

اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

Choice of Law Applicable to e-Contract

امين دواس

Amin Dawwas

كلية الحقوق، الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين

بريد الكتروني: adawwas@aauj.edu

تاريخ التسليم: (٢٠١١/٨/٨)، تاريخ القبول: (٢٠١١/١٢/٢٢)

ملخص

يظهر هذا البحث أهمية اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، لا سيما وأن أحدهما يجهل عادة هوية الشخص الآخر الذي يتعاقد معه. يتناول البحث الصفة الدولية للعقد الإلكتروني، ومن ثم يبين كيف يختار الطرفان القانون الواجب التطبيق عليه سواء صراحة أو ضمناً، وما إذا يجوز لهما اختيار ما يسمى بقانون التجار أو القانون الإلكتروني. كما يبين البحث أخيراً الحماية التي يوفرها القانون المقارن للمستهلك عند اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين الإلكترونية.

Abstract

This research clarifies the importance of the parties' choice of the law applicable to an e-contract, basically because one of the parties cannot normally identify the other contracting party. The research tackles the international character of the e-contract; it also clarifies how parties may choose the law applicable to such a contract whether explicitly or implicitly, and whether they can choose the so-called *lex mercatoria* or *lex electronica*. Finally, the research addresses the protection available under the comparative law for consumers when participating in the choice of the law applicable to an e-contract.

المقدمة

يقصد بالعقد الإلكتروني العقد الذي تتلاقى فيه عروض البضائع والخدمات التي يعبر عنها من قبل شخص بالوسائط التكنولوجية المتعددة^(١) بقبول يتم التعبير عنه من قبل شخص آخر من خلال ذات الوسائط، وذلك بالتفاعل بينهما من أجل إشباع حاجتهما المتبادلة بإتمام العقد^(٢). كما أن بعض التشريعات النازمة للتجارة الإلكترونية تعتبر العقد إلكترونيًا عندما يتم انعقاده^(٣)، أو التفاوض بشأنه^(٤)، أو تنفيذه^(٥)، كليًا أو جزئيًا بوسائط إلكترونية.

إن توفر شبكة الإنترنت سهل كثيرا معاملات التجارة الدولية^(٦) وزاد في حجمها^(٧)، وبخاصة أن الحدود والمسافات تختفي عند إبرام العقود التجارية إلكترونيًا^(٨). غير أن طرفا العقد التجاري الدولي عادة ما يحتاجان إلى قدر كبير من الوضوح والأمان القانوني^(٩): فمثلا، حتى يستطيع الطرفان تحديد المخاطر الاقتصادية والقانونية التي تواجههما فإنهما يحتاجان إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد^(١٠). وفي مجال العقود الإلكترونية بوجه خاص تزداد أهمية قانون الإرادة^(١١) بالنسبة لكل من الطرفين؛ نظرا لاحتمال أن يكون الطرف الآخر المتعاقد معه، تاجرا أو مستهلكا، من أي مكان في العالم، وأن بعض التشريعات تميز في الحكم بين الحالتين – كما سيبتين لاحقا^(١٢). كما أن المتعاقدين، وبخاصة إذا ما كانا مهنيين، يستطيعان عن طريق استخدام حريتهما في الاختيار تحديد القانون الأنسب لعقدتهما، وبخاصة تحديد قانون يعترف بانعقاد العقد بالطرق الإلكترونية^(١٣) الأمر الذي يجنبهما أي شك حول صحة العقد، سواء من

(١) وهي البريد الإلكتروني (E-Mail)، وخدمة الدردشة (Chat Services)، وشبكة الإنترنت (World Wide Web Interfaces)، والتبادل الإلكتروني للمعلومات (Electronic Data Interchange, EDI). انظر: Kidd & Daughtrey, 2000, I.

(٢) الهواري، ٢٠٠٣، ص ١٦٤٦ - ص ١٦٤٧. أبو الهيجاء، ٢٠٠٥، ص ٣٩. Kidd & Daughtrey, 2000, II.

(٣) قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١، (المادة ٢).

(٤) مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة ٢٠٠٤، (المادة ١).

(٥) القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، (المادة ١).

(٦) القصبي، ٢٠٠٣، ص ١٦١٣. انظر أيضا:

Boele-Woelki, 2000, p. 16. Graham, 2009, Aufz. 46. Kidd & Daughtrey, 2000, I.

(7) International Chamber of Commerce (ICC), 2001, p. 2. Boele-Woelki, 2000, pp. 6, 16.

(٨) العلي، ٢٠٠٣، ص ٤. انظر أيضا:

Boele-Woelki, 2000, p. 4. Svantesson, 2005, p. 1. Graham, 1999, Aufz. 20. Kidd & Daughtrey, 2000, III.

(٩) العلي، ٢٠٠٣، ص ١٨ - ص ١٩. المطالقة، ٢٠٠٨، ص ١٣٤. Kidd & Daughtrey, 2000, V. B.

(١٠) المنزلاوي، ٢٠٠٦، ص ٣٦١. قارن أيضا: Sarmiento, 2001, 6.

(١١) البحيري، ٢٠٠٣، ص ١٦٧١.

(١٢) انظر: المطلب الثالث، الفرع الثاني.

(١٣) المنزلاوي، ٢٠٠٦، ص ٢٨٩.

حيث الشكل أم المضمون^(١)، لا سيما وأن بعض الدول لم تضع بعد تشريعات خاