو، وكذا بتعويض 3050 أورو تطبيقا للمادة 700 من قانون المسطرة المدنية الجديد. الأمر بالتنفيذ المعجل. وقد أجابت الشركة..المدعى عليها بمذكرة جوابية، التمست فيها من المحكمة:

1- التصريح بعدم قبول دعوى الاتحاد الفدرالي للمستهلكين لافتقاده لأي أساس.

2- الحكم على الاتحاد الفدرالي للمستهلكين بأورو واحد كتعويض رمزي عما لحقها من أضرار اقتصادية بسبب أعمال التشهير المقترفة في حقها من طرف المدعية.

3- الحكم على الاتحاد الفدرالي للمستهلكين لفائدتها بخمسة آلاف أورو وتطبيقا لأحكام المادة 700 من قانون المسطرة المدنية الجديد.

وقد استجابت محكمة نانتير في حكمها الصادر بتاريخ 22 مايو 2002 لطلب الاتحاد الفدرالي للمستهلكين تطبيقا لأحكام المادة ل-121-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، التي تمنع كل إشهار يتضمن تحت أي شكل كان عرضا من شأنه أن يوقع في الغلط عندما يتناول الخصائص الجوهرية للخدمات موضوع الإشهار، والنتائج الممكن الحصول عليها من استعمال تلك الخدمات، أو يتناول مدى التزامات صاحب الإشهار.

وفي هذه الحالة فإن الإشهار المنشور في نشرات شركة "أوشان كونفور" ما تفيد "ساعة واحدة من المكالمات مع تأجيل استعمال الدقائق الباقية". ساعة واحدة حصة جزافية.

وقد جاء في حكم المحكمة أن الشركة لا يحق لها الادعاء بأنه لا يمكن أن تسند إليها أية مسؤولية على النشرات الاشهارية التي لم تأمر بنشرها، مادامت المادة ل -121-5 من قانون الاستهلاك تنص على أن صاحب الإشهار يكون مسئولا بصفة أصلية عن الإشهار الحاصل لحسابه، عن المخالفات المرتكبة مهما كانت صفة المتعاقد. فالموزعون يكتفون ببيع الهواتف المحمولة الذي تمكن من استعمالها شبكة الاتصال التي تقترحها. http://www.geocities.com/guid_conso/index_files/Page1003.htm

[2] مقال بعنوان: Principles of Consumer Protection for Electronic Contracts أنظر صفحة الموقع الإلكتروني: www.cba.ca/en/viewdocument.asp تاريخ الزيارة 22-10-2006.

أولاً: الالتزام بالتعريف بالمؤسسة المصدرة للعرض وفقاً لنص المادة 121-18 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي توجب التعريف بالمورد من خلال إدراج بيانات كاملة حول اسم الشركة المقدمة للعرض وأرقامها الهاتفية وعنوان مركزها التجاري ... إلخ.

ثانياً: الالتزام بتقديم معلومات واضحة عن الثمن، بحيث يجب أن يكون ثمن السلعة ظاهراً بشكل واضح للمستهلك وان يكون مقروءاً بأي وسيلة تشكل إثباتاً[1].

ثالثاً: الالتزام بتوضيح خصائص السلعة وفقاً لنص المادة 111-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي توجب على كل ممتهن بائع لأموال أو لخدمات وقبل إنشاء العقد، أن يتيح للمستهلك إمكانية الاطلاع على الخصائص الرئيسية للسلعة أو للخدمة، وأن يتجنب أي دعاية خاطئة أو مضللة، مما يتطلب أن تتطابق خصائص السلعة أو الخدمة مع ما هي عليه حقيقةً دون أي تفاوت أو فروق[2].

رابعاً: الالتزام ببيان وتحديد شروط البيع، بحيث يتضمن العرض معلومات دقيقة وواضحة حول المسؤولية التعاقدية، والضمانات، والشروط الخاصة، وطرق الدفع والتسليم.

وغالباً ما يدرج الموردون الممتهنون طوعاً في عقودهم بنوداً تعاقدية تهدف إلى تذكير المستهلكين بالقواعد القانونية ووجوب احترام القوانين والتشريعات مثل القوانين الضريبية والجمركية.[3]

وقد أكدت التوجيهات الأوروبية على هذه الالتزامات، فعلى سبيل المثال أشار التوجيه الصادر بتاريخ 20 أيار 1997 بخصوص حماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد إلى إلزام المورد بأن يثبت

---

[1] المادة 14 من القرار الصادر في 3 كانون أول 1987 حول حماية المستهلك في فرنسا.

[2] إن هذا التفاوت متصور في حالة التعاقد عن بعد نظراً لاختلاف قدرات الحواسيب أو الاختلاف في نوعية الشاشة أو البرامج المستخدمة في عرض صورة المنتج من قبل المستخدمين والزبائن مما يتطلب إضافة معلومات واضحة تتناول مقاسات السلعة المعروضة وألوانها الحقيقية ومواصفاتها بعيدا عن أي غموض. راجع: طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص289.

[3] طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص291.

خطياً للمستهلك وقت تنفيذ العقد أو وقت التسليم على أبعد تقدير، هوية هذا المورد، والثمن والضرائب المترتبة عليه، وكلفة التسليم، والخصائص الأساسية للسلعة أو للخدمة وطرق الدفع والتسليم والتنفيذ[1]. وقد استثنى هذا التوجيه من الإعلام المواد الغذائية والكحول وغيرها من المواد المستوردة للاستخدام المنزلي.

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالإعلام في الفقه الفرنسي لا يوجبه القانون فقط، وإنما هو واجب أخلاقي تفرضه قواعد الأخلاق تكريساً لمبدأ حسن النية في التعاقد.

ولا يشمل التزام إعلام المستهلك فقط مرحلة إنشاء العقد وتنفيذه بل يمتد كذلك إلى مرحلة المفاوضات[2]. كما يلتزم المورد الممتهن بإعلام المستهلك بعيوب المبيع ومخاطره، فالمورد يعتبر عالما أو من المفترض به العلم، ويترتب على عدم التقيد بهذا الالتزام أن يتحمل المورد المسؤولية عن الأضرار التي لحقت بالمستهلك بسبب ذلك.

وبشأن تحديد طبيعة المسؤولية المترتبة على الإخلال بالتزام الإعلام، تباينت الآراء، إذ ذهب جانب من الفقه إلى أنها مسؤولية عقدية مفترضاً وجود عقد ضمني، وبالتالي فإن عدم إبرام العقد وبطلانه يعد إخلالاً من جانب المتسبب ويلزم بالضمان، بينما ذهب جانب آخر إلى أن المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية قائمة بحكم القانون وهذا الخطأ في مرحلة التفاوض يستوجب التعويض عن العقد الباطل على اعتباره واقعة مادية[3].

وفي انتظار تقنين حماية المستهلك وخروج ذلك إلى حيز التطبيق، وغياب أدوات قانونية آنية فعالة لحماية المستهلك من الإشهار والإعلام التغليطي والتضليلي، يبقى دور جمعيات حماية المستهلك فعالاً

---

[1] طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص290.

[2] جاء في الفصل (20) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية التونسي "يتعين توفير هذه المعلومات إلكترونياً ووضعها على ذمة المستهلك للإطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة".

[3] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص140.

في التقليل من مضار هذا الإشهار[1]. وذلك عن طريق توعية وتبصير المستهلكين وتزويدهم بالمعطيات الصحيحة والموضوعية، حتى يأتي سلوك المستهلك وقراره الاستهلاكي سليماً وملائماً لحاجياته وقدراته. فالغاية المنشودة هنا هي العمل على ملاءمة السلوك الاستهلاكي للأفراد والأسر للحاجيات والقدرات. كما يتمثل دور جمعيات حماية المستهلك في هذا الإطار في معاونة الأفراد على ولوج السبل القضائية في مواجهة كل إعلام لم يحترم الشروط القانونية وأوقع المستهلك في غلط دفعه إلى التعاقد وسبب له الأضرار.

## ثانياً: رخصة الرجوع عن العقد

تنص غالبية القوانين الاستهلاكية على حق المستهلك بالرجوع عن العقد خلال مدة معينة تتفاوت من قانون لآخر، وقد جاء هذا النص نظراً لأن المستهلك في العقود المبرمة عن بعد لا يمكنه الحكم الدقيق على السلعة التي يتعاقد بشأنها مهما تلقى من معلومات حولها من قبل البائع، مما يوفر فرصة كبيرة لوجود عدم التطابق بين ما كان ينشده المستهلك وبين ما حصل عليه بموجب التعاقد، لذلك فإنه من العدل أن يترك له خيار الرجوع عن التعاقد بدون أن يترتب عليه أي جزاء، بمعنى ألا يترتب عليه دفع غرامة وبدون الحاجة إلى تعليل سبب التراجع.

وقد ضمنت غالبية القوانين الاستهلاكية هذه الرخصة التي ورد أول تأكيد عليها في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم حينما قال لحيان بن منقذ وكان يغبن في البيوعات: "إذا ما بايعت فقل لا خلابه، ولي الخيار ثلاثة أيام" لذلك أطلق المالكية على هذا الخيار اسم (خيار التروي)[2].

---

[1] وقد عالج قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 مسألة هيئات وجمعيات حماية المستهلك من خلا ل إنشاء المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك وجمعيات حماية المستهلك، راجع المواد: (4،5،6) من القانون ذاته.

[2] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص200.

وعلى صعيد الاتحاد الأوروبي، فقد نصت المادة (6) من التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين لسنة 1997 على أنه "يجوز للمشتري في كل عمليات البيع إرجاع المنتج إلى البائع من أجل استبداله أو استرداد ثمنه في مدة سبعة أيام كاملة محسوبة من تاريخ تسليم البضاعة، وذلك دون أي جزاءات باستثناء نفقات الإحالة"[1]. وقد تبنى التشريع الفرنسي نفس الحكم مجيزا للمشتري في جميع عمليات البيع عن بعد إعادة الطلبية أو استبدالها واستعادة ثمنها خلال سبعة أيام من تاريخ تسلمها ودون أي غرامات[2].

كما سارت معظم القوانين على نفس الهدي، فقد منح المشرع التونسي المشتري رخصة إعادة البضاعة في أجل عشرة أيام من تاريخ تسلمها أو من تاريخ إبرام العقد فيما يخص الخدمات[3]. وفي المملكة المتحدة، يستفيد المستهلك من مهلة 14 يوماً لكي يغير رأيه ويعيد الطلبية وذلك بموجب قانون حماية المستهلك Consumer Protection Act الصادر بتاريخ 1987.

أما على صعيد الولايات المتحدة الأمريكية، فتوجد العديد من الأحكام التي تحمي المستهلكين، أولها، إمكانية التراجع عن البيع خلال 30 يوماً عملاً بالقاعدة التجارية (ترضى أو تعيد)، كما أنه بإمكان المستهلك أن يفسخ العقد لعلة الغلط أو التصريح الخاطئ أو الإكراه أو التأثير غير العادل أو غير المحق. لكن هل يعد حق المستهلك في الرجوع عن العقد مطلقاً؟

لا، فهناك حالات لا يمكن تصور رجوع المستهلك في تعاقده بشأنها، كأن يكون موضوع التعاقد هو منتجات ذات خصوصية معينة ولا يمكن إعادة إرسالها أو قابلة للتلف والفساد لانتهاء مدة صلاحيتها، كما لا يجوز الرجوع عن العقد المبرم بشأن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات بعد قيام

---

[1] طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص292.

[2] المادة 121-16 من قانون الاستهلاك الفرنسي، ويذكر أن هذا الحكم غير معمول به بشأن تقديم الخدمات، راجع طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص293.

[3] المادة 31 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000.

المستهلك بنزع الأختام عنها، فهذه الفئة من السلع غالباً ما تكون سهلة الاستنساخ، فقد يقوم مستهلك سيء النية بنسخها ثم إعادتها إلى المورد مستفيداً من رخصة الرجوع في العقد، وقد تدارك التوجيه الأوروبي لسنة 1997 هذه المسألة وعدها من الاستثناءات الواردة على حق الرجوع. ومن الاستثناءات أيضاً، طلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء وقيام البائع بذلك، ففي هذه الحالة لا يجوز الرجوع عن التعاقد[1].

وتجدر الإشارة إلى أن رخصة الرجوع في العقد التي وضعت لحماية المستهلكين تشكل استثناءً على مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية في العقود، اللذان يبرران عدم إمكانية الرجوع عن العقد بعد أن يكون قد نشأ صحيحاً[2].

**ثالثاً: حماية المستهلك باعتبار عقد التجارة الإلكترونية عقد إذعان**

تعد عقود الإذعان ثمرة التطور في العصر الحاضر، فقد أصبحت هذه العقود سمة بارزة من سمات التطور العميق، فالأصل أن لا يتم العقد إلا إذا سبقته مفاوضات بين طرفيه الهدف منها هو الوصول إلى وضع مناسب للطرفين، ولكن بعد تطور المجتمع، أدت ضرورات الحياة إلى ظهور عقود ذات طبيعة خاصة تعمل على تلبية حاجيات الأفراد الضرورية أطلق عليها (عقود الإذعان)، وينصرف هذا المفهوم وفقا للنظرية التقليدية إلى تلك العقود التي يسلم فيها القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشته فيها، وتكون متعلقة بسلعة أو مرفق ضروري، وتكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق في شأنها[3].

ويمكننا استنتاج الشروط اللازم توافرها في العقد باعتباره عقد إذعان:

---

[1] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص141.

[2] تنص المادة 241 من القانون المدني الأردني على أنه: "لا يجوز لأحد المتعاقدين في العقود الملزمة لجانبين إذا كان العقد صحيحاً الرجوع عنه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى القانون".

[3] السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص229 وما بعدها.

1- يجب أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعد من ضرورات الحياة اليومية للمستهلك.

2- أن يحتكر الموجب بيع هذه السلع أو الخدمات احتكاراً قانونياً أو فعلياً بحيث لا يتعرض للمنافسة.

3- أن يكون الإيجاب عاماً موجهاً للناس كافة.

هذه الشروط وضعتها النظرية التقليدية في تعريفها لعقد الإذعان، أما النظرية الحديثة فهي تقتصر على مجرد أن يكون أحد الطرفين قد وضع الشروط ويقتصر دور الطرف الآخر على التسليم بها، فالمعيار هو عدم قدرة الطرف الآخر على مناقشة الشروط والمفاوضة بشأنها، وهذا ما تضمنته المادة (104) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"[1]. ومن جانبنا، نرى أيضاً أنه لم يعد هناك سلعة أو خدمة محتكرة نظراً للتنوع الاقتصادي الذي جعل جميع السلع والخدمات متاحة للأفراد ومن أكثر من مصدر.

فعقد الإذعان ينطوي على اللامساواة في القوة الاقتصادية، وهو يخلق حالة من عدم التوازن في الحقوق والالتزامات بين طرفيه، والطرف الضعيف يقدم على القبول بشروط القوي لأسباب ناجمة عن الحاجة الماسة للضرورات محل العقد، فرضا القابل موجود ولكنه مفروض عليه، وهذا الشكل من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه اتصالاً بعوامل نفسية[2].

---

[1] وهذا هو أيضاً ما يكرسه نص المادة(89) من مشروع القانون المدني الفلسطيني:" يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

[2] أحمد العجلوني، مرجع سابق، ص115.

ويربط البعض بين عقود الإذعان والعقود النموذجية التي تقوم على تحرير نماذج مسبقة للعقد[1]، بحيث يمكن تصور قيام الموجب بإملاء الشروط والأحكام التي تحقق مصالحه وتقلل من التزاماته في مقابلة الطرف الآخر، وعادة ما يحدد البائع ثمن المبيع حسب تعرفته الخاصة بتاريخ التسليم، كما يحتفظ لنفسه بإمكانية تعديل خصائص الشيء المطلوب بدون تخفيض الثمن، وقد يعفي نفسه من الضمان القانوني كلياً أو جزئياً، وبالتالي فالعقود النموذجية ليست اتفاق إرادتين وإنما صيغة معدة مسبقاً، مما دفع البعض إلى تسميتها (صيغة نموذجية للعقد) وليس عقداً نموذجياً.

والشروط النموذجية إما أن توضع بحيث تكون جزءاً من العقد وما على الأطراف إلا تعبئة الفراغات الموجودة والتي تتعلق عادة بأسماء المتعاقدين وبيانات أخرى، وهذا هو النوع الغالب من العقود ويسمى العقود النموذجية الذاتية، وإما أن تتخذ صورة أخرى بحيث يكون للأفراد عقد خاص مستقل عن النموذج الذي وردت فيه الشروط النموذجية، ويطلق على هذا النوع من العقود النموذجية الشروط العامة في البيع، وهي في شكلها أشبه بالقواعد القانونية، ويسمى هذا النوع العقود النموذجية التبعية[2].

وبخصوص طبيعة عقود الإذعان، فقد انقسم الفقه إلى مذهبين، بحيث يرى الأول أن عقود الإذعان هي ليست عقوداً حقيقية وينكرون عليها صفتها التعاقدية، إذ أن العقد هو توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما في عقد الإذعان فالقبول مجرد رضوخ وإذعان[3].

---

[1] منير الجنبيهي وممدوح الجنبيهي:"الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني"، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، بدون سنة نشر، ص182. وراجع أيضاً: نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص144.

[2] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص53.

[3] وعلى رأس هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي "سالي". راجع: محمد شريف: "مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني"، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص60.

بينما يرى غالبية فقهاء القانون المدني أن عقد الإذعان هو عقد حقيقي[1]، كما أنه ليس من المحتم أن يسبق القبول مفاوضات، وبالنسبة لعدم المساواة الفعلية بين المتعاقدين فيمكن تلافيها بالتدخل التشريعي والقضائي لحماية الطرف الضعيف.

وتكون هذه الحماية من خلال استبعاد الشروط التعسفية الواردة في العقد، ثم تفسير الشك في بنود العقد لمصلحة الطرف المذعن، وهذا ما تبناه المشرع الأردني ناصاً على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[2].

أما الشرط التعسفي فقد عرفه قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر عام 1987 على أنه "كل شرط يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة تعسف الأخير في استعمال سلطاته الاقتصادية بهدف الحصول على ميزة مجحفة"[3]. وقد يتعلق الشرط التعسفي بتحديد الثمن أو طريقة دفعه أو بعبء المخاطر، كما قد يتعلق بالضمان والمسؤولية كوضع شرط للإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، وقد يتعلق الشرط التعسفي بفسخ العقد أو تجديده أو انحلاله.

والقاضي هو المخول دون غيره بتقدير الشروط التعسفية، وله أن يعدل من هذه الشروط بصورة تخفف العبء الواقع على عاتق المذعن وتكفل تحقيق التوازن بين التزامات الطرفين، وجدير بالذكر أن القاضي يعتد بلحظة انعقاد العقد وهو بصدد تقدير الشروط التعسفية، ولا بد من التنبه إلى أن هذا الدور للقاضي يظهر لدى عرض المسألة على القضاء، إلا أن قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005 قد أوكل مهمة مشابهة لدور القاضي للمجلس الفلسطيني لحماية المستهلك وفقاً للمادة (21) من هذا القانون والتي جاء فيها: "يجوز للمجلس أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في

---

[1] أحمد خالد العجلوني، مرجع سابق، ص116.

[2] المادة (204) من القانون المدني الأردني.

[3] السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص32.

عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، وأن يوصي إلى الوزير أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود إزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة بحق المستهلك أو يطلب إعادة النظر بها، على أن يصدر مجلس الوزراء نظاماً يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك". لكن هذه المهمة لا تثور بصدد المنازعة أمام القضاء وإنما تهدف إلى تحقيق الوقاية والحماية للمستهلك قبل التعاقد.

كما أن هناك استثناءً يتعلق بعقود الإذعان يفيد أن تفسير الشك دائما يكون في مصلحة الطرف المذعن دائنا أكان أم مدينا لأنه الطرف الضعيف، والمتعاقد الآخر الطرف الأقوى الذي يملك من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن شروطا واضحة بينة فإذا لم يفعل ذلك، أخذ بخطئه ويتحمل التبعة لأنه يعد متسبباً في هذا الغموض[1].

وهذا ما يكرسه القانون المدني الأردني بنصه على أن "1- يفسر الشك في مصلحة المدين. 2- مع ذلك، لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"[2].

وبخصوص الشروط النموذجية في التعاقد، فإن هناك اتجاهاً حديثاً يميز بين كون هذه الشروط قد أصبحت جزءاً من العقد أم لا، فقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن كثيراً ممن ينضم إلى العقد لا يكون على علم حقيقي بالشروط أو معرفة بها، فغالباً لا يرد النموذج المحتوي على الشروط النموذجية في العقد بشكل واضح، حيث يظهر في شكل إسناد إلى مستندات يجب الإطلاع عليها أو في بطاقات أو على ظهر طلبات البضاعة أو التسليم، وليس في وسع صاحب العلاقة عملياً أخذ العلم

---

[1] راجع المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، الكتاب الأول، ص188.

[2] المادة (240) من القانون المدني الأردني. وتطابقها المادة (166) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي تنص على"1- يفسر الشك في مصلحة المدين. 2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

بها أو لا يستطيع دراستها قبل الالتزام[1]، فيمكننا القول بأن طول النص وتقديمه المقروء بصعوبة، وصياغته المبهمة في الغالب بالنسبة إلى غير المطلعين يؤكد على الطابع الإذعاني للعقود النموذجية. وقد أورد المعهد القانوني الأمريكي فكرة مفادها أنه في حالة كون الشرط النموذجي الوارد في مستند خارج نطاق العقد غير منطقي ولا يمكن للمذعن تصوره، فإنه لا يكون جزءاً من العقد ولا يكون ملزماً[2]، وقد أكدت مبادئ "اليوندروا" على ذات الفكرة[3]، كما أشارت هذه المبادئ إلى أنه في حالة التعارض بين الشروط النموذجية وغير النموذجية في العقد، فإن الأخيرة هي التي تغلب[4]، وفي حالة إبرام عقد نموذجي واتفاق الطرفين على الشروط غير النموذجية دون النموذجية، فإن العقد ينشأ استناداً للأولى فقط [5]إلى جانب الشروط النموذجية التي تمس جوهر العقد ما لم يشر أحد الطرفين إلى خلاف ذلك.

وفيما يخص العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، فمن المتصور أن تأخذ شكل عقود الإذعان، فمن الممكن قيام شركات احتكار فعلية على شبكة الإنترنت بتسويق بضائعها وخدماتها من خلال عقود معدة سلفاً تتضمن شروطاً وبنوداً تحكمية لا يملك المستهلك سوى التسليم بها دون مناقشتها،

---

[1] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص55.

[2] Section 211 of the American Law Institute's Restatement (Second) of Contracts, which has persuasive though non-binding force in courts, provides: *"Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement"*
http://en.wikipedia.org/wiki/Standard_form_contract#Theoretical_issues

[3] أنظر نص المادة (20.2) من مبادئ اليوندروا:
"**1)** No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party**. (2)** In determining whether a term is of such a character regard is to be had to its content, language and presentation."
http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles.html#NR26تاريخ الزيارة: 12-9-2006.

[4] أنظر نص المادة (21.2) من مبادئ اليوندروا:
"In case of conflict between a standard term which is not a standard term the latter prevails" .

[5] أنظر نص المادة (22.2) من مبادئ اليوندروا:
"Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract".

ومن أبرز الأمثلة على هذه الشركات، شركة مايكروسوفت التي تحتكر غالبية برامج الحاسوب في كافة أنحاء العالم. وفي هذا السياق، يجدر التنبه إلى ضرورة التفرقة بين العقود التي تتم بين شركات وتلك التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً، ففي الحالة الأولى لا تطبق قواعد حماية المستهلك بينما تنطبق هذه القواعد على الحالة الأخيرة.

وقد تصدى مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لعام 2000 لمسألة الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية من خلال مواد واضحة، حيث نص في الفصل السابع على التوصيات التالية:

- وضع الشروط الخاصة بالإعلان الإلكتروني عن السلع والخدمات.
- عدم جواز الاحتفاظ لأية جهة بأية بيانات شخصية أو مصرفية خاصة بأحد العملاء، إلا خلال المدة التي تقتضيها طبيعة المعاملة.
- جواز استبعاد ما يرد من شروط تعسفية في العقود الإلكترونية والتي يمكن اعتبارها عقود إذعان في مفهوم القانون المدني وتفسيرها لصالح الطرف المذعن.
- إبطال كل الشروط التعسفية المتعلقة بإعفاء منتج السلعة أو مقدم الخدمة من المسؤولية.
- جواز إبطال كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد.
- جواز فسخ العقد المبرم إلكترونياً من جانب المستهلك خلال الخمسة عشر يوماً التالية على تاريخ التعاقد أو تسليمه السلعة[1].

**الفرع الثاني: أثر حماية المستهلك في العقد الإلكتروني على إعمال قانون الإرادة**

بعد أن استعرضنا طبيعة عقود المستهلكين، وتوصلنا إلى أن هذه العقود لا تخلو من الإذعان، حيث إن التاجر المحترف عادة ما يفرض شروطه العقدية وبنوده التحكمية على المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في التعاقد، من هنا، لا يمكننا القول بخضوع عقود المستهلكين للقانون الذي تختاره

[1] مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، صادر عن رئاسة مجلس الوزراء، مركز المعلومات وجهاز دعم اتخاذ القرار، لجنة التنمية التكنولوجية عام 2000.

إرادة الطرفين، فالتاجر الذي يفرض شروطه العقدية لن يتوانى عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بإرادته المنفردة وبما يتفق مع مصالحه.

ولعل الإذعان الواضح في هذه العقود هو ما دفع المشرعين إلى النص على ضرورة إخضاع هذه العقود للقواعد الآمرة في قانون محل إقامة المستهلك إذا كان هذا القانون يوفر حماية أكبر للأخير، على أنه إذا كان قانون الإرادة يحقق حماية أكبر للمستهلك، فإنه يتعين بداهة إعمال قانون الإرادة[1].

نستنتج مما سبق أن التشريعات الحديثة تميل إلى إخضاع عقود المستهلكين الإلكترونية إلى قانون الإرادة أو قانون محل إقامة المستهلك أيهما أفضل للأخير، وهذا الحل يقتصر على عقود المستهلكين ولا يسري بخصوص العقود الإلكترونية التي تتضمن علاقات عمل متبادلة ( Buisness To Buisness)، إذ تخضع هذه العقود لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية على النحو الذي فصلناه.

وقد ذهبت اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980 إلى التأكيد على هذه الفكرة موضحة في المادة (5) أن قواعد تنازع القوانين المتعلقة بعقود الاستهلاك والمنصوص عليها في هذه المادة لا تطبق إلا إذا كان أحد طرفي العقد، وهو الطرف المدين بتسليم الأشياء المادية المنقولة موضوع العقد أو الخدمات أو الذي يقدم الائتمان يتصرف في نطاق نشاطه المهني الخاص به[2]. ويمكننا تلخيص الحالات التي لا تخضع للمادة الخامسة المتعلقة بعقود الاستهلاك على النحو التالي[3]:

---

[1] هذا هو ما أسفر عنه مؤتمر مونتريال المنعقد بتاريخ 4-5 تشرين ثاني 1999، حيث قرر أن قانون المستهلك يوفر حماية أكبر له و يحرص على مصلحته. راجع المقال:Electronic Commerce: Jurisdiction &Applicable Law, P.2
www.ilpf.org/events/ec_-hearings_stmt.htm تاريخ الزيارة 14-9-2006.

[2] نص المادة (5) من اتفاقية روما:

"1. This Article applies to a contract the object of which is the supply of goods or services to a person ("the consumer") for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession, or a contract for the provision of credit for that object.

**2.** Notwithstanding the provisions of Article 3, a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law of the country in which he has his habitual residence…".

للاطلاع على النص الكامل للاتفاقية، أنظر الموقع الإلكتروني:
http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html

[3] هشام صادق، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، مرجع سابق، ص25.

- لا تطبق هذه القواعد على العقود المبرمة بين طرفين يتصرف كلاهما في نطاق نشاطه المهني أو التجاري أو الصناعي، كما لو كان كلاهما من التجار أو الأطباء الذين يشترون أجهزة لممارسة نشاطهم المهني.
- إذا كان جزء من التصرف القانوني المبرم يدخل ضمن نطاق النشاط المهني للمتعاقد، بينما الجزء الأخر خارج نطاق هذا النشاط، فإن هذا التصرف لا يخضع للمادة الخامسة المتعلقة بعقود الاستهلاك إلا إذا كان الجزء الأكثر[1] أهمية من التصرف يقع خارج النشاط المهني للمتعاقد.
- إذا كان المرسل إليه المنقول المادي أو متلقي الخدمة يتصرف خارج نشاطه المهني ولكن الطرف الآخر لم يعلم بذلك ولم يكن بوسعه أن يعلم، فإن التصرف يخرج من نطاق تطبيق المادة الخامسة.

وفيما يخص عقود المستهلكين الإلكترونية، فإن المادة الخامسة من اتفاقية روما تعد مرجعاً بشأن هذه العقود، نظراً لأن شبكة الإنترنت تعد بيئة ملائمة لعقود الإذعان، فعادة ما يقوم البائع أو مقدم الخدمة بإدراج شروطه العقدية ومنها شرط القانون الواجب التطبيق، ولا يملك المستهلك سوى القبول أو الرفض لجملة الشروط، وفي حالة قبوله، تبرز أهمية إعمال القواعد الآمرة في قانون محل إقامة المستهلك إن كانت توفر حماية أكثر لهذا الأخير، وإذا لم يتضمن الإيجاب شرط القانون الواجب التطبيق، فلا بد من إعمال قانون محل إقامة المستهلك.

[1] هناك قرار صادر عن محكمة العدل الأوروبية يؤكد هذه الفكرة في قضية Gruber بتاريخ 2-1-2005.

**المطلب الثاني: سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد في عقود المستهلكين الإلكترونية**

إذا سكت المتعاقدان عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي، فإن الرأي الراجح يتجه إلى إخضاع العقد إلى قانون محل إقامة البائع المحترف بوصفه المدين بالأداء المميز في العقد.

إلا أن هذا الحكم يختلف إذا تعلق الوضع بعقد استهلاكي، فمن المتصور وجود طرف قوي وآخر ضعيف في هذا العقد، مما يتطلب من المشرعين اتخاذ التدابير الكافية لحماية الأخير والعمل على مساواة كفتي الميزان، وهذا يعني الخروج على المبدأ العام في تحديد قانون العقد عند سكوت الأطراف عن ذلك. لكن ما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة إذن؟

تصدت اتفاقية روما لسنة 1980 لهذه المسألة، فقد اتجهت المادة الخامسة من هذه الاتفاقية إلى تأكيد الرأي الراجح في الفقه وهو تطبيق قانون محل إقامة المستهلك بوصفه القانون الذي يعرفه الأخير[1]، ولكن ذلك مشروط بغياب الاتفاق الصريح أو الضمني على القانون واجب التطبيق، فقد تحفظت المادة (2/5) منها على قانون الإرادة، حيث يمكن استبعاده إذا كان من شأنه أن يحرم المستهلك من الحماية التي يقررها له قانون دولة محل إقامته العادية، وذلك إذا كان إبرام العقد قد سبقه في دولة محل الإقامة تقديم عرض خاص أو إعلان، وكان المستهلك قد قام في تلك الدولة بالأعمال والإجراءات الضرورية لإبرام العقد، أو كان المتعاقد الآخر أو ممثله قد تلقى طلب المستهلك في الدولة المذكورة، أو كان الأمر يتعلق بعقد بيع بضائع وذهب المستهلك إلى دولة أجنبية وأتم فيها الطلب طالما كانت الرحلة قد نظمها البائع من أجل إغراء المستهلك واستمالته لإبرام العقد.

[1] أنظر المادة (3/5) من اتفاقية روما:

**3.** Notwithstanding the provisions of Article 4, a contract to which this Article applies shall, in the absence of choice in accordance with Article 3, be governed by the law of the country in which the consumer has his habitual residence if it is entered into in the circumstances described in paragraph 2 of this Article.

وتهدف الاتفاقية من هذا الحكم إلى تكريس الحماية التي ينشدها المستهلك، لكن إعمال هذا الحكم قد لا يكون دائماً في صالح المستهلك، فقد يوفر قانون محل إقامة البائع حماية أكبر للمستهلك من قانون محل إقامته، وبالتالي، فقد كان أولى باتفاقية روما أن تنص على إخضاع العقد الاستهلاكي لقانون محل إقامة البائع أو قانون محل إقامة المستهلك أيهما أفضل لهذا الأخير[1]، وهذا الحل التخييري أفضل وهو ينسجم مع الحل الذي أوردته الاتفاقية في حال اختيار المتعاقدين لقانون العقد كما أسلفنا آنفاً.

وإن الرجوع إلى القواعد الآمرة في قانون محل إقامة المستهلك وفقاً لهذا الرأي، أو الرجوع إليها في حالة اختيار قانون العقد، لا يتم إعمالاً للمنهج الأحادي وباعتبارها من القواعد ذات التطبيق الضروري عملاً بالمادة السابعة من اتفاقية روما، وإنما يتم الرجوع إلى هذه القواعد بموجب قاعدة إسناد تخييرية مقررة لصالح المستهلك[2].

وأساس الإعمال الأحادي للقواعد ذات التطبيق الضروري يتم على نحو مباشر دون الحاجة للمرور عبر قواعد الإسناد[3]، بينما في حالتنا هذه فإن الرجوع للقواعد الآمرة في قانون محل إقامة المستهلك يتم بمقتضى قاعدة إسناد مزدوجة ذات طابع تخييري مقرر لمصلحة المستهلك[4].

ومن جانبنا، نرى أن ما أقرته اتفاقية روما بشأن إخضاع عقد الاستهلاك الإلكتروني لقانون محل إقامة المستهلك إذا كان هذا القانون يوفر حماية أكبر لهذا المستهلك يجانب العدالة في بعض جزئياته، فهذا الرأي وإن كان يوفر حماية للمستهلكين ويشجعهم للتعامل من خلال التجارة الإلكترونية، إلا أننا نرى أن فيه إجحافاً بحق البائع؛ إذ سيصعب عليه الإلمام بقوانين كافة الدول التي يتعاقد مع مواطنيها،

---

[1] هشام صادق، مرجع السابق، ص26.

[2] هشام صادق، مرجع السابق، ص27.

[3] للمزيد حول أساس إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري، راجع، محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص221-225.

[4] هشام صادق، مرجع سابق، ص27.

خاصة في ظل انتشار موقع البائع في كافة أنحاء العالم، لذلك فإننا نرى الأخذ باتفاقية روما وتطبيق قانون محل إقامة المستهلك لكن بشرط إعلام البائع مسبقاً بمضمون القواعد الآمرة في هذا القانون ومنحه فرصة لدراسة تبعات التعاقد وفقاً لهذه القواعد.

ونظراً لصعوبة إعمال القواعد التقليدية في القانون الدولي الخاص بشأن العقود المبرمة عبر الإنترنت، فقد ظهر اتجاه فقهي يدعو إلى الرجوع إلى ما تكرسه بيئة الإنترنت من قواعد اتفاقية وأعراف وممارسات مستخدمي الشبكة ذاتهم بغية تحديد القانون واجب التطبيق دون الدخول في متاهات قواعد التنازع، وهذا ما سنوضحه في الفصل التالي.

# الفصل الثاني

## القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي ومدى انطباقه على العقود الإلكترونية

قد يزعم البعض أن قواعد القانون الدولي الخاص التقليدية قد أضحت متخلفة عن مجاراة الوثبات السريعة التي أحدثها التعامل عبر الإنترنت؛ فهذه البيئة تتميز بخصائص ذاتية تجعلها متنافرة مع هذه القواعد. وقد أشرنا آنفاً لهذه الخصائص والتي تدور حول فكرة أساسية هي انعقاد العقود في ظل هذه الشبكة التي لا تعترف بالحدود الجغرافية، ولا بد من الإشارة إلى أن هذه الحدود هي الأساس الذي تقوم عليه قواعد القانون الدولي الخاص[1]، فهي التي تحدد أقاليم الدول وهي التي تقف وراء وجود فكرة الجنسية التي تعد من أهم ضوابط الإسناد في هذا القانون.

أما في عالم الإنترنت، فإن فكرة الحدود قد انهارت تماماً ولم يعد بمقدور أي دولة أن تصد ما يبث إليها عبر تلك الحدود بشكل مطلق.

فبيئة الإنترنت غير مادية ولا يمكن الاستناد إلى معطياتها في تركيز العلاقة العقدية في مكان أو إقليم محدد، علماً بأن أساس تنازع القوانين يقوم بصورة رئيسية على تركيز الروابط العقدية في دولة معينة وفقاً لضوابط إسناد محددة تمهيداً لتطبيق قانون تلك الدولة في شأن تلك الرابطة. إلا أننا قد خلصنا إلى وجود صعوبات في إعمال هذه الضوابط فيما يخص العقود المبرمة عبر الإنترنت نظراً لاستحالة تحديد مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه، ولكن تبقى إرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية هي ضابط الإسناد الأفضل الذي يمكن إعماله بشأن هذه العقود.

وفي ضوء عجز القواعد التقليدية لتنازع القوانين –وفقاً لرأي أنصار القواعد الموضوعية– عن فض منازعات التجارة الإلكترونية، فإن هناك اتجاهاً فقهياً قد أخذ منحى مختلفاً عن غيره حيث يربط هذا

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص39. وراجع أيضاً: عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص59.

الاتجاه بين العقد المبرم عبر الإنترنت والعقد الدولي على اعتبار أن الأول يشترك مع الأخير في مجموعة من الخصائص العامة، وينادي أنصار هذا الاتجاه بالنتيجة إلى إخضاع عقود التجارة الإلكترونية للأعراف والعادات الدولية والاتفاقيات الدولية[1]. وعلى هذا النحو، فإن هذا الاتجاه يتشابه مع اتجاه آخر نادى بإخضاع العقد التجاري الدولي بصفة عامة للأعراف والعادات الدولية السائدة في كل نوع من التجارة التي يختص بها ذلك العقد، وقد تعارف المجتمع التجاري الدولي على تسمية مجموعة الأعراف هذه بقانون التجار المشترك بين الأمم Lex Mercatoria[2].

وفيما يتعلق بالتجار –والأمر يمسهم مباشرة– فقد تبينوا ما تتعرض له مصالحهم التجارية من مخاطر وعدم استقرار بسبب تعدد القوانين الوطنية وتنازعها، وبالتالي عدم وجود قواعد موحدة دولية تحكم تجارتهم الدولية، إذ كيف يطمئن أطراف عملية تجارية ذات طابع دولي على حقوقهم إذا كانوا لا يعلمون مقدماً أي قانون سيطبق عليها. وبفرض إمكان تعيين هذا القانون مسبقاً، فإنه سيكون على أية حال قانوناً وطنياً غير معد لمواجهة حاجات التجارة الدولية، غريباً عن أحد طرفي النزاع إن لم يكن غريباً بالنظر إليهما معاً.

ووجود هذا القانون ليس من نسج الخيال، أو بدعة من أحد ابتدعها ليخفي وراءها مصالح خاصة أو غايات شخصية، وإنما هو حقيقة واقعة فرضت نفسها إزاء ظروف التجارة الدولية الحديثة وازدياد حجمها بشكل هائل من جهة، وإزاء تنوع القوانين الوطنية وعدم ملاءمتها للتجارة الدولية من جهة ثانية، ولهذه الحقيقة طأطأ العديد من فقهاء القانون التجاري رؤوسهم، وعلى نهجها سار التجار عملياً.

---

[1] طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص471،472.

[2] هشام صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، مرجع سابق، ص13. وراجع أيضاً: مقال بعنوان History of The Law Merchant متوفر على صفحة الموقع الإلكتروني:
http://szabo.best.vwh.net/lex.html

وجدير بالذكر أن هذا القانون قد أصبح مرجعاً معتمداً لدى المحكمين في منازعات عقود التجارة الدولية، فيتم الاستناد إليه دون الحاجة للخوض في إشكالات قواعد تنازع القوانين[1].

أما على صعيد عقود التجارة الإلكترونية، فإن الرجوع إلى قواعد مادية موضوعية بدلاً من قواعد تنازع القوانين يشكل محور ما يدعو إليه الفقه الآنف الذكر، وقد اصطلح على تسمية مجموعة القواعد المادية الموضوعية هذه "بالقانون الموضوعي الإلكتروني الدولي"، لكن ما مضمون هذا القانون وما مصادره؟ وما مدى فعالية هذه القواعد في حكم العقود المبرمة عبر الإنترنت؟ هذا ما سنتوصل إليه من خلال طرح هذا الموضوع على بساط البحث من خلال المبحثين التاليين.

[1] هشام صادق، مرجع سابق، ص13.

## المبحث الأول

## ماهية القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي

بعد أن ادعى أنصار القانون الموضوعي تنافر العقود المبرمة عبر الإنترنت مع قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص، ومن حيث إنهم حاولوا إثبات عدم صلاحية هذه القواعد لتنظيم وحكم العلاقات القانونية التي تتم عبر هذه الشبكة، فإنه قد بدا من المقبول لديهم الإدعاء بأن الأمر يدخل في منطقة تقع خارج دائرة القانون، وبشأنها يجب التقرير بأنه يوجد فراغ قانوني، على الأقل بخصوص قواعد القانون الدولي الخاص. وبالتالي، فقد اتجه أنصار المجتمع الافتراضي للقول بأن البديل هو الاعتماد على قواعد موضوعية لا قواعد تنازع، وأكد هؤلاء على ضرورة الابتعاد عن الأخيرة والأخذ بقانون مستقل عن القوانين الوطنية ليكون الواجب التطبيق على العقد المبرم عبر الإنترنت[1].

ولعل ما دفع هذه الفئة من الفقه إلى هذا التوجه هو رغبتهم في مسايرة المعطيات الخاصة لشبكة الإنترنت مما استوجب البحث عن قوانين تتلاءم مع هذه الخصوصية وتكون فعالة في حسم المنازعات الناشئة عن هذا النوع من العقود بصورة مباشرة، فمن المعروف أن قواعد التنازع لا تقدم حلولاً مباشرة وسريعة، وإنما تشير إلى القانون الواجب التطبيق على العقد وتحدد النظام القانوني المختص به، وهذا ما لا يتلاءم مع الطبيعة الخاصة[2] للعلاقات التي تتم عبر الإنترنت، في حين أن اللجوء إلى قواعد موضوعية من صنع مستخدمي شبكة الإنترنت ذاتهم يكفل حلولاً مباشرة لنزاعاتهم.

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة: "الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق"، مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، مشار إليه سابقاً، المجلد 1، ص35.

[2] وذلك لان تلك العلاقات لا تعتمد على صلات مكانية وأرضية، مما يجعل التركيز الطبيعي للموقع غير معلوم، بالإضافة إلى أن هذه المعلومات لا يمكن أن ترتبط أو يتم تحديدها بإقليم معين، لأنها تنتقل آلياً منذ لحظة التحميل إلى كل الدول المرتبطة بالشبكة، هذا فضلاً عن أن تطور التجارة الدولية أدى إلى إيجاد ما أصبح يعرف بالمجتمع التجاري الدولي الذي يختلف عن المجتمع الداخلي، راجع: عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص140.

**المطلب الأول: تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي ونشأته**

يعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي منهجاً مستقلاً[1] لتنظيم المعاملات التي تتم عبر الإنترنت، وهو يتضمن قواعد مادية تقدم حلولاً مباشرة للمنازعات التي قد تنشأ بصدد إبرام العقد الإلكتروني أو تنفيذه.

وبهذه المثابة، فإن القواعد المادية في هذا القانون تأتي على النقيض لقواعد التنازع، حيث تتضمن الأولى حلولاً مباشرة للنزاع العقدي، بينما تشير الأخيرة في ذلك للقوانين الوطنية من خلال ضابط إسناد معين، ومن ثم يقال أن منهج تنازع القوانين هو منهج غير مباشر[2].

وبشكل عام، يمكن تعريف القانون الموضوعي الدولي على أنه "ذلك القانون الذي يضع مباشرة تنظيماً موضوعياً خاصاً ومستقلاً عن حلول القوانين الوطنية، للمعاملات القانونية بالنظر إلى صفتها الدولية، فالتنظيم الذي يحتويه عبارة عن مجموعة حلول وقواعد موضوعية خاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي ومتميزة عن تلك التي تحكم العلاقات الوطنية"[3].

وبالاستناد إلى هذا التعريف، فإن القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي هو عبارة عن "كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الإنترنت"[4]، ويمكن قياس هذا التعريف على التعريف الذي أوردته الأمانة العامة للجمعية العامة للأمم المتحدة بخصوص قانون التجارة الدولية، حيث

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص47.

[2] يقوم منهج تنازع القوانين على التركيز المكاني للمعاملة محل النزاع واختيار قانون ذلك المكان ليحكم العلاقة أو الرابطة محل النزاع، مما يجعل منهج تنازع القوانين لا يقدم حلاً مباشراً لذلك النزاع، وإنما يقوم بتحديد القانون الوطني الذي يقدم ذلك الحل بمقتضى قواعد الإسناد. راجع: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص47.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص47.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص48.

عرفته على أنه "مجموعة من القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتعلقة بالقانون الخاص، والتي تجري بين دولتين أو أكثر"[1].

وقد كان الفقه الأمريكي أكثر صراحة من غيره في الدعوة إلى البحث عن قانون ذي طبيعة عالمية بعيداً عن القانون الدولي الخاص ليحكم العلاقات الناشئة عبر الإنترنت[2].

وتكمن الدوافع وراء هذه الدعوات في مجموعة من الأمور التي يمكن تلخيصها على النحو التالي:

1- عدم ملاءمة قواعد التنازع للمعاملات التي تتم عبر الإنترنت، فهذه القواعد تقوم بإسناد العلاقة الدولية لقانون داخلي وضع أصلاً ليحكم العلاقات الداخلية الوطنية، مما يعني أنها تتجاهل –بشكل أو بآخر– خصوصية العلاقة الدولية وتساوي بينها وبين العلاقة الوطنية، بالرغم من تعلق الأولى بتبادل الثروات والخدمات عبر الحدود وتأثيرها على اقتصاد الدولة لصالح دولة أخرى، وهو ما لا يتحقق بالأخيرة. وهذا المنهج غريب؛ فهو يفتقد للروح الدولية، والمنطق يقضي بأن تدويل الروابط القانونية يستلزم تدويل القواعد القانونية التي تحكمها[3].

2- عجز منهج قاعدة التنازع وتعقيده، فإذا كانت كل القواعد القانونية ترمي إلى الوقاية من حدوث النزاع، فإن قاعدة تنازع القوانين لا تحقق ذلك، فهي قاعدة لا تظهر فعاليتها إلا أمام القضاء، وهذا كفيل بإظهار عجزها، حيث أنها لا تحقق الوظيفة الوقائية، أي الحيلولة دون وقوع النزاع بين

---

[1] محمود سمير الشرقاوي: "العقود التجارية الدولية دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع"، القاهرة: دار النهضة العربية، ط2، 2002، ص4.

[2] نادى الأستاذ الأمريكي John Perry Barlow بأنه وفي ظل تخلف القواعد القانونية القائمة، فقد آن الأوان لإعلان استقلال الفضاء المعلوماتي أو الواقع الافتراضي، أي استبعاد كل تدخل ورقابة من الدولة على العمليات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية، ومن بين ذلك استبعاد مناهج القانون الدولي الخاص. راجع: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص40. وراجع أيضاً: عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص59.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة: "الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق"، مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، مشار إليه سابقاً، المجلد 1، ص37.

أطراف العلاقة القانونية، وهذا عيب يثير القلق ويدعو إلى هجرها إلى غيرها لأنها لا تتفق ومقتضيات الأمان القانوني والتبصر الذي تتطلبه –على الأقل– معاملات التجارة الدولية.

بيد أن التعقيد يعيب كذلك منهج قاعدة التنازع، فإعمال هذا المنهج يستلزم من القاضي القيام بمجموعة من العمليات الفنية قبل الوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، منها مثلاً: تفسير ضابط الإسناد، والتكييف القانوني للمسألة محل النزاع، وتحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق في القانون الذي تم اختياره؛ القواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد، وغيرها من المسائل التي تتطلب إجراءات معقدة وطويلة[1].

3– عدم فعالية ضوابط الإسناد أمام العالم الافتراضي الإلكتروني، فمن المعروف أن هذه الضوابط تكون فعالة في الواقع حيث توجد الحدود السياسية التي تفصل بين الأقاليم والدول، فالقانون الدولي الخاص يدين بوجوده لهذه الحدود التي يستتبعها وجود أنظمة قانونية وإدارية مختلفة من دولة إلى أخرى ويستدعي بذلك وجود قواعد التنازع التي تحكم العلاقات ذات الصبغة الأجنبية، لكن هذه الضوابط تفقد أهميتها في بيئة الإنترنت، حيث إن ضوابط الإسناد المعروفة كالجنسية والإقليم لا تلعب أي دور بهذه الحالة، نظراً لانتفاء وجود الحدود السياسية في هذه البيئة.

نخلص مما سبق إلى أن مناهج القانون الدولي الخاص التي تقوم على مرتكزات مكانية وجغرافية أصبحت لا تتلاءم –وفقاً للعرض السابق– مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر الإنترنت وتسبح في فضاء افتراضي ليس له أي روابط أو صلات مكانية أرضية، وقد كانت الدوافع السابقة وراء تكاثر الدعوات للاتجاه نحو إخضاع المعاملات التي تتم عبر الإنترنت لقانون موضوعي مستقل بدلاً من قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص38.

**المطلب الثاني: خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي**

يتميز القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي بطائفة من الخصائص التي تميزه عن قواعد القانون الدولي الخاص بوجه خاص والقوانين الوطنية بوجه عام، ويتكون هذا القانون من مجموعة من الأعراف والعادات والممارسات المقبولة دولياً التي نشأت واستقرت في بيئة الإنترنت، وقد تطورت هذه القواعد بفضل المحاكم وتواتر مستخدمي الشبكة على الأخذ بها في معاملاتهم، فهذا القانون يعد تلقائي النشأة.

ويمكننا استخلاص هذه الخصائص من تعريف هذا القانون ذاته على النحو التالي[1]:

**أولاً: قانون تلقائي النشأة والتطبيق**

فقد نشأ هذا القانون وتطور بعيداً عن الطرق الرسمية لنشأة القوانين الوطنية، ولم يمر بالشكلية التي تتطلبها هذه القوانين لإقرارها، بل نما وتطور بفعل تواتر مستخدمي شبكة الإنترنت على الأخذ به والرجوع إليه لدى نشوء نزاعات بشأن إبرام العقود أو تنفيذها في بيئة الإنترنت، كما أن المحاكم قد لعبت دوراً في تطوير هذا القانون.

أما بخصوص تلقائية هذا القانون في التطبيق، فهو لا يتطلب تدخلاً من السلطة العامة لوضعه موضع التطبيق، ويكفي بهذا الشأن توفر رضى الأطراف مقدماً للرجوع إليه في نزاعهم حتى تكون هذه القواعد الموضوعية هي التي تحكم العقد. ويمكن القول بأن هذا القانون يكون مناسباً لأطراف النزاع من عدة نواح؛

- يتمشى القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي مع الطبيعة الذاتية للتعامل عبر شبكة الإنترنت وهي طبيعة تقوم على معطيات فنية وتكنولوجية خاصة.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص47-52.

- يتوافق هذا القانون مع توقعات المتعاملين عبر شبكة الإنترنت، فهم الذين قاموا بوضع أساساته من خلال ممارساتهم وعاداتهم، وهو بذلك يجنبهم اختلاف القوانين الوطنية التقليدية التي لا تناسب طبيعة معاملاتهم.

- إنه قانون مرن جاءت قواعده وليدة ظروف واقعية تعكس حاجات المتعاملين عبر الشبكة، وهي قواعد على جانب كبير من الحساسية والتأثر بكل ما يطرأ على بيئة الإنترنت من مؤثرات تكنولوجية أو اقتصادية أو حتى سياسية.

**ثانياً: قانون موضوعي**

فهو يقدم الحل للمسألة محل النزاع مباشرة ولا يحيل إلى غيره من القوانين وصولاً إلى الحل، وهذه الميزة تجعله أكثر ملائمة ليكون القانون المختص بحكم العلاقات التي تتم عبر الإنترنت لما تتطلبه هذه العلاقات من السرعة في حسم النزاعات التي قد تثور بشأنها.

**ثالثاً: قانون دولي**

يمكن تسمية هذا القانون "بقانون الفضاء الافتراضي المشترك"، وعلى الرغم من أن هذا القانون لم يوضع من قبل هيئة دولية ولا يخضع لهيمنة جهة محددة، لكن طبيعته الدولية تتأتى من طبيعة المعاملات التي يحكمها، فقد تم اللجوء إليه ليحكم العلاقات التي تتم عبر شبكة الإنترنت والتي تتسم بالطابع الدولي نظراً لعالمية الشبكة ذاتها وعدم اعترافها بالحدود الإقليمية، إضافة إلى أن معظم المتعاقدين عبر الشبكة هم من دول وأنظمة قانونية مختلفة مما يعزز الطابع الدولي لهذه المعاملات.

**رابعاً: قانون طائفي ونوعي**

سواء من حيث أشخاصه وموضوعه أو من حيث مؤسساته وتنظيماته، فمن حيث أشخاصه فهو قانون طائفي بالنسبة إلى المخاطبين بقواعده، وهو قانون نوعي لأن قواعده المادية لا تنظم إلا نوعاً

معيناً من المعاملات وهي تلك الناشئة في بيئة الإنترنت، أما من حيث مؤسساته وتنظيماته، فإن هذا القانون لم يصبح كذلك إلا لوجود نظام مؤسسي منظم ذاتياً له أجهزته وأدواته.

**خامساً: متلائم مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت**

فقد تم اللجوء إلى هذا القانون المستقل عن القوانين الوطنية لعدم ملاءمة الأخيرة للتطورات في بيئة الإنترنت، فهذا القانون يتناسب مع خصوصية الشبكة والعقود المبرمة من خلالها؛ فهو يقوم أساساً على الممارسات المقبولة والمتكررة لمستخدمي الشبكة والأعراف والعادات الناتجة عنها، وعلى الاتفاقيات الدولية التي تبرم لغرض معالجة أمور مستجدة في هذه البيئة، مما يعني أن القانون الموضوعي الإلكتروني يتضمن حلولاً لكافة النزاعات التي يمكن تصورها في العلاقة العقدية الإلكترونية، فمن غير المتصور –وفقاً لفقه القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي– أن تكون القواعد القانونية التقليدية وفي مقدمتها قواعد التنازع، أن تكون ملائمة لحكم هذه العلاقات في الوقت الذي لم يتصور المشرعون آنذاك إمكانية وجود بيئة الإنترنت مستقبلاً.

## المبحث الثاني

## مدى انطباق قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي على عقود التجارة الإلكترونية

بعد أن قمنا ببيان ماهية القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي وخصائصه التي تميزه عن القواعد التقليدية للقانون الدولي الخاص، لابد لنا من تحديد مصادر هذا القانون الناشئ على يد مستخدميه، وصولاً لتحديد مدى فعالية قواعده في حكم العلاقات العقدية التي تتم عبر الإنترنت من خلال التأكد من حيازة قواعده للصفة القانونية كأي نظام قانوني آخر، وما يتطلبه ذلك من ضرورة تغطية هذا القانون للعديد من المسائل الجوهرية التي قد تثور بخصوص التعامل العقدي الإلكتروني من جهة، ومدى توفر عنصر الإلزام في القواعد الموضوعية من جهة أخرى.

**المطلب الأول: مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي**

ينشأ القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي من ممارسات المتعاملين مع شبكة الإنترنت، فهو قانون تلقائي ظهر إلى حيز الوجود بجهود هذه الفئة وارتضائها له ليكون المرجع لها لدى نشوء نزاع بشأن معاملاتهم عبر شبكة الإنترنت.

لكن هذا القانون غير رسمي[1]، فهو من صنع فئات غير حكومية أو رسمية من مستخدمي الإنترنت، ولا يخضع للهيمنة من أي جهة، وهذا القانون يتكون من قواعد موضوعية غير مدونة بصورة فعلية، بل مكرسة في مصادر عدة تتشابه إلى حد كبير مع مصادر القانون الموضوعي للتجارة الدولية الذي نما وتطور وأصبح الأساس لحكم العلاقات التجارية الدولية.

ويرى أنصار هذا القانون أن مصادره تكمن في الاتفاقيات الدولية والأعراف والعادات الناتجة عن الممارسات التعاقدية، وقواعد السلوك، والعقود النموذجية.

**الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية**

من الثابت أن الاتفاقيات الدولية تعد من أهم الوسائل المتبعة في توحيد القواعد الموضوعية بين الدول الأطراف فيها[2]، وبالتالي، فهي تعد وسيلة فعالة في الحد من تنازع القوانين الذي يشكل نتيجة منطقية لوجود الاختلاف في الأنظمة القانونية بين الدول، ويمكننا لمس العديد من القواعد الموضوعية الاتفاقية، ومن أبرزها اتفاقية فينا بشأن عقد البيع الدولي للبضائع المبرمة في 11 نيسان 1980[3].

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص47-52.

[2] عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص143.

[3] تجدر الإشارة إلى أن مثل هذه الاتفاقيات لا تتلاءم مع بيئة الإنترنت، ولا تصلح إلا للتعامل في العالم الورقي، راجع: عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص144.

لكن الأمر مختلف بالنسبة لبيئة الإنترنت، حيث إن الاتفاقيات المبرمة بشأنها محدودة جداً، ونكتفي بذكر الاتفاقية المبرمة في 28 نيسان 1981 بين مجلس أوروبا حول حماية الأشخاص من المعالجة الآلية للبيانات ذات الطابع الشخصي. إلا أن ذلك لا ينفي وجود العديد من التوصيات والتوجيهات الجماعية والأعمال التي يمكن أن تكون نواة لاتفاقيات دولية مستقبلاً، ومن أهم هذه الأعمال[1]:

1- التوجيه الأوروبي رقم 46/95 حول حماية الفرد في مجال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي والتدفق الحر للبيانات.

2- توصيات منظمة التعاون والتنمية الأوروبية OCED حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود لعام 1980.

وإلى جانب التوصيات المشار إليها، فإنه لابد من الإشارة إلى قانون الأونسترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في عام 1996، وتعد الحلول المتضمنة في هذا القانون أساساً معتمداً لدى غالبية الدول التي وضعت استراتيجيات أو دراسات أو وثائق مرجعية أو أدلة إرشادية متصلة بالتجارة الالكترونية.

وفي ظل الدور البالغ الأهمية الذي تضطلع به القواعد الموضوعية المكرسة في الاتفاقيات في تنظيم سلوك المتعاملين مع شبكة الإنترنت وضبط العلاقات القانونية والعقود المبرمة من خلالها، وما يقابل ذلك من شح في هذه الاتفاقيات، فإننا نتطلع إلى دور أوسع لها في هذا الشأن مما يؤسس لتنظيم شامل لهذه الشبكة.

[1] كما أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قامت بإعداد مشروع توجيه يتعلق بحقوق المؤلف في مجتمع المعلومات في ديسمبر 1997، كما تم التوقيع في جنيف عام 1996 تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية OMPI على اتفاقية تتعلق بالملكية الأدبية والفنية في العالم الرقمي. راجع: عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص144.

**الفرع الثاني: الأعراف والعادات الناتجة عن الممارسات التعاقدية**

لقد أدى مستخدمو شبكة الإنترنت دوراً كبيراً في إرساء قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي، فهذه الفئة إلى جانب مقدمي خدمات شبكة الإنترنت قد تواترت على الاستناد إلى مجموعة من أسس التعامل التي استقرت بصورة تلقائية على شكل أعراف، وعادات، وممارسات[1] في الأوساط المهنية لبيئة الإنترنت.

وغالباً ما تكون هذه الأعراف خاصة بنوع معين من التعامل عبر الشبكة، وهذا ما دفع البعض لاعتبارها ذات طبيعة تعاونية[2]، فهناك الأعراف والعادات السائدة في مجال التجارة الإلكترونية، وتلك السائدة في مجال حماية الحياة الخاصة، وأخرى بخصوص حماية المستهلكين وغيرها.

ولا شك أن احتواء القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي على قواعد موضوعية من صنع المستخدمين أنفسهم يكفل لهذا القانون أن يكون متلائماً مع حاجات واضعيه، فهم بكل الأحوال أكثر قدرة من غيرهم ولاسيما المشرعين على تحديد ما تتطلبه علاقاتهم عبر شبكة الإنترنت من قواعد

---

[1] تعتبر الممارسات التعاقدية من المصادر المهمة لإرساء القواعد النظامية التي يقوم عليها القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي والمقصود بها هو العقود التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات شبكة الإنترنت، وهي على نوعين:

1- مجموعة من العقود الخاصة بالاشتراك في شبكة الإنترنت، وهي التي تبرم بين الراغبين في استعمال الشبكة لترويج بضائعهم أو للحصول على بيانات علمية أو ثقافية أو ترفيهية... وبين الشركات التي تقدم خدمة الاشتراك، وفي هذه العقود يستطيع مقدم الخدمة أن يتعهد بعدم السماح بالدخول إلى مواقع تقدم مواد غير مشروعة أو تحض على الإجرام أو السلوكيات غير القويمة، وبتلك المثابة، يمكن أن يسود المجتمع الافتراضي لشبكة الإنترنت أشخاص يحافظون على القيم واحترام القانون.

2- مجموعة العقود التي تبرم بين مقدم المادة المراد إدخالها وتحميلها على الشبكة وبين مقدم خدمة الموقع الذي ستبث تلك المادة عليه، وفي هذه العقود يلتزم مقدم خدمة الموقع بتوفير الوسائل الفنية اللازمة وتحديد برامج تصنيف المواد المراد تحميلها ومنها برامج القوائم السوداء BLACKLISTING التي تسمح بغلق باب الدخول إلى مواقع خاصة، وبرامج القوائم البيضاء WHITELISTING التي يحدد فيها المواقع التي يمكن دخولها، والبرامج المحايدة NUTRAL LABELLING التي تسمح بتحديد هوية بعض المواقع، كما يجب عليه احترام الحد الأدنى من السرية للمواقع. راجع: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص42-43.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص51.

وأحكام، فهذه العلاقات تنشأ في وسط ذي معطيات غير مادية مما يترتب على ذلك صعوبة إخضاعها للقواعد التقليدية التي تخضع لها العقود العادية.

بالإضافة إلى أن القواعد الموضوعية المكرسة في الأعراف والعادات ستكون أكثر توافقاً مع التغييرات السريعة والمتلاحقة لبيئة الإنترنت والعالم الرقمي من تلك القواعد الوضعية، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الأخيرة تتسم بالثبات النسبي والتطور البطيء والحذر[1] الذي لا يتناسب إطلاقاً مع السرعة التي تشهدها المعاملات والعقود المبرمة عبر الإنترنت، حيث إن هذه القواعد قد تكون مناسبة لهذا النوع من المعاملات لفترة محدودة إلا أن التغييرات التكنولوجية التي يلمسها العالم الرقمي بشكل مضطرد ستؤدي إلى اعتبار هذه القواعد غير مؤهلة لحكم العلاقات المستجدة مما يتطلب من المشرعين إجراء تعديلات وتغييرات بما يتناسب مع التطور الحاصل، ولا شك أن هذه التعديلات لا تأتي بسهولة ومرونة على خلاف عملية إضفاء صفة العرف على عادة ما في بيئة الإنترنت.

**الفرع الثالث: قواعد السلوك**

ينصرف مفهوم قواعد السلوك إلى تلك القواعد والأحكام التي يتم تدوينها من قبل الهيئات والمؤسسات التي تسعى لإرساء أخلاقيات قويمة ومبادئ واضحة في التعامل عبر بيئة الإنترنت[2]، وتعتبر هذه القواعد من المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي.

ولعل هذه المساعي لتقنين قواعد المتعاملين والمستخدمين لشبكة الإنترنت تأتي كنتيجة منطقية لتنوع أنماط المتعاملين[3] عبر هذه الشبكة مما يستتبع صعوبة خضوعهم لتنظيم آمر وثابت ليكون المرجع

---

[1] عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص145. وراجع أيضاً: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص51.

[2] عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص145.

[3] عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص146.

في علاقاتهم، ويرتبط ذلك بطبيعة الإنترنت التي تشهد تغييرات وتطورات متلاحقة يصعب على القوانين الوضعية –كما ذكرنا آنفاً– مجاراتها ومسايرتها.

وعلى صعيد الإتحاد الأوروبي، فقد أشار التوجيه الأوروبي الصادر في 8 حزيران 2000 إلى أهمية تشجيع التجمعات المهنية وجمعيات حماية المستهلكين على وضع قواعد سلوكية تهدف إلى المساهمة في حسن تطبيق مضمون التوجيه وعلى نشر هذه القواعد إلكترونياً وتعميمها، وعلى ضرورة إعلام المعنيين بشأن التقييمات الدورية حول تطبيق هذه القواعد من قبل التجمع المهني والأعضاء المعنيين بها وأثرها في التطبيق[1].

وقد أخذت عدة دول خطوات جدية في هذا المجال، ففي فرنسا، تم وضع ميثاق من قبل مجموعة عمل على رأسها الأستاذ Peaussaut تقوم مبادؤه على خلق كيان يضطلع باستقبال شكاوى مستعملي شبكة الإنترنت[2].

وفي إنجلترا، تم إنشاء جمعية مقدمي خدمات الإنترنت (ISPA) التي نشرت تقنيناً للسلوك العملي Code of Practice يشمل مجموعة من القواعد والأحكام التي تنظم العلاقات بين المتعاملين على الشبكة، ومن هذه القواعد، الالتزام بعدم تقديم أي خدمات مخالفة للقانون أو تتضمن مواداً تحض على العنف أو العنصرية أو الكراهية[3].

ومن جانبنا، نرى أن قواعد السلوك تشكل خطوة جيدة في تنظيم سلوك المتعاملين عبر شبكة الإنترنت، فهي تكرس الحد الأدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التلقائية التي ينبغي على مستخدمي الشبكة مراعاتها والاحتكام لها لدى نشوء نزاعات عقدية إلكترونية.

---

[1] Directive no. 2000/31. راجع: طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص479.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص. فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص44.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص.. فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص45.

**الفرع الرابع: العقود النموذجية**

العقد النموذجي هو عبارة عن "صيغة مكتوبة تتضمن القواعد التي تحدد آثار العقد بشكل عام، أي حقوقه والتزاماته. وغالباً ما تقوم بوضع صيغ العقود النموذجية – وهو الأصل– الجمعيات التجارية، والنقابات المهنية التي يعنيها الأمر مباشرة، وذلك بغرض تسهيل تجارة سلعة معينة أو مجموعة من السلع بالنسبة لأعضائها المنتمين إليها"[1]. وهي من أجل ذلك، عادة ما تقوم أيضاً بتصنيف تلك الصيغ وتقسيمها إلى طوائف، بحيث تكون عقود كل طائفة على نسق واحد، ومتطابقة مع بعضها البعض مطابقة تامة. وبالمقابل فإن عقود كل طائفة تختلف عن عقود الطائفة الأخرى بدرجات متفاوتة، وفقا لماهية السلعة المبيعة، أو منشأها، أو ظروف نقلها، أو النطاق الجغرافي للتعامل بها، بل قد تختلف باختلاف الظروف السياسية السائدة وقت صياغتها.

والعقود النموذجية بمفهومها السابق بدأت تظهر إلى حيز الوجود في أواخر القرن التاسع عشر[2]، ولكنها سرعان ما انتشرت انتشاراً واسع النطاق في المعاملات الدولية، حتى أنها أصبحت ظاهرة عامة في أيامنا هذه بحيث يمكن القول –ولا مبالغة في ذلك– أن استخدام العقود النموذجية أصبح مألوفاً بالنسبة للتجار ألفتهم لاستخدام التلفون أو التلكس أو الآلة الكاتبة.

ولعل السبب الذي يدفع هذه الجهات لوضع صيغ العقود النموذجية يرجع إلى الرغبة في وضع الخطوط العريضة لكل فئة من العقود بحيث يكون كل طرف عالماً مسبقاً بالقواعد التي تحكم العقد في كل جوانبه، بما يقلل الاختلافات في وجهات نظر الأطراف.

---

[1] أنظر الموقع الإلكتروني: www.lac.com.jo/resear31_1.htm تاريخ الزيارة: 4–10–2006.

[2] لقد تم وضع أول عقد نموذجي عام 1880 من قبل London Commercial Trade Association، أنظر الموقع الإلكتروني: www.unicitral.org تاريخ الزيارة: 22–10–2006.

وتنبع أهمية هذه العقود من تكريسها للقواعد التي تم التعارف عليها في بيئة مهنية معينة، فهي تستمد قوتها من تداول الأفراد لها وتكرار الأخذ بها من طرفهم.

وفيما يخص بيئة الإنترنت، فإن وجود العقود النموذجية يعد أمراً متصوراً ومنطقياً نظراً لصعوبة تركيز العقد الإلكتروني وفق أحد الأنظمة القانونية، بحيث تظهر أهمية التنظيم العقدي نفسه خلافاً للعادات التي تحكم هذه البيئة والتي لطالما كرست الحرية العقدية ومبدأ سلطان الإرادة الذي ينبغي مراعاته في كل مراحل العقد، ومع ذلك، فقد انتشرت صيغ العقود النموذجية بشكل واضح في هذه البيئة مما يمكن تفسيره بأنه خطوة احتياطية تفادياً لإحالة النزاع المستقبلي لقواعد تنازع القوانين.

ويمكن للمتأمل أن يلمس العديد من صور[1] العقود النموذجية التي يتم إبرامها بين الموردين والمستخدمين –سواء كانوا مستهلكين أو مهنيين– وتتناول مجموعة من النواحي القانونية والفنية التي ينبغي الالتزام بها من قبل طرفي العقد، فهي بالتالي تسهل عملية التعاقد من خلال توفير وقت المتعاقدين اللذين يقتصر دورهما على الموافقة على الأحكام والشروط المعدة مسبقاً، ومن ذلك أن العقود النموذجية تورد تحديداً للقانون الواجب التطبيق على العقد بدقة، تجنباً للدخول في تعقيدات القضاء من حيث تكييف العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق، وهي بذلك تعد من أهم مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي.

[1] من العقود النموذجية المبرمة بهذا الخصوص، العقد النموذجي المبرم من قبل المجموعة الأوروبية في 28 ديسمبر 1994، والذي تؤكد ديباجته على دوره في مواجهة المشاكل التي يثيرها التعامل من خلال تبادل المعلومات الإلكترونية، ويشير العقد إلى مصدر قوته المستمدة من قوة المشروعات الأوروبية، إذ تستطيع فرض العقد على غيرها من المتعاملين معها من الدول الأخرى، ويؤكد العقد على القوة القانونية للمبادلات التي تتم إلكترونياً وأن غياب الكتابة والتوقيع التقليدي لا يشكل حجة للقول بعدم صحة العقد. راجع: فاروق الأباصيري: "عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت"،الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص135 ، نقلاً عن طارق كميل، مرجع سابق، ص181.

ولكن هل تعد القواعد التي تكرسها مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي فعالة في تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن العقود الإلكترونية؟ وهل يعد الاستغناء عن القواعد التقليدية في القانون الدولي الخاص لصالح قواعد موضوعية توجهاً حكيماً؟ هذا ما سنتوصل إليه في السطور القادمة.

## المطلب الثاني: فعالية القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي في حل المنازعات العقدية الإلكترونية الدولية

سبق أن تعرفنا على ماهية القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي ومصادره، وتوصلنا إلى الفروق بين قواعده من جهة وقواعد القانون الدولي الخاص من جهة أخرى، والتي تتمركز حول فكرة مفادها أن قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي تقدم حلاً مباشراً للنزاع العقدي، في الوقت الذي لا تقدم فيه قواعد التنازع ذلك الحل، ولا توفر حماية للحقوق والمراكز القانونية ذات الطابع الدولي، وإنما تشير إلى القانون الذي يتكفل بذلك الحل وتحقيق تلك الحماية.

إلا أنه مهما يقال عن وجود قانون موضوعي دولي يحكم العمليات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، فإن الواقع يدفع إلى التشكيك في وجود هذا القانون وقدرته على حسم كافة المنازعات التي تثور بشأن تلك المعاملات، فهذه القواعد في معظمها غير مدونة وهي لا تعدو مجرد أعراف وعادات وقواعد سلوك لا ترتقي لمستوى القانون.

ولا بد لنا –ونحن في صدد تقييم القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي– أن نجيب على مجموعة من التساؤلات التي تطالعنا بهذا الخصوص. أولها، هل يمكن إضفاء صفة النظام القانوني على القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي؟ ثانيهما، هل تعد القواعد الموضوعية في هذا القانون كافية لحسم النزاعات العقدية الناشئة في بيئة الإنترنت.

وتتطلب الإجابة على هذه التساؤلات تقسيم هذا المبحث إلى فرعين بحيث نخصص الأول لتوضيح وجهة نظر أنصار نفي صفة النظام القانوني عن القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي، ونخصص المبحث الثاني لتوضيح مدى ضعف وقصور القواعد الموضوعية في هذا القانون عن تقديم الحلول الناجعة للنزاعات العقدية الإلكترونية.

**الفرع الأول: نفي صفة النظام القانوني عن القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي**

درج الفقه على تعريف النظام القانوني على أنه "مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ وذات الرؤية للحياة وللعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها"[1].

على أن النظام القانوني لا يتكون فقط من طائفة من القواعد السلوكية التي تضبط الروابط القانونية، أو تحل نزاعاتها، وإنما يستلزم أيضاً وجود هيئة متماسكة أو تنظيم عضوي قادر على خلق هذه القواعد السلوكية، فمن المعروف أن الأنظمة القانونية في الدول على اختلافها تتشكل من قواعد تم خلقها على يد مجتمعات هذه الدول وهيئاتها[2].

وإسقاط هذا التحليل على القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي يوصلنا إلى أنه لا يتوافر بجانبه فكرة النظام القانوني، ويمكننا توضيح هذه الفكرة من خلال الأمور التالية:

1- يرى أنصار نفي صفة النظام القانوني عن القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي أنه لا يمكن الجزم بوجود مجتمع متماسك[3] يضم كل المتعاملين مع شبكة الإنترنت، قادر على خلق وإنشاء قواعد سلوك ملزمة لهم، وذلك على غرار ما انتهى إليه الفقه بالنسبة لمجتمع التجار وممارسي التجارة الدولية، فهو مجتمع غير متماسك، بل متجانس تتعارض مصالح أشخاصه.

---

[1] عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص148.

[2] وفي هذا الشأن، يقول الفقيه الإيطالي Romano إن فكرة النظام القانوني هي فكرة مركبة، ذلك أن القانون قبل أن يكون قاعدة، وقبل أن يكون صلة بالروابط القانونية، فهو تنظيم بناء توجه المجتمع ذاته الذي يسري فيه، والذي يشكل به وحدة أو كائناً قائماً بذاته. راجع: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 53.

[3] يصعب إعمال هذه الوحدة في السوق الإلكتروني، إذ يمكن أن نميز –ضمن المهنيين– بين كبار المشتغلين وآخرين يشتغلون بالتجارة بالصدفة، فضلاً عن أن السوق الإلكتروني يجمع العديد من المستهلكين وغير المهنيين الذين يدخلون في علاقات تعاقدية، بالإضافة إلى أن مستخدمي الإنترنت يعدون جمهوراً وليسوا مجموعة من الأفراد الذين تربطهم مصالح واحدة، ونتيجة لهذا الخليط فإنه يؤدي إلى صعوبة ظهور أعراف فيه، ولا يمكن إقرار العرف إذا كان مفروضاً من الطرف القوي على الطرف الضعيف. راجع: عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص149 وأحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص63.

فبيئة الإنترنت تضم فئات متعددة من المستخدمين نظراً لأن الدخول لهذه البيئة غير مقصورة على أشخاص دون غيرهم وهو لا يتطلب إجراءات معقدة، ويمكننا تصور التنوع الفريد في هذه البيئة مما ينفي وجود مجتمع مؤهل لإيجاد قواعد تملك الصفة القانونية[1].

2- عدم التعاون بين الدول في هذا الشأن، فهي غير مستعدة لترك المنازعات التي يكون مواطنوها طرفاً فيها ليحكمها ذلك القانون، يضاف إلى ذلك أن المصالح الاقتصادية والسياسية المتناقضة للدول ستقف عائقاً أمام كل محاولة لإيجاد أو اكتمال مثل هذا القانون الموضوعي[2].

3- إن الإدعاء بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن كل الدول يبدو أمراً يصعب قبوله، فمستخدمو شبكة الإنترنت ومقدمو الخدمات فيها هم عبارة عن أشخاص حقيقيون لهم جنسيات ومواطن حقيقية، كما أنهم يقومون بدفع التزامات مالية من خلال حسابات حقيقة لدى بنوك لها أماكن معروفة.

إضافة إلى أن الوسائل الفنية للاتصالات تتمركز في إقليم دولة محددة، وبالتالي لا يمكن استبعاد احتمالية خضوع العمليات التي تتم عبر الإنترنت لقوانين تلك الأماكن وفقاً لما تقرره قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص[3].

ويطالعنا تساؤل مهم في هذا المجال، ألا وهو، ما مدى توافر عنصر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي؟

---

[1] إن تعدد المستخدمين لشبكة الإنترنت الذين غالباً ما تكون مصالحهم متناقضة، يؤدي إلى صعوبة التوصل إلى تنظيم حقيقي طالما أن لكل من المعنيين نظرته الخاصة في تنظيم هذه الشبكة. راجع: طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص477.

[2] يقول بعض الفقهاء بهذا الشأن أنه لا يعتقد أن دولة مثل الصين سوف ترتضي وتساهم في وضع قانون موضوعي للإنترنت تسمح قواعده بالانتشار الحر للأفكار والثقافات، كما أنه من المستبعد أن تتوافق الدولة المتقدمة مع الدول الفقيرة والنامية حول تدابير حماية الملكية الفكرية في مجال الإنترنت. راجع: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص63.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص64. وراجع أيضاً: عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص150.

إن المتأمل في بعض مفردات القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي يدرك أن قواعده لا تعدو مجرد قواعد سلوك محدودة في نشأتها ومضمونها، وتفتقر إلى عنصر الاعتقاد بإلزام هذه القواعد، مما يعني أن العرف الذي يعده أنصار القانون الموضوعي من أهم مصادره لا يشكل عرفاً بالمعنى المطلوب، فتتطلب العادة توفر ركن مادي وآخر معنوي لتتحول إلى عرف، وينصرف الأول إلى التواتر على الأخذ بالعادة وتكرار ذلك، بينما ينصرف الأخير إلى وجود الاعتقاد والقناعة لدى المتعاملين بهذه العادة بإلزاميتها وضرورة احترامها، وهو ما لا يتوفر في ما يعده أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي عرفاً.

كما أن قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي لا تتضمن الجزاء الذي يضمن احترامها والالتزام بها، بل وعلى فرض وجود هذه الجزاءات فإنها لا تعد فعالة[1]، حيث إن مقدم الخدمة مثلاً لا يملك استخدام أي وسيلة لمنع السلوك المخالف، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن هذه القواعد هي من صنع المتعاملين مع الشبكة وقد جاءت بإرادتهم، وبالتالي، فإن تطبيقها والالتزام بها سيكون وفق إرادتهم[2]، فليس من المنطق إجبار شخص على الالتزام بما فرضه هو على نفسه وبإرادته المنفردة[3].

ونظراً لغياب وجود هيئة حكومية أو جهة عليا تضطلع بالإشراف على المسائل المتعلقة بتطبيق قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي والالتزام بها، فإن الحاجة ستبقى ماسة إلى تدخل الدولة بغية إقامة التواصل بين المصالح الخاصة لمستخدمي شبكة الإنترنت والمتعاملين معها من جهة، وبين المصلحة العامة التي تتطلب تحقيق العدالة وتطبيق قواعد قانونية تكون ملزمة ولها هيبتها، كما

---

[1] وتزداد المشكلة تأزماً وتعقيداً في ظل وجود المنافسة الشرسة بين الشركات التجارية العملاقة التي تستخدم الإنترنت، والتي لا تأخذ بعين الاعتبار سوى مصالحها الذاتية دون مراعاة المصلحة العامة.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص54.

[3] رد الفقيه الفرنسي Hance على هذه الفكرة بقوله إن مستخدمي شبكة الإنترنت ومقدمي الخدمات فيها هم وحدهم أسياد هذه الشبكة الفعليين ويحتلون المواقع ويفرضون احترام هذه القواعد. راجع: طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص478.

أن وجود الدولة مطلوب أيضاً لتوقيع الجزاءات القانونية على كل من يخالف القواعد السلوكية المرعية، والقواعد القانونية الوطنية ذات الصلة[1].

**الفرع الثاني: نقص وقصور قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي**

تقدم النظم القانونية الوضعية حلولاً لكافة المسائل الأساسية والإشكاليات التي يمكن تصورها في الواقع، ويوصف النظام القانوني بالقصور والضعف في حالة عجزه عن تغطية هذه المسائل، وحتى لا يجعل الفقه من فكرة تطور القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي أمراً مستحيلاً، فقد اعتبره البعض لا يزال جنيناً في طور التكوين[2] مع جزمهم بعدم قدرته حالياً على حسم النزاعات العقدية عبر شبكة الإنترنت.

ويرى هذا الجانب من الفقه أن القواعد الموضوعية في بيئة الإنترنت لم تصل لدرجة تشكيل نظام قانوني خالٍ من الثغرات والفجوات، وما يؤكد ذلك هو أن هناك العديد من المسائل التي تغفل عنها هذه القواعد، من أبرزها، القانون الواجب التطبيق على أهلية الأطراف في المعاملات التي تتم عبر الإنترنت، وعلى التراضي، والتقادم المسقط، ومقدار التعويض المستحق للمضرور، ويقود هذا الوضع إلى استمرار الحاجة في هذه المسائل إلى القانون الداخلي الوضعي لسد تلك الثغرات وتلافي عجز القانون الموضوعي عن تغطيتها[3].

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن من أبرز مخاطر ضعف القانون الموضوعي الإلكتروني وقصوره، أنه سيدع فرصة واسعة لتقدير المحكم أو القاضي الذي ينظر النزاع، ومن المعروف أن هذا التقدير يخضع لانطباعات هذا الأخير وقناعاته الشخصية، وهذا ما لا يتفق مع صحة الحل القانوني.

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص55.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص55.

[3] عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص154. وراجع أيضاً: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص55.

كما أن العدالة التي ينشدها أطراف النزاع العقدي الإلكتروني هي غائبة في معظم الأحيان، حيث إنه لا يمكن تصور وجود هذه العدالة في ظل وجود طرف أكثر قوة من نظيره في النواحي الاقتصادية، فهو الذي يفرض القواعد الموضوعية مما ينفي عنها مراعاتها لمقتضيات العدالة غالباً.

ولا يجب أن ننسى أن الهدف وراء قواعد القانون الدولي الخاص هو تحقيق الأمان وليس العدالة[1]، فهو يقدم التنظيم ليس الأكثر عدالة أو الأحسن توافقاً، فقواعد التنازع في هذا القانون تقودنا إلى تطبيق القانون الأكثر اتفاقاً مع توقعات الأطراف، فهو لم يأت من فراغ بل تم التوصل إليه لتعلقه بإحدى مراحل العقد كإبرامه أو تنفيذه مثلاً، أو جنسية أطرافه، مما يعني أن الحاجة الماسة لقواعد القانون الدولي الخاص ستبقى موجودة، خاصة وأن أي نزاع سيكون حتماً ذا أثر ملموس على أرض الواقع، مما يعني أنه ليس من المنطق هجر قواعد القانون الدولي الخاص[2].

ومن جانبنا، فإننا نجانب الاتجاه الداعي للأخذ بالقانون الموضوعي الإلكتروني الدولي، ونرى أن إخضاع المنازعات التي تنشأ بشأن المعاملات عبر الإنترنت لقانون يتكون من قواعد موضوعية يعد أمراً غير منطقي نظراً لقصور هذه القواعد وعجزها عن حسم هذه المنازعات، وعدم جواز وصف معظمها بالقواعد الموضوعية لافتقادها لأهم عناصر القاعدة القانونية ألا وهو الإلزام الذي يأتي كنتيجة منطقية لتوفر عنصر آخر هو الجزاء القانوني لمخالفة هذه القواعد.

وبعد إطلاعنا على تفاصيل كلا الاتجاهين اللذين يتنازعان مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الإنترنت، فإنه لابد لنا من الوقوف على ما استقرت عليه النظم القانونية بهذا الشأن، وخاصة ما كرسه الإتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية من توجيهات وتوصيات

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص56.

[2] وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على هذه الفكرة عند قوله بأنه يمكن تطبيق التشريعات الموجودة حالياً على الإنترنت ولسنا بحاجة إلى قانون خاص به أو بالشبكات. راجع: عادل أبو هشيمه محمود حوته، مرجع سابق، ص155.

وقواعد قانونية، إضافة إلى توجهات الدول العربية وخاصة ما أخذ به المشرع المصري والأردني ومشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني.

# الفصل الثالث

## تحديد القانون المختص بالعقود الإلكترونية في الأنظمة القانونية المقارنة

إن إمعان النظر في مواقف النظم القانونية الأجنبية والجهود التشريعية للهيئات والمنظمات ذات العلاقة بالتجارة الالكترونية، من شأنه أن يساهم في تحديد المسائل القانونية الواجب التصدي لها ونحن نتعامل مع التجارة الالكترونية، كما أن بحث الحلول المتخذة ومناقشتها يحدد الحلول الأنجع والأكثر ملاءمة لواقعنا وظروفنا في ظل تخطيط المؤسسات التشريعية العربية إلى اتخاذ تدابير تشريعية لتنظيم التجارة الالكترونية.

وعلى الصعيد العالمي، وفي أحدث تطور في حقل تنظيم قواعد القانون الدولي الخاص وتحديداً ما يتصل بالمسائل التجارية والمدنية في ظل بيئة الإنترنت، شكل مؤتمر (Hague)[1] عام 1997 لجنة خاصة وضعت مسودة ميثاق ينظم مسائل الاختصاص والأحكام الأجنبية في ميدان العلاقات المدنية والتجارية[2]. يجدر الذكر أن اللجنة لاحظت لدى إعدادها مسودة الميثاق أن هناك مسائل تختلف ما بين التجارة التقليدية والالكترونية تستوجب إيلاء الأخيرة أهمية خاصة وهو ما أدى إلى إسناد هذه المسائل إلى اجتماع الخبراء الذي استضافته الحكومة الكندية في شباط 2000 لمناقشة مسائل الاختصاص الدولي بنظر منازعات التجارة الالكترونية، إلى جانب إقرار عقد اجتماعات خاصة بمسائل الاختصاص بنظر المنازعات الملكية الفكرية وذلك تمهيداً للتوصل إلى صيغة نهائية للميثاق

---

[1] لمزيد من التفاصيل حول هذا المؤتمر، أنظر صفحة الموقع الإلكتروني:
Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters
www.hcch.net/e/workprog/jdgm.html تاريخ الزيارة: 1-11-2006.

[2] للإطلاع على نصوص مسودة الاتفاقية، أنظر الموقع الإلكتروني: www.droit-technologie.org
تاريخ الزيارة: 2-11-2006.

لتبنيها في المؤتمر الدبلوماسي الذي سيعقد نهاية عام 2000، وبذلك يظهر أن الاتجاه الدولي يقر بخصوصية التجارة الالكترونية من حيث آليات فض تنازع الاختصاص وتنازع القوانين.

وبالرغم من أن موضوع التجارة الالكترونية ما يزال حديثاً وغير واضح المعالم، إلا أن أنشطة واسعة تحققت على المستويات الدولية والإقليمية والوطنية للتعامل مع المسائل التنظيمية والقانونية لهذا الموضوع، فعلى الصعيد الدولي تعد أوسع الجهود تلك التي بذلتها لجنة قانون التجارة الدولية في الأمم المتحدة – يونسترال ( UNCITRAL )[1] اعتباراً من منتصف الثمانينيات في حقل البحث بمسائل التبادل الالكتروني للرسائل ليتوج الجهد عام 1995 بإقرار القانون النموذجي للتجارة الالكترونية والمعروف بقانون اليونسترال 1996 الذي يمثل في وقتنا الراهن الإطار التشريعي الأساسي للتشريعات الوطنية في حقل التجارة الالكترونية وما يتفرع عنها كتشريعات التواقيع الالكترونية، وتشريعات شهادات التوثيق وحجية الإثبات بالبينات ذات الطبيعة الالكترونية وغيرها[2].

وإذا كان العالم قد أنجز الكثير في تحديد التحديات القانونية للتجارة الإلكترونية وخاصة مسائل التعاقد والإثبات والملكية الفكرية وأمن المعلومات، فإنه بالمقابل لم ينجز الكثير في حقل التصدي الجماعي لمشكلات الاختصاص وتنازع القوانين في بيئة التجارة الالكترونية، ويتصل بهذا الموضوع أيضا مسألة مدى فعالية وأهمية الاعتماد على القواعد التقليدية للقانون الدولي الخاص لفض منازعات التجارة الالكترونية.

---

[1] أنشأت الجمعية العامة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) عام 1966 بموجب القرار رقم 2205 (د-21) المؤرخ في 17 ديسمبر 1966، وتضطلع هذه اللجنة بمهمة إزالة العوائق التي تعترض التجارة الدولية من خلال تقليل التفاوت بين القوانين الوطنية والعمل على توحيدها. www.uncitral.org تاريخ الزيارة: 3-11-2006.

[2] للإطلاع على نصوص القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، أنظر الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية:

www.uncitral.org/uncitral/en/index.html تاريخ الزيارة: 3-11-2006.

ولأن النظام القانوني كائن حي يعكس ميول واتجاهات واحتياجات المجتمع ونزعاته للتنظـيم لجهـة حماية الحقوق الفردية والجماعية عبر قواعد التشريع في فروعه المختلفة، فمن الطبيعـي أن تتـأثر علاقاته وقواعد ومرتكزات التشريع فيه بما خلفته تكنولوجيا المعلومات والتقنية العالية وأدوات بيئـة الإنترنت من آثار وما أنتجته من أنماط جديدة للعلاقات القانونية، ومن الطبيعي أيضاً أن تتجه النظم القانونية المختلفة لمعالجة هذه الآثار عبر حركة تشريعية تعكس استجابة التشريع للجديد والمسـتجد في هذا الحقل[1].

وقد كان الإتحاد الأوروبي من أوائل الهيئات التي كرست جهودها في سبيل إيجاد الحلول الناجعة لمسألة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الإنترنت، وذلك من خلال إقراره لمجموعة من التوجيهات الأوروبية التي تم تعميمها ضمن دول الإتحاد.

ولم يغفل النظام القانوني الأمريكي عن ضرورة فض النزاعات المتعلقة بمسـألة القـانون الواجـب التطبيق على هذه العقود من خلال بذله جهوداً تشريعية عديدة أبرزهـا إقـرار القـانون التجـاري الموحد (UCC)، والقانون الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب (UCITA).

كما استجابت الدول العربية بقدر أو بآخر مع متطلبات التواؤم مع بيئة الإنترنت ويمكننا أن نـتلمس الخطوات التي خطتها هذه الدول لتحقيق هذا الهدف من خلال الجهود المبذولة لاستحداث تشـريعات خاصة بالتجارة الإلكترونية على غرار ما قامت به الدول المتقدمة، وقد سارت الدول العربية علـى هدي الأخيرة في طريقة معالجتها لمسألة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الإنترنت.

---

[1] يونس عرب: "التشريعات والقوانين المتعلقة بالإنترنت في الدول العربية"، عمان: ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر ومعرض التكنولوجيات المصرفية العربية والدولية –اتحاد المصارف العربية– 28–29 تشرين أول 2002.

ولا بد لنا في الفصل الأخير من هذه الرسالة من إلقاء الضوء على الأنظمة القانونية المقارنة بغيـــة التعرف على كيفية تناولها للمسألة محل البحث، فهل استندت هذه الأنظمة إلى قواعد قانونية مكرسة في قوانين وضعت خصيصاً لهذه الغاية أم أنها استندت إلى قواعد اتفاقية مكرسة في اتفاقيات دوليـــة أو إقليمية جاءت لتعالج هذه المسألة؟

وحتى نتوصل إلى إجابة هذا التساؤل، نرى ضرورة بحث هذه الفكرة في مبحثين، بحيث نخصـــص الأول للنظر في الأنظمة القانونية للإتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية، بينمـــا نخصـــص الثاني لإلقاء الضوء على توجهات القوانين العربية في هذا الشأن.

## المبحث الأول

## تحديد القانون المختص بالعقود الإلكترونية في الأنظمة القانونية الأوروبية والأمريكية

إن فضاء الانترنت الذي يضم أفراداً ودولاً ومؤسسات تتبادل علاقات يومية ينشأ من خلالها حقوق والتزامات يتصور أن يكون ميداناً رحباً للعديد من التحديات التنظيمية والقانونية مصدرها عدم وجود جهة تحكم الانترنت، وظهرت بتزايد الاعتماد على الإنترنت ظاهرة التنازع التشريعي وضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر هذه البيئة، ذلك أنها مملوكة لكل الأفراد والمؤسسات وفي الوقت ذاته ليست مملوكة لأحد.

ولا بد من الإشارة إلى أن تحديد الموقف من مسائل القانون المتصلة بالانترنت يجب أن ينطلق ابتداء من النظم القانونية الداخلية، وإذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص في العالم الحقيقي تثير تعقيدات كثيرة بعضها ما يزال غير متفق عليه، فإنها في حقل التجارة الالكترونية تغدو أكثر تعقيداً منها في عالم التجارة التقليدية.

وتحدد كل دولة القواعد الخاصة في ميدان القانون الدولي الخاص وتطبق المحكمة قواعدها الوطنية بهذا الخصوص إلى جانب القواعد التي يمكن أن تتضمنها المعاهدات والاتفاقيات الدولية المنظمة لمسائل التنازع التشريعي.

ويعد كل من الإتحاد الأوروبي والولايات المتحدة من أبرز النماذج التي تعاملت مع الإشكاليات القانونية التي تطرحها بيئة الإنترنت بشكل عام ومسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بوجه خاص، وذلك من خلال الجهود التي بذلتها الهيئات ذات العلاقة في كلا النظامين القانونيين في سبيل تكريس حزمة من القواعد التي تنظم هذه البيئة.

لذلك، فقد ارتأينا ضرورة إلقاء الضوء على ما كرسه الإتحاد الأوروبي من توجيهات وهـــو بصـــدد التصدي لمسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية (المطلب الأول)، إضافة إلى ما أقره النظام القانوني الأمريكي من قواعد وأحكام بهذا الشأن (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية في النظام القانوني للإتحاد الأوروبي

تسود في دول الإتحاد الأوروبي النظم اللاتينية والجرمانية وكذلك الإنجلوسكسونية، وبالرغم من هذا الاختلاف في الأنظمة القانونية فقد أمكن لأوروبا أن تحقق التكامل في أوجه عدة. ويقوم هذا التكامل من الوجهة الاقتصادية على أربعة مبادئ هي، حرية انتقال البضائع، وحرية انتقال الخدمات، وحرية انتقال الأفراد وحرية انتقال رؤوس الأموال، وما كان يمكن أن تكون هذه المبادئ فاعلة وحقيقية دون تحقيق تعاون واسع في حقلي الأحكام القانونية والتعاون القضائي. ففي المجال القضائي حققت اتفاقية بروكسل لعام 1968[1] حرية تبادل وانتقال القرارات القضائية، وقد أصبحت هذه الاتفاقية نافذة منذ عام 1973 بموجب اتفاقية لوجانو[2]. وقد مثلت هذه الاتفاقية إضافة إلى اتفاقية روما لعام 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي أصبحت نافذة عام 1990، أحد ركائز تكامل الاتحاد الأوروبي من جهة، وأهم وسائل حل التنازع القضائي والتشريعي من جهة أخرى.

إن القانون الأوروبي يجري تطويره عبر اتفاقيات conventions بين الدول الأعضاء، ومن خلال أنظمة ولوائح regulations ، إضافة إلى أدلة توجيهية وأوامر تشريعية أو تعليمات directives أيضاً، وتمثل المحكمة الأوروبية إطاراً هاماً لضمان التكامل والانسجام القانوني في الإتحاد الأوروبي[3]. ومؤخراً، ضمن مسعى أوروبا لوضع حلول متكاملة لعصر الإنترنت، جرى تطوير القانون الأوروبي ليتلاءم مع الآثار الجديدة لهذا العصر، وضمن هذا السياق، جرى وضع العديد من الأدلة التوجيهية والتعليمات التي استندت إلى دراسات شاملة ومتخصصة لكافة المسائل القانونية

---

[1] راجع النص الكامل لاتفاقية بروكسل الصادرة في العام 1968 باللغة الفرنسية على الموقع التالي:
www.droit_technologie.org

[2] راجع النص الكامل لاتفاقية لوجانو على الموقع السابق:
www.droit_technologie.org

[3] للإطلاع على معلومات مفصلة حول الإتحاد الأوروبي، أنظر الموقع الإلكتروني للإتحاد:
www.europa.eu.int

المتصلة بالتكنولوجيا والمعلومات، من ضمنها مسائل الاختصاص والقانون الواجب التطبيق في بيئة الإنترنت، ولهذا خضعت اتفاقية بروكسل ولوجانو إلى مراجعة شاملة، وجرى تقديم مقترح وزاري للبرلمان الأوروبي لإجراء تعديلات على الاتفاقيات القائمة ومقترح التعديلات لاتفاقية بروكسل المقدم من مجموعة العمل الوزارية، جرى إقراره في عام 2000[1] لا يمس القواعد والمبادئ الرئيسة لاتفاقية بروكسل، لكن التعديل يتصل بالمادتين 13 و14 من الاتفاقية، اللتين تنظمان الاختصاص المتعلق بعقود المستهلك، ووفق التعديل فإن محاكم الدول الأعضاء التي يقيم ضمنها المستهلك تكون مختصة إذا وجه مورد البضاعة أو الخدمة (البائع) أنشطته إلى المنطقة التي يقيم فيها المستهلك، وتكون أنشطة البائع موجهة لدولة المستهلك إذا تحقق التبادل المعلوماتي عبر الإنترنت مع منطقة المستهلك.

وقد أولى الإتحاد الأوروبي اهتماما خاصاً لمسألة حماية المستهلكين في العقود الدولية[2]، وتمثل ذلك الاهتمام في مجموعة من التعليمات التي تنظم هذه المسألة، ومن أبرزها، تعليمات الأوامر القضائية المتعلقة بحماية مصالح المستهلكين الصادرة في 1998 وتركز هذه التعليمات على الاختصاص

---

[1] تم استبدال اتفاقية بروكسل بالنظام رقم 2001/44 الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 2000.

راجع مقال بعنوان: A Review of the New Jurisdiction Rules for Electronic Consumer Contracts Within the European Union. The Journal of Information, Law and Technology. May 2002. www.elj.warwick.ac.uk/jilt/01-1/gillies.html

[2] كما صدر عن البرلمان الأوروبي وعن مجلس أوروبا في حزيران 1998 تعليمات الأوامر القضائية المتعلقة بحماية مصالح المستهلكين، وحيث أن الأحكام القضائية والأوامر القضائية المتعلقة بالإعلان والتسويق تتعلق بالنظام العام، وفقاً للقانون الدولي فإن هذه الأحكام والأوامر لن تكون قابلة للتنفيذ من قبل المحاكم الأجنبية، عوضاً عن عدم قدرة جمعيات ومنظمات حماية المستهلك التدخل فيما يتصل بالمستهلكين في دول أخرى غير الدول الموجودة فيها هذه المنظمات، وهذا سيؤدي إلى الإخلال بقواعد حماية المستهلك وإدخال المستهلكين في دائرة قانونية مفرغة، من هنا تبنى البرلمان والمجلس هذه التعليمات أو الأمر التشريعي الذي تضمن أن محاكم الدولة العضو عليها أن تطبق الأحكام والأوامر القضائية الصادرة في دولة عضو أخرى، وهذا الحكم سيؤثر إيجاباً على أنشطة الاستثمار في بيئة الإنترنت، باعتبار أن هيئات ومنظمات حماية المستهلك ستكون قادرة على التعامل مع الأنشطة الإعلامية والتسويقية وشروط البيع غير العادلة التي تتم من خارج الحدود

القضائي ولا تتضمن حلولاً بشأن القانون الواجب التطبيق، وقد أصبحت نافذة اعتباراً من 31 كانون الأول 2000.

وأما بالنسبة لتعليمات التجارة الالكترونية، ففي أواخر عام 1998 تقدمت اللجنة الأوروبية بمشروع تعليمات أو أمر تشريعي خاص بالمسائل القانونية المتعلقة بالتجارة الالكترونية (تعليمات التجارة الالكترونية)، وقد أقرها البرلمان الأوروبي ومجلس أوروبا في 1998/11/18، وتطبق على مزودي الخدمات المعلوماتية وتشمل كافة أنشطة التبادل والتحويل على الخط، كبيع البضائع على الخط، وتقديم الخدمات على الخط بأنواعها كالنشر الالكتروني والخدمات المهنية والتسلية وغيرها، والتعريف غير مقتصر على التسليم الذي يتم على الخط وإنما يشمل التسليم المادي للمنتجات المباعة على الخط[1].

وفي حقل منازعات التجارة الالكترونية، اعتمدت المادة (1/3) من هذه التعليمات معيار أن الدولة المختصة بالنظر في النزاع هي دولة المنشأ الأصلي للخدمة، وهو معيار مختلف فيه بل إنه منتقد من منظمات حماية المستهلك، وقد كان محل جدل لدى برلمانات الدول الأعضاء، وقد بررت اللجنة الأوروبية اختيار هذا المعيار بأنه يتيح ويشجع حرية انتقال وإقامة مشاريع الاستثمار المعلوماتي في أية دولة من دول الاتحاد وفيما بينها. وإن هذا المعيار يتعلق بالسلطات فقط كجمعيات حماية المستهلك ونحوها، وفيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق، فإنه وفقاً لتعليمات البيع عن بعد (Distance-selling Directive) ، فإن المادة (2/12) منها، وكذلك المادة (3/11) من مشروع (تعليمات الخدمات المالية المعدل)، تقرر أن للدولة العضو أن تتخذ التدابير لتضمن أن المستهلك لن

[1] يونس عرب: "التقاضي في بيئة الإنترنت"، عمان: ندوة في المركز العربي للقانون والتقنية العالية، المركز العربي للملكية الفكرية وتسوية المنازعات، 2002. أنظر الموقع الإلكتروني: www.arablaw.org

يفقد الحماية المقررة عند الاتفاق على القانون الواجب التطبيق عبر الاتفاقيات التعاقدية عندما تعين الاتفاقية قانون دولة غير الدول الأعضاء ليطبق على العقد. وأن المستهلك لا يجوز حرمانه من حقوق مقررة له بموجب التعليمات، وبذلك قدمت هذه التعليمات ومشروع تعليمات الخدمات المالية حماية أكثر من تلك المقررة في المادة (5) من اتفاقية روما التي أقرت قانون إقامة المستهلك ليكون القانون الواجب التطبيق على العقد[1].

وبالنسبة لمكان مواقع الإنترنت، فقد اقترح اعتبار موقع الإنترنت أو "سيرفر الإنترنت" بمثابة تأسيس (شركة) أو مؤسسة قائمة بالمفهوم المقرر في المادة (5/5) من اتفاقية بروكسل وصيغة لوجانو بشأن الاختصاص القضائي، والمادة (2/4) من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق، وقد أوضحت تعليمات التجارة الالكترونية الأوروبية المشار إليها أن موقع الإنترنت لا يمكن اعتباره كتأسيس شركة (establishment of a company)، بمعنى أن الشركة لا يمكنها أن تتصرف على أنه يمكن اختيار موقعها ليكون مختصا بنظر النزاع (Forum-shopping) في نطاق دول الاتحاد الأوروبي إذا هي أنشأت سيرفر في إحدى دول الاتحاد الأوروبي، فالتأسيس القانوني والوجود القانوني يرتكز على مكان تنفيذ الأنشطة الاقتصادية الفعلية للموقع[2].

أما بالنسبة لاتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1980[3] فإنها تكرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق دون قيود، وفي غير هذه الحالة، فإن المادة الخامسة منها تقرر خضوع العقود المبرمة إلى قانون الدولة التي يرتبط بها العقد ارتباطاً وثيقاً، كقانون الدولة التي يوجد فيها المركز الرئيسي للمورد أو قانون محل إقامة المستهلك في حالة

---

[1] أكدت اتفاقية روما في المادة(2/5) على أن اختيار المتعاقدين للقانون المطبق لا يمكن أن يكون نتيجة حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها لمصلحته الأحكام الإلزامية في قوانين الدولة التي يقيم اعتيادياً فيها. راجع: طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص455.

[2] يونس عرب، الندوة المشار إليها سابقاً.

[3] توفيق شمبور: "مسائل قانونية خاصة بالتجارة الالكترونية"، مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد 2024 ، المجلد ، 19 آب 1999، ص 46.

قيام المورد بتوجيه الإعلان خصيصاً للمشتري وقيام المشتري بالأعمال الضرورية لإتمام العقد أو استلام المورد طلبية المشتري في هذا البلد.

ويستفاد من هذه الأحكام فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية أن المورد أو عارض الخدمة على الإنترنت يمكنه إدراج شرط يتعلق بتطبيق قانون بلده ضمن الشروط العقدية المقررة في العقد الإلكتروني الظاهر على الشاشة لمنع تطبيق القانون الأجنبي، لكن هذا مقيد بقدرة المستهلك على الوقوف على هذه الشروط بسهولة، كما أن البعض يرى أن مجرد الوجود في موقع على الإنترنت يشكل اتصالاً كافياً مع الجمهور يحقق مبدأ الارتباط المشار إليه في المادة الخامسة من اتفاقية روما.

والخلاصة التي يمكننا أن نتوصل إليها بشأن الإتحاد الأوروبي أن المحرك الرئيس لحل مشاكل الاختصاص والقانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية هي مسألة حماية المستهلك ( consumer protection)، وهي الأساس في تحديد الحلول والقواعد في هذا الحقل. ويظهر أيضاً أن التوجه الأوروبي فيه نوع من التناقض، إذ يختلف حل تعليمات التجارة الالكترونية التي اعتمدت البلد الأصلي لمنشأ الخدمة، عن حلول التعليمات والأدلة التشريعية الأخرى ومقترحات تعديل اتفاقية بروكسل وصيغة لوجانو، التي تقوم على أساس النشاط المؤثر الموجه لمنطقة وجود المستهلك كمعيار عريض وأساسي.

ومن جانبنا، نرى انه لا مانع من تطبيق أحكام الاتفاقيات المذكورة أعلاه في شأن خدمات شبكة الإنترنت المحتوية غالباً على عروض ودعايات تتعلق ببيع السلع أو بتوريد الخدمات، ويمكن تصفحها ومعاينتها من قبل مختلف مستخدمي الشبكة، بمن فيهم بالتأكيد فئات المستهلكين. ولا بد للمستهلك أن يقوم بالأعمال الضرورية لإنشاء العقد انطلاقاً من دولته، مما يترتب عليه استفادة المستهلكين من القدرة على التمسك بالقوانين الداخلية التي تحميهم[1]، كل في دولته، وبالمقابل، فإن

[1] راجع: طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص457.

البائعين ومقدمي الخدمات عبر الإنترنت ملزمون بالضرورة بهذه القوانين لأنها غالباً إلزامية[1]. لقد أثار هذا الموقف حملة انتقادات قانونية وفقهية واسعة، حيث اعتبر البروفيسور الفرنسي (Vivant) أن التمسك بمبدأ تطبيق القوانين الاستهلاكية الداخلية قد يفضي إلى حرمان الضحية من الحظوظ المعقولة في التعويض عن الضرر اللاحق بها، إذا أصرت على تطبيق قانون الاستهلاك المعمول به في دولتها مستغنية عن تطبيق قوانين الدولة الأجنبية المعنية. لكن الفقيه الفرنسي (Bensoussan) اقترح حلاً للتنازع بين القوانين الداخلة في مجال حماية المستهلكين، وبين الطابع الدولي للشبكة، فهو يقترح تطبيق معيار التخصيص "الغرض أو الغاية"[2]. وقد أكدت مقدمة التوجيه الأوروبي الصادر عام 1997 والذي يحمي المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد على هذا التوجه.

ومهما يكن من أمر، فإن موردي الخدمات على الإنترنت وأصحاب مشروعات الاستثمار المعلوماتي عليهم أن يدركوا جيداً أن توجيه النشاط للمستهلكين الأوروبيين، يمكن أن يؤدي وفي الغالب إلى خضوعهم لاختصاص المحاكم الأوروبية وأن تطبق عليهم القوانين الأوروبية المتشددة في نطاق حماية مستهلكيها، وإن الاعتراف بالقرارات الأجنبية وتطبيقها قد لا يكون متيسراً في نطاق الإتحاد الأوروبي إذا ما تعارض مع القواعد المشار إليها.

وبالرغم من وجود هذه الأدلة والاتفاقيات وتعديلاتها المقترحة، فإن نقصاً لا يزال قائماً في حقل منازعات التجارة الإلكترونية، لهذا مثلت الاتفاقية الصادرة عن مؤتمر هيوجو أواخر عام 2000 وسيلة هامة لسد النقص خاصة في حقل الاعتراف بالأحكام الأجنبية وإنفاذها في المسائل المدنية والتجارية.

---

[1] على سبيل المثال: المادتين ل135-1 ول132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي. راجع: طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص457.

[2] يقول (Bensoussan) في معرض شرحه لهذا الحل:

"... حين يكون فرنسي مسافراً في الخارج، لا تطبق عليه بالتأكيد القوانين الفرنسية، والأمر ذاته يجب أن يعمل به بالنسبة إلى شبكة الإنترنت ، أي إذا كان العرض ذا طابع دولي، فإن مجرد أن يكون النفاذ إليه ممكناً من قبل مستهلكين فرنسيين لا ينبغي أن يقود إلى وجوب تطبيق قوانين الحماية الفرنسية. ويحدث عكس ذلك إذا كان العرض قد حصل بالفرنسية ولو كان منشأه دولي ووجه إلى مستهلك فرنسي بشكل خاص، عندها يمكن القول بأن قانون محكمة المحل، أي القوانين الفرنسية واجبة التطبيق". راجع: طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص457-458.

**المطلب الثاني: تحديد القانون المختص بالعقود الإلكترونية في النظام القانوني الأمريكي**

لا عجب أن تكون التجربة الأمريكية من أهم التجارب فيما يخص التجارة الإلكترونية والتصدي لتحدياتها القانونية، وذلك نظراً لأن الإنترنت قد أبصرت النور في الولايات المتحدة الأمريكية.

وبالنسبة لهذه الدولة، وبوصفها تواجه مشكلة فض تعارض الاختصاص القضائي وتنازع القوانين بين الولايات، فقد وجدت مؤسساتها التشريعية أن الاقتصاد الرقمي الجديد استلزم تدخلاً تشريعياً يتيح وضع قواعد موحدة تمنع ما أمكن مشكلات التنازع، فكان المدخل في ذلك إقرار القانون التجاري الموحد (UCC)، إلى جانب السوابق القضائية التي قررها النظام الإنجلوسكسوني في العقود العادية[1].

وفي إطار معالجته لمسألة القانون الواجب التطبيق، فقد نص القانون التجاري الموحد على أنه "عندما تكون للصفقة علاقة معقولة بهذه الولاية أو ولاية أخرى، فيمكن للأطراف الاتفاق على أن القانون المطبق على الحقوق والواجبات إما قانون هذه الولاية أو تلك"[2]، وبالتالي اعتبر هذا القانون معيار (العلاقة المعقولة) أساساً لحرية الأطراف في اختيار القانون، والعلاقة المعقولة تقوم مثلاً في مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو جزء منه، ومع ذلك فإن الصفقات التي تبرم عبر الإنترنت تبقي المشكلة قائمة لصعوبة تحديد مكان الانعقاد أو التنفيذ.

ولمواجهة مثل هذه المشكلات، فقد بذلت جهود تشريعية عديدة أبرزها إقرار القانون الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب (UCITA)[3] الذي جرى اعتماده من قبل المؤتمر الوطني

---

[1] للإطلاع على نصوص القانون التجاري الموحد، أنظر الموقع الإلكتروني:
http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.htm تاريخ الزيارة: 7-11-2006.

[2] راجع المادة 130 من القانون التجاري الموحد (UCC)، ويذكر أن هذا النص يعالج تنازع القوانين الداخلي بين الولايات الأمريكية وقد ارتأينا ضرورة الإشارة إليه لأهميته.

[3] للإطلاع على نصوص القانون الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب، أنظر الموقع الإلكتروني التالي:
http://www.badsoftware.com/uccindex.htm تاريخ الزيارة: 7-11-2006.

لمندوبي الولايات الموحدة في تموز 1999، وقد استبعد هذا القانون معيار (العلاقة المعقولة)، وأقر مبدأ أساسياً وهو أنه في غير عقود المستهلكين فإن الأطراف يحق لهم اختيار القانون الواجب التطبيق، واختيار هذا القانون يعد أحد أهم وسائل حل منازعات التجارة الإلكترونية بيسر وسهولة؛ فهو يساهم في تسهيل التجارة الالكترونية ويمكن من تجاوز أحد أهم معيقاتها، ألا وهو تحديد النظام القانوني الذي يدخل العقد ضمن إطاره وفقاً لإعمال قواعد إسناد معينة وصولاً إليه.

ولم يختلف المشرع الأمريكي عن غيره من الأنظمة القانونية في معالجته لمسألة القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، فقد أكد القانون الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب على دور الإرادة بهذا الشأن، حيث يتم الاعتداد بالاتفاق الصريح أو الضمني لطرفي العقد كأصل عام، أما في حالة غياب مثل هذا الاتفاق، فإن القاعدة التي يقرها القانون المذكور تميز بين حالات ثلاث[1]:

1- تخضع العقود المتضمنة التسليم الإلكتروني لقانون المكان الذي يقع فيه موطن المورد (المزود) عند إبرام العقد، فهي بالتالي تخضع لقانون مكان المرخِّص وهو المكان الذي حصل فيه المزود على تصريح مباشرة أعماله من خلال شبكة الإنترنت، وخضوعه على أساس هذا التصريح لجميع القوانين التجارية ولمتطلبات الترخيص، وقد جاء في الدليل الإرشادي للقانون المذكور أن اختيار القانون على أساس موقع المرخص يعزز مكان البائعين على الخط كباراً كانوا أم صغاراً في سياق الشبكات الرقمية المنتشرة في العالم بأكمله عبر الانترنت[2].

2- تخضع عقود الاستهلاك التي تتطلب تسليم المبيع مادياً لقانون المكان الذي تم فيه التنفيذ (التسليم للمستهلك)، ففي حالة العقود التي تتطلب تسليماً للنسخ أو المواد الرقمية في بيئة رقمية فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون مكان التسليم أو الذي يتعين أن يتسلم المستهلك فيه النسخة، وما ينطوي

[1] راجع المادة (109/ب) من القانون الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب.

[2] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص121.

عليه هذا القانون من نصوص حماية المستهلك، مما يتطلب من طرفي العقد لإطلاع على هذا القانون قبل إبرام العقد[1].

ولا شك في سلامة هذا التوجه لما يحمله من مراعاة لقوانين الدول الأخرى، وخصوصاً دولة التنفيذ، إلى جانب علم المتعاقدين المسبق لهذا القانون ومعرفتهما بما يرتبه من حقوق والتزامات، وقد جاء في دليل ذلك التشريع أن مبرر هذا التوجه يكمن في الرغبة في عدم مخالفة توقعات المستهلك بغرض توفير الحماية المطلوبة لهذا الأخير.

3- يخضع العقد في الحالات الأخرى للقانون الذي تتوفر له علاقة أقوى بالصفقة، ويمثل هذا التوجه رجوعاً إلى القواعد التقليدية التي تتيح للمحاكم مرونة أكثر في وزن عناصر الارتباط بين التصرف والمحكمة التي تنظر النزاع أو القانون الواجب التطبيق تبعا لظروف كل حالة على حدة.

يلاحظ من هذا التقسيم أن البند الثالث يورد قاعدة عامة، حيث يكرس فكرة خضوع العقد لقانون الدولة الأكثر ارتباطاً به كأصل عام، لكن القانون الأوثق صلة بالعقد قد يكون قانون بلد الإبرام أو بلد التنفيذ أو قانون موطن المورد أو المستهلك على حد سواء، مما يعني أن العقود الواردة في البند الأول تعد تخصيصاً لهذه القاعدة، بحيث تخضع العقود المتضمنة تسليم السلعة المبيعة الكترونياً لقانون دولة المورد انطلاقا من خصوصية هذا النوع من العقود وانتشارها مما استدعى خضوعها لقانون بلد المورد الذي يتعاقد مع عدد كبير من مستخدمي الشبكة، ويصعب عليه الإلمام بقوانين هذا العدد من المستخدمين.

ونشير أخيراً إلى أنه بالرغم من المحاولة الفريدة التي قام بها المشرع الأمريكي لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية في حال غياب إرادة طرفي العقد الصريحة أو

---

[1] أنظر التقرير الصادر في كانون ثاني 1999 عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)، بند 73، هذا التقرير منشور على صفحة الموقع الإلكتروني:
http://ecommerce.wipo.int/primer/section1.html تاريخ الزيارة: 8-11-2006.

الضمنية عن اختيار قانون العقد، فإن هذه القواعد لن تطبق إلا ضـــمن الإقلـــيم الأمريكـــي، فمـــن المعروف أن قوانين الدول الأخرى لن تذعن لهذا القانون[1].

وبذلك يبقى دور الإرادة هو الوسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيـــة، وهذا ما أكده مؤتمر سان فرانسيسكو المنعقد في الفترة من 10-11 سبتمبر 2000، وقد دعـــا هـــذا المؤتمر كافة الدول لمنح المتعاقدين على الشبكة كامل الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقد[2].

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص122.

[2] أكد المؤتمر أيضا أن أفضل طريقة لفض منازعات التجارة الإلكترونية هي اللجوء إلى الوسائل البديلـــة كالوســـاطة والتوفيق:
http://www.ipf.og/groups/hague-stmt2.htm

## المبحث الثاني

## تحديد القانون المختص بالعقود الإلكترونية في القوانين العربية

انطلاقاً من ضرورة استحداث تشريعات خاصة لمعالجة المسائل القانونية للتجارة الإلكترونية، فقد خطت معظم الدول العربية خطوات حثيثة في هذا الشأن مستجيبة بذلك للدعوات الدولية التي تزايدت بشكل ملحوظ في الآونة الأخيرة.

وقد جاءت استجابة الغالبية من الدول العربية متصلة بجهودها في الانضمام أو استكمال متطلبات الانضمام إلى منظمة التجارة الدولية، أو للتواؤم مع استحقاقات برامج البنك الدولي وصندوق النقد الدولي، أو ما تواضع على تسميته ببرامج الإصلاح الاقتصادي، إلى جانب إنفاذ متطلبات عدد من برامج الأمم المتحدة المتصلة بالتنمية أو البيئة أو مكافحة الإرهاب أو غيرها[1]. وبحق كانت الدول العربية في الأكثر من استجاباتها مضطرة لا مختارة، وكانت الاستجابات ترديداً لثقافة الآخرين القانونية ونماذجهم التشريعية في إطار اتجاه خطر لاستهلاك المعرفة كما هو شان استهلاك المنتجات، وهذا بحد ذاته أخطر منزلق تقع فيه الأمة والدولة، فإذا كان استهلاك الماديات والمنتجات أمراً أوجبه انتفاء القدرة على التصنيع والإنتاج أو الهيمنة الكلية لاقتصاديات الدول المتقدمة وهو بذاته خطر على مستقبل الأمة، فإن العجز عن إنتاج المعرفة – التي تشمل في نطاقها الأدوات التشريعية – أخطر بكثير إلى مدى يهدد وجود الأمة ويؤدي إلى تقويض فرص تطورها.

---

[1] يونس عرب: "التشريعات والقوانين المتعلقة بالإنترنت في الدول العربية"، عمان: ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر ومعرض التكنولوجيات المصرفية العربية والدولية – اتحاد المصارف العربية – 28–29 تشرين أول 2002. http://www.arablaw.org/Download/Internet_Legislation_Article.doc تاريخ الزيارة: 16–6–2006.

ويمكن للمتأمل أن يلحظ توجهاً عربياً شبه متفق عليه في السير على هدي قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996 في معالجته لقضايا التجارة الإلكترونية، ويؤخذ على القوانين العربية الخاصة بالتجارة الإلكترونية عدم إلحاقها بلوائح وتعليمات تضمن وضعها موضع التطبيق من ناحية وتقدم تفصيلاً لأحكامها وبنودها[1] من ناحية أخرى، مما استدعى منا الدخول إلى مجموعة من النظم القانونية العربية في محاولة منا للحكم على نجاعة الحلول التي أوردتها بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية.

وسيكون قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 ومشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري (المطلب الأول)، ومشروع قانون المبادلات الإلكترونية الفلسطيني (المطلب الثاني) عينة منتقاة لإلقاء الضوء على ما أوردته من أحكام بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية.

[1] يونس عرب: "التشريعات والقوانين المتعلقة بالإنترنت في الدول العربية"، مرجع سابق.
http://www.arablaw.org/Download/Internet_Legislation_Article.doc
تاريخ الزيارة: 27-10-2006.

**المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 ومشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري**

إذا كان منطقياً أن كل مستجد يتعين أن يدرس في ضوء احتياجات تنظميه قانونياً، وإذا كان منطقياً أيضاً أن القواعد القانونية لا تقرر إلا بصدد احتياجات يقدرها المشرع في مجتمع معين وليس لأمور افتراضية لم تحدث أثرها بعد على الإنسان وعلاقاته وعلى المجتمع وقطاعاته وعلى الدولة وبنائها، فإن هاتين الحقيقتين تتطلبان استنتاجاً فيما يتعين علينا أن نقرره بشأن النظام القانوني للإنترنت، ومن هذا المنطلق، فقد كان لزاماً على المشرع الأردني أن يدخل مضمار التشريعات المنظمة لهذه البيئة، خاصة وأن الأردن غدت تشهد تزايداً ملحوظاً في العقود المبرمة عبر الإنترنت.

وبتاريخ 2001/12/11 سن الأردن قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم 85 لسنة 2001 ليمثل أول قانون أردني ضمن حزمة تشريعات تكنولوجيا المعلومات من جهة، وثاني قانون عربي في حقل التجارة الإلكترونية بعد القانون التونسي[1]، ولينضم إليهما في البيئة العربية بعد ذلك قانون المبادلات الالكترونية لإمارة دبي[2]، وقانون التجارة الالكترونية البحريني[3].

استند قانون المعاملات الأردني المؤقت رقم 85 لعام 2001[4] إلى الأحكام التي تضمنها القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال)، مضيفاً عليه بعض الأحكام فيما يمكن تسميته (الأتمتة المصرفية أو التحويلات الإلكترونية للأموال)[5].

---

[1] قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2001، المنشور في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 11 آب/2001، عدد 64، ص2085.

[2] قانون رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية الصادر في دبي بتاريخ 12 فبراير 2002م

[3] صدر بتاريخ 14 سبتمبر 2002.

[4] قانون المعاملات الأردني المؤقت رقم 85 لعام 2001المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ 2001/12/31 . عدد 4524، ص 6010.

[5] يونس عرب: " قانون تقنية المعلومات والتجارة الالكترونية"، عمان: نقابة المحامين الأردنيين، برنامج التدريب، 2004/2003، أنظر الرابط التالي: http://www.arablaw.org/Download/IT-Law_Lecture.doc تاريخ الزيارة: 1-11-2006.

ويتكون القانون من (41) مادة موزعة على سبعة فصول، ويبدأ القانون في المادة الثانية بتثبيت تعريفات تشريعية لعدد من المفاهيم التقنية والقانونية الواردة في القانون، أما الفصل الأول منه فقد جاء تحت عنوان (أحكام عامة) ويضم المواد (3-6)، وأما الفصل الثاني فجاء تحت عنوان (السجل والعقد والرسالة والتوقيع الالكتروني) ويضم المواد (7- 18)، وأما الفصل الثالث فقد جاء تحت عنوان (السند الإلكتروني القابل للتحويل) ويضم المواد من (19-24)، وأما الفصل الرابع تحت عنوان (التحويل الإلكتروني للأموال) فيضم المواد (25-29)، والفصل الخامس جاء تحت عنوان (توثيق السجل والتوقيع الإلكتروني) ويضم المواد (30-34)، والفصل السادس تحت عنوان (العقوبات) فيضم المواد (35- 38)، والفصل السابع تحت عنوان (أحكام ختامية) ويضم المواد (39-41)[1].

وبعيداً عن تفصيلات ما تضمنه هذا القانون من أحكام، يمكننا القول أنه لم يأت بشيء جديد مختلف عن غيره من القوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية، فقد جاء هذا القانون ترديداً لقانون الأونسترال النموذجي عموماً، وقد جاء خالياً من بعض الأحكام الهامة ومن أبرزها تلك المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق بشأن العقود الإلكترونية، وبذلك فإن تحديد المنحى الذي اتخذه المشرع الأردني بهذا الخصوص يتطلب منا الرجوع للقانون المدني الأردني للإطلاع على ما أورده هذا الأخير من أحكام بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود.

وهنا، يطالعنا التساؤل التالي: ما هو المعيار الذي أخذ به المشرع الأردني لدى تحديده للقانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية؟

لقد أخذ القانون المدني الأردني بالإسناد الجامد للرابطة العقدية، حيث أقر قواعد ثابتة وواضحة بهذا الشأن بحيث لم يترك الباب مفتوحاً للتأويلات، وبهذا الصدد، فقد قرر أن القانون الواجب التطبيق

[1] يونس عرب: " قانون تقنية المعلومات والتجارة الالكترونية"، ندوة مشار إليها سابقاً.

على العقد هو قانون الإرادة، و في حال غياب الاتفاق الصريح أو الضمني بين الإطراف على تحديده، فيتم إعمال نص المادة (20) من القانون المدني الأردني[1] التي تخضع العقد لقانون الإرادة بداية ثم لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، فإذا لم يتحدا بالموطن فقانون مكان إبرام العقد.

أما بالنسبة لتجربة النظام القانوني المصري، فتأتي المبادرة المصرية في ظل النمو المتزايد في حجم التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت التي شكلت تحدياً هاماً استدعى سعياً جدياً لإيجاد البنية الأساسية الملائمة لنمو تكنولوجيا الاتصال والمعلومات ثم البيئة التشريعية والقانونية التي تتيح درجة أكبر من الأمان والخصوصية مما قد يساهم في جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية، وقد كرست هذه الجهود من خلال صياغة مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري الذي من شأنه أن يضع الضوابط اللازمة للعمليات التجارية التي تتم إلكترونياً وكذلك العقود والالتزامات المتبادلة الأمر الذي يضع في نهاية الأمر سياجا من الحماية لجميع الأطراف، ولكن هذا المشروع لم تتم الموافقة عليه بعد.

ويعالج مشروع القانون معظم الإشكاليات القانونية التي يثيرها التعاقد عبر الإنترنت، وذلك في أربعة أقسام[2]:

القسم الأول، يتعلق بالتعاقد الالكتروني وما يستلزمه من أحكام تختلف عن أحكام التعاقد بين الغائبين الموجودة في القانون المدني لما يستلزمه الأمر من ضمان جدية الإيجاب والقبول المطلوبين لإبرام العقد عن طريق شبكة المعلومات ويتضمن أيضاً هذا القسم أحكاماً لمشكلتي القانون الواجب التطبيق

---

[1] تنص المادة (20) من القانون المدني الأردني على: "1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك. 2- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

[2] للمزيد حول مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، راجع الرابط التالي:
http://www.smsma4law.com/vb/showthread.php?p=2411#post2411 تاريخ الزيارة: 3-11-2006.

على النزاع المتوقع حدوثه بين طرفي التعاقد الإلكتروني ومشكلة المحكمة المختصة للنظر في هـذا النزاع.

أما القسم الثاني، فيتعلق بالرسوم والضرائب التي تحصلها الدولة على كافة المعاملات الإلكترونية.

ويعالج القسم الثالث أحكام البطاقات الممغنطة بما فيها بطاقات الدفع الإلكتروني وبطاقـات الفيـزا والبطاقات الذكية، وقد اتجهت اللجنة إلى اعتماد القواعد المعمول بها دولياً في هذا الشأن .

وبالنسبة للقسم الرابع، فيتعلق بجرائم المعلومات وتتضمن الإتلاف وتعييب برامج الحاسـب الآلـي وجرائم الدخول إلى نظم المعلومات وبرامج الحاسب وسرقة ما يوجد عليها مـن بيانـات وإفشـاء سريتها، والتعامل بهذه البيانات على غير رغبة صاحبها أيضاً جرائم تزوير هذه البيانات وتعديلها بما يضر صاحبها وغيرها من الجرائم الأخرى المتعلقة بشبكة الإنترنت.

ونظراً لعدم إقرار مشروع القانون هذا، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونيـة يتطلب منا الرجوع إلى أحكام القانون المدني المصري انطلاقاً من كون هذه العقود تعد مـن قبيـل العقود الدولية، وقد تضمنت المادة (19) حلاً لهذه المسألة حيث نصت على:

"1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقـدين إذا اتحدا موطنا فأن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفـق المتعاقـدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه.2- على أن قانون موقع العقار هـو الـذي يسرى على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

ويتضح من هذه المادة أن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية هو ذلك الـذي تحـدده إرادة الطرفين الصريحة، أو الذي تنصرف إليه إرادتهما الضمنية التي يستنتجها القاضي مـن الظـروف المحيطة بالتعاقد، فإن تخلفت الإرادة الصريحة، وتعذر استخلاص الإرادة الضـمنية مـن ظـروف

التعاقد، فإن هذه المادة قد وضعت ضابطي إسناد متدرجين، الأول، هو الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحد موطناً، فإن تخلف هذا الضابط يتعين الأخذ بضابط محل إبرام العقد، بحيث يخضـــع العقــد لقانون الدولة التي تم إبرامه فيها.

ويشكل هذا التوجه تكريساً للإسناد الجامد للرابطة العقدية، ويؤخذ على موقف المشرع المصري أنه لم يتبن الإسناد المرن الذي يقوم على أساس معيار الأداء المميز الذي يعد أكثر توافقاً مع المعطيات الخاصة للعقود المبرمة عبر الإنترنت.

## المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية وفقاً لمشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني

تتطلب الاستفادة من ما تفرزه التجارة الإلكترونية من فوائد ومزايا وجود بنية تحتية لشبكة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات من جهة، وإطار قانوني شامل من جهة أخرى، وفي هذا الصدد، لم يتوان المشروع الفلسطيني عن اللحاق بركب غيره من الدول في اهتمامها بتنظيم المعاملات التي تتم عبر الإنترنت، ولعل الغرض الحقيقي من هذه المبادرة ينصرف إلى رغبة المشروع الفلسطيني في بعث الثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية المبرمة عبر الشبكة بغية دفع عجلة التجارة الإلكترونية في فلسطين.

ويتكون مشروع قانون المبادلات الإلكترونية من 70 مادة، ويقع في 8 فصول تعالج مسائل مختلفة متعلقة بالمبادلات الإلكترونية بشكل خاص، والتجارة الإلكترونية بشكل عام، ويتطرق الفصل الأول للتعريفات والمصطلحات التكنولوجية، ويتكون هذا الفصل من 6 مواد تعالج مسائل مختلفة مثل سريان وانطباق القانون والاستثناءات (مادة 3،2) والتعبير عن العقود الإلكترونية (5) واستعمال نظام التشفير (مادة 6،4). أما الفصل الثاني فقد عالج رسالة المعلومات (المواد 7-18) وتطرق فيها لمسائل مختلفة متعلقة برسالة المعلومات. أما الفصل الثالث من المشروع فيعالج المسائل المتعلقة بالهيئة العامة للمصادقة الإلكترونية مثل إنشاء الهيئة العامة للمصادقة الإلكترونية ومقرها والهدف من إنشائها وما يتعلق بها من أحكام (21-28). ويعالج الفصل الخامس خدمات المصادقة الإلكترونية في المواد (29-46). أما الفصل السادس فيعالج المعاملات التجارية وخاصة حماية المستهلك في المواد (47-59) والمعلومات التي ينبغي أن يوفرها البائع (47) والتزامات البائع (50،51،57،58) وعدول المستهلك عن الشراء (52،54) وإرجاع المستهلك المنتج (53) وتمكين المستهلك من المراجعة النهائية وإقرار البيع. ويتطرق الفصل السابع للعقوبات الواردة في المواد (60-66)، أما الفصل الثامن والأخير فيعالج الأحكام الانتقالية والختامية وذلك في المواد (67-70).

وفيما يخص القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، فقد أغفل مشروع قانون المبادلات الإلكترونية هذه المسألة، مما يدفعنا إلى الرجوع إلى نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني[1] بهذا الشأن، وقد نصت المادة (25) منه على:

"1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فان اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه."

تبين الفقرة الأولى من هذه المادة أن القانون الواجب تطبيقه على الالتزامات التعاقدية[2] هو القانون الذي تحدده إرادة المتعاقدين الصريحة، أو إرادتهما الضمنية التي تستنبط من الظروف المختلفة المحيطة بالتعاقد، فإن تخلفت الإرادة الصريحة، وتعذر استخلاص الإرادة الضمنية من ظروف التعاقد، فإن الفقرة وضعت ضابطي إسناد يؤخذ بهما على التوالي، الأول، هو الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحد موطناً، فإن تخلف هذا الضابط يتعين الأخذ بضابط محل إبرام العقد، بحيث يخضع العقد لقانون الدولة التي تم إبرامه فيها[3].

---

[1] راجع المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، المسودة الثالثة، ديوان الفتوى والتشريع، الكتاب الأول، السنة2003، ص32..

[2] يعد تعبير "الالتزامات التعاقدية" تعبيراً غير دقيق، فالمعروف أن الالتزامات التعاقدية هي الآثار المترتبة على العقد ولكن لم يناقش أحد في أن المقصود هو العقد بكل جوانبه باستثناء الشكل وأهلية التعاقد، وبالتالي، فإما أن يتم توضيح مختلف جوانب العقد من آثار وإبرام، وإما أن يتم النص على العقد عموماً بالقول: "يسري على العقد.."، ولا ضير بهذا الحل الأخير مع وجود نص المادة (32) من المشروع الذي يوضح أن شكل العقد يخضع لقانون آخر، ونص المادة (1/19) الذي يبين أن الأهلية تخضع لقانون الجنسية. راجع هذا الرأي: أمين دواس: "دراسات حول مشروع القانون المدني، تنازع القوانين؛ وعقد البيع؛ وعقد الإيجار"، رام الله: معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، ص16.
http://lawcenter.birzeit.edu/iol/ar/Publications/Publications_file/qmadani.pdf تاريخ الزيارة: 4-11-2006.

[3] مشروع القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص33-34.

ويؤخذ على هذا النص أنه لا يتفق مع المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء وأخذت بها التشريعات الداخلية في مجال القانون الدولي الخاص، لأن ما ورد فيه انحياز لنظرية الإسناد الموضوعي الجامد والمسبق عند سكوت إرادة المتعاقدين عن اختيار قانون العقد ففي هذه الحالة يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، ولكن الغالب في عقود التجارة الإلكترونية هو اختلاف موطن المتعاقدين، ووفق ما ورد في المادة (25)، يطبق القاضي قانون بلد الإبرام ما دام المتعاقدان قد سكتا عن اختيار قانون ليطبق على العقد، ولم يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو المراد تطبيقه، ومعيار بلد الإبرام وإن كان ملائماً لإسناد العقد من حيث الشكل، إلا أنه لا يتفق مع الإسناد الصحيح للجوانب الموضوعية في الرابطة العقدية، ولم يعد يلائم واقع التعامل التجاري الدولي، حيث يتم التعاقد غالبا بين غائبين[1].

وعلى هذا النحو يتخلف الإسناد المقرر في الفقرة الأولى عن مواكبة التطور المعاصر للتجارة الدولية والإلكترونية.

وإن كان يستحسن بمشرعنا الأخذ بنظرية الأداء المميز التي تؤدي إلى تحديد القانون الأوثق صلة بالنسبة لكل طائفة من طوائف العقود الدولية ذات الطبيعة الواحدة، ما لم يتبين أن هناك قانونا آخر أكثر اتصالاً بالعقد وفقا للتحفظ الاستثنائي الذي انتهت إليه كل من اتفاقية روما لسنة 1980 والتشريعات الحديثة، وذلك بغية مواكبة التطور المعاصر للتجارة الإلكترونية وما تمتلكه العقود المبرمة عبر الإنترنت من خصوصية.

ومهما يكن من أمر، يمكننا القول إنه وحتى الآن لم يتم في البيئة العربية رصد كافة مناطق الاهتمام القانوني المتعلقة بالانترنت، ولا نقول اتخاذ التدابير بشأنها فتلك مسألة لم تنجز علميا للآن، لكن القصور في رصد الواقع وتوفير رؤية إستراتيجية للمطلوب الآن ومستقبلاً، حيث إن ما تحقق في التعامل مع آثار التكنولوجيا على الصعيد العربي بقي محصوراً بزوايا محددة، وجاء ضمن رؤى

[1] مشروع القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص34.

قاصرة عن الإحاطة بمتطلبات مواجهة هذه الآثار المتزايدة والمتنامية بل والمتغيرة للكمبيوتر والاتصالات على العلاقات القانونية والقواعد القانونية للنظام القانوني المعني.

لهذا لا يصلح معنا كدول عربية تبني وجهة النظر التي تطالب بحد أدنى من التدخل التشريعي دون تقييم هذه الدعوة، فهي صحيحة للغير وليست صحيحة لنا، ببساطة لأنهم أنجزوا وينجزون مئات التشريعات والأطر القانونية في هذا الحقل ونحن بعد لم نقف على أي من موجات التشريع هذه، ولهذا فان الدول العربية مدعوة لوقفة أكثر شمولية ودقة في إرساء تنظيم تشريعي شمولي لإفرازات عصر الإنترنت، والسعي للكف عن سياسات استهلاك معارف الآخرين سيما وأن شرائعنا السماوية وحركة تعاملنا مع التاريخ تدعونا لان نكون نحن السباقين لا أن نكون مستهلكين لخيارات الآخرين[1].

[1] يونس عرب: "التشريعات والقوانين المتعلقة بالإنترنت في الدول العربية"، مرجع سابق.
http://www.arablaw.org/Download/Internet_Legislation_Article.doc تاريخ الزيارة: 4-11-2006.

# الخاتمة

انتهجنا في دراسة موضوع بحثنا منهجاً تقليدياً يحاكي ما درج عليه الشراح في تناول مسألة تنـــازع القوانين في العقود الدولية، فقد حاولنا إدخال عقود التجارة الإلكترونية تحت مظلة العقود الدولية دون إغفال منا لما تتمتع به من خصوصية تستند في وجودها إلى التقنية الفائقة التقدم التي لم تكن موجودة بعد عند صياغة قواعد تنازع القوانين، وعليه فإننا حاولنا ومن خلال هذه الدراسة أن نجعل من هذه القواعد ثوباً ملائماً لحكم العقود الإلكترونية.

وعلى أي حال، لا نريد أن نجعل من خاتمة بحثنا ترديداً لما ورد في متنه، وإنما يتطلب منـــا واقـــع الحال أن نتطرق إلى ما توصلنا إليه من نتائج وذلك على النحو التالي:

**أولاً:** إن شبكة الإنترنت التي يتم من خلالها التعاقد هي شبكة دولية مفتوحة للجميع وغير خاضـــعة لسيادة أي دولة، مما دفع البعض إلى اعتبار الإنترنت منطقة بلا قانون وذلك لتعذر خضوعها لنظام قانوني وقضائي واحد، والملاحظ أن هذه الفكرة تنبع من أن هذه الشـــبكة تتضـــمن مـــن المســـائل والمشاكل ما لا تسعف في علاجه القواعد العامة بشأن العقود على المستوى الوطني، فهي تتطلـــب قواعد قانونية تحقق لها نوعاً من التنسيق على المستوى الدولي، وهذا ما دفع لجنة الأمـــم المتحـــدة للقانون التجاري لوضع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية والذي أصبح فيما بعد مرجعاً لقوانين التجارة الإلكترونية في دول عدة.

**ثانياً:** إن العقد المبرم عبر الإنترنت هو عقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، فهـــو يمتلـــك خصوصية نابعة من انعدام التعاصر المادي بين طرفيه، وقيامه على دعامات غير ورقية مما يثيـــر إشكاليات عديدة في التحقق من أهلية المتعاقدين وتـــوفر الرضـــا، إضـــافة إلـــى مســـألة حجيـــة المستخرجات الإلكترونية في الإثبات.

**ثالثاً**: إن العقود الإلكترونية لا تختلف عن مثيلتها بالنسبة لتفعيل قانون الإرادة، بل نجد أن طبيعة هذه العقود ترتكز على إرادة المتعاقدين بدرجة عالية جداً، لأنه لا يتوافر النظام القانوني الكامل لمعالجة مثل هذه العقود. أما في حال غياب الاتفاق الصريح أو الضمني بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق فيتم الرجوع إلى قواعد الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي، ونرجح الإسناد المرن القائم على أساس معيار الأداء المميز على الإسناد الجامد لقانون محل إبرام العقد أو تنفيذه، نظراً لأن الأول هو الأكثر توافقاً مع خصوصية العقد المبرم عبر الإنترنت. فالإسناد المرن يحدد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد ووفقاً لقانون محل الالتزام الرئيسي في العقد.

**رابعاً**: إن الاستناد إلى القواعد الموضوعية في القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي لا يعد حلاً منطقياً لمسألة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، وذلك لعدم إمكانية إضفاء صفة النظام القانوني على هذه القواعد، فهي تفتقر إلى عنصر الإلزام والجزاء، كما أنها لا زالت قاصرة عن الإلمام بكافة جوانب التعاقد الإلكتروني.

**خامساً**: تعد تجربة الإتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية من أبرز التجارب في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، فقد تبنت الأولى ما كرسته اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق بشأن الالتزامات التعاقدية لسنة 1980، حيث أكدت على دور الإرادة كضابط إسناد أصلي بهذا الخصوص. أما المشرع الأمريكي فقد أكد على دور الإرادة وميز بين عدة حالات وفقاً لظروف وملابسات التعاقد في كل حالة. وفيما يخص تجربة التشريعات العربية، فقد كانت قاصرة عن الاضطلاع بتحديد القانون الواجب التطبيق، مما دفعنا إلى الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين في القانون المدني انطلاقاً من اعتبار العقود الإلكترونية عقوداً دولية.

## التوصيات والمقترحات

ويمكننا أن نلخص الاقتراحات والتوصيات بما يلي:

**أولاً:** حبذا لو تتم معالجة عقود التجارة الإلكترونية من قبل الأنظمة القانونية العربية بصورة أدق وأشمل بحيث تتضمن حلولاً واضحة لمسألة القانون الواجب التطبيق مع ضرورة مراعاة الطبيعة الخاصة لهذه العقود والأخذ بعين الاعتبار اختلاف ظروف وملابسات كل عقد، مما يدفعنا لترجيح الإسناد المرن للرابطة العقدية الإلكترونية على غرار ما أقرته اتفاقية روما لسنة 1980.

**ثانياً:** ضرورة الإسراع في إقرار مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية ومشروع قانون تنظيم التوقيعات الإلكترونية، بعد إعادة النظر في بعض موادهما وتضمينهما أحكاماً متخصصة بالتنازع التشريعي والقضائي، ونقترح إدراج مادة واضحة تتبنى معيار الأداء المميز على النحو التالي:

"في حال غياب الاتفاق الصريح للمتعاقدين على تحديد القانون المختص بالعقد الإلكتروني، وتعذر استنباط إرادتهما الضمنية، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون بلد الالتزام الرئيسي في ذلك العقد."

إلى جانب ضرورة إلحاق هذه القوانين باللوائح التنفيذية اللازمة لوضعهما موضع التطبيق في ضوء مقارنة هذه المشاريع بالقوانين المتخصصة الأخرى وبما يحقق المصلحة العامة.

**ثالثاً:** ضرورة عقد ندوات ولقاءات ودورات تدريبية للقضاة والمحامين في فلسطين حول القواعد القانونية التي تحكم التجارة الإلكترونية، وتعريفهم بالحلول القانونية التي أقرتها القوانين المقارنة المختصة بشأن المنازعات العقدية عبر الإنترنت.

**رابعاً:** الإسراع في إنشاء الهيئة العامة للمصادقة الإلكترونية ومنحها صلاحيات موسعة للتأكد من صحة المستندات والتواقيع الإلكترونية، بهدف التقليل من فرصة وقوع النزاعات بشأن العقود المبرمة عبر الإنترنت.

# قائمة المصادر والمراجع

**أولاً: القوانين والاتفاقيات**


1- اتفاقية بروكسل لسنة 1968 بشأن الاختصاص القضائي في المنازعات العقدية.

2- اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

3- اتفاقية هيوجو بشأن الاختصاص والأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية لسنة 1997.

4- القانون المدني الأردني لسنة 1976.

5- المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، المسودة الثالثة، ديوان الفتوى والتشريع، لسنة2003.

6- قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996.

7- قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001.

**8**- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15) لسنة 2002.

9- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم (85) لسنة 2001.

10- قانون المبادلات والمعاملات الإلكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000.

11- قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم (2) لسنة 2000.

12- مجلة الأحكام العدلية.

13- مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2000.

14- مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني.

15- مشروع قانون تنظيم التوقيعات الإلكترونية الفلسطيني.

16- مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003.

**ثانياً: الكتب باللغة العربية**

1- أبو الهيجاء، محمد إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2004.

2- الأباصيري، فاروق، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002.

3- الجميعي، حسن عبد الباسط، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000.

4- الجنبيهي، منير والجنبيهي، ممدوح، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، بدون سنة نشر.

5- حوته، عادل أبو هشيمه محمود، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004.

6- السرحان، عدنان إبراهيم، ونوري خاطر ، شرح القانون المدني الأردني، إربد، الفجر للطباعة، ط1، 1997.

7- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، القاهرة، دار النهضة العربية، المجلد 1، ط13، 1981.

8- الشرقاوي، محمود سمير، العقود التجارية الدولية دراسة خاصة لعقد البيع الـــدولي للبضـــائع"، القاهرة، دار النهضة العربية، ط2، 2002.

9- الصغير، حسام الدين عبد الغني، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضـــائع، القاهرة، دار النهضة العربية، 2001.

10- العجلوني، أحمد خالد، التعاقد عن طريق الانترنت ،دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002.

11- المطالقة، محمد فواز، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، عمـــان، دار الثقافـــة للنشـــر والتوزيع، ط1، 2005.

12- الهداوي، حسن، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القـــانون الأردنـــي، دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.

13- برهم، نضال إسماعيل، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، عمان، دار لثقافة للنشر والتوزيـــع، ط1، 2005.

14- خاطر، نوري، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، عمان، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1،

15- دودين، بشار، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، عمان، دار الثقافة للنشـــر والتوزيع، ط1، 2006.

16- سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي -مفاوضات العقود الدولية - القانون واجـــب التطبيق وأزمته، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000-2001.

17- سلامة، أحمد عبد الكريم، القانون الدولي الخاص النوعي، الإلكتروني، الســـياحي، البيئـــي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000.

18- سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دمشق، جامعة دمشق، ج1، ط9، 2000.

19- شريف، محمد، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.

20- صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2001.

21- عبيدات، لورنس محمد، إثبات المحرر الإلكتروني، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2005.

22- عمران، السيد محمد السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.

23- عيسى، طوني ميشال، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت، بيروت، المنشورات الحقوقية (صادر)، ط1، 2001.

24- مجاهد، أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000.

25- منصور، محمد حسين، المسؤولية الإلكترونية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2003.

**ثالثاً: الكتب باللغة الأجنبية**

- BATIFFOL, Les conflicts de lios en matiere de contracts, Paris, 1938

-E- Contracts. Shadbolt co. 200 John Warchus

www.Shadboltlaw.Co.uk/articles/Econtracts.htm

**رابعاً: الأبحاث والرسائل الجامعية**


1- المري، عايض راشد، مدى حجية التكنولوجيا الحديثة في إثبات العقود التجارية، القاهرة، جامعة القاهرة، رسالة دكتوراه (غير منشورة)، 1998.

2- دواس، أمين، دراسات حول مشروع القانون المدني، تنازع القوانين؛ وعقد البيع؛ وعقد الإيجار"، رام الله: معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، 2006.

3- سلامة، أحمد عبد الكريم، الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية- كلية الشريعة والقانون، المجلد 1، 2001.

4- شمبور، توفيق، مسائل قانونية خاصة بالتجارة الالكترونية، مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد 2024، 19 آب 1999.

5- صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، بيروت، جامعة بيروت العربية، مجلة الدراسات القانونية، العدد 1، 2004.

6- عبد الحميد، جنة، دروس في التحكيم التجاري الدولي، الجزائر، مركز قسطنطينة، بحث منشور على الصفحة:

. http://www.ufc-dz.com/cours_drei/3eme%20DREI/aci/envoi1.doc

7- عرب، يونس، التشريعات والقوانين المتعلقة بالإنترنت في الدول العربية، عمان، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر ومعرض التكنولوجيات المصرفية العربية والدولية، اتحاد المصارف العربية، 28-29 تشرين أول 2002.

8- عرب، يونس، التقاضي في بيئة الإنترنت، عمان، ندوة في المركز العربي للقانون والتقنية العالية، المركز العربي للملكية الفكرية وتسوية المنازعات، 2002.

9- عرب، يونس، قانون تقنية المعلومات والتجارة الالكترونية، عمان، نقابة المحامين الأردنيين، برنامج التدريب، 2003-2004.

10- علوان، رامي، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الالكتروني، الكويت، مجلة الحقوق والشريعة، العدد 4، 2002.

11- كميل، طارق، التعاقد عبر الإنترنت وآثاره، دراسة مقارنة، الرباط، جامعة محمد الخامس، رسالة ماجستير (غير منشورة)، 2004.

12- مجاهد، أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، الإمارات، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات العربية- كلية الشريعة والقانون، 2001.

13- ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، الإسكندرية، منشأة المعارف، رسالة دكتوراه (منشورة)، 2000.

**خامساً: المقالات باللغة الإنجليزية**

1- John Warchus. E- Contracts. Shadbolt co. 1 2000

www.Shadboltlaw.Co.uk/articles/Econtracts.htm

2- E- Contract: An Overview of the European Electronic Commerce Directive 31|2000.

3- The Distinction between Biometric and Digital Signatures

http://www.findbiometrics.com/Pages/signature%20articles/signature_2.html

4- "United States Department of Commerce News", Washington, DC 20230, U.S. Census Bureau, p.1. 29 July 2002.

-"Consumer Protection in the Electronic Marketplace www.olis.oecd.org/.../c16431e1b3f24c0ac12569fa005d1d99

5- Applicable Law to Consumer Contracts Made Over the Internet: Consumer Protection Through Private International Law, REINHARD SCHU1.

http://ijlit.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/5/2/192

6- Principles of Consumer Protection for Electronic www.cba.ca/en/viewdocument.asp

7- History of the Law Merchant

http://szabo.best.vwh.net/lex.html

8- Electronic Commerce: Jurisdiction &Applicable Law, P.2-

www.ilpf.org/events/ec_-hearings_stmt.htm

9- A Review of the New Jurisdiction Rules for Electronic Consumer Contracts Within the European Union. The Journal of Information, Law and Technology. May 2002.

www.elj.warwick.ac.uk/jilt/01-1/gillies.html

**سادساً: المواقع الإلكترونية**

http://ar.jurispedia.org/index.php

http://ar.jurispedia.org/index.php/%D9%86%D8%B5%D9%88%D8%B5

http://www.al-jazirah.com/digimag/23022003/wr476.htm

http://www.badsoftware.com/uccindex.htm

www.bmck.com/ecommerce/France.htm

www.bmck.com/ecommerce/Germany.htm

http://c4arab.com/showlesson.php?lesid=498

www.droit-technologie.org

http://ecommerce.wipo.int/primer/section1.html

www.europa.eu.in

http://www.geocities.com/guid_conso/index_files/Page1003.htm

http://www.ipf.og/groups/hague-stmt2.htm

http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html

www.lac.com.jo/resear31_1.htm

http://lawcenter.birzeit.edu/iol/ar/Publications/Publications_file/qmadani.pdf

http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.htm

http://www.smsma4law.com/vb/showthread.php?p=2411#post2411

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

http://www.un.or.at/unicitral

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html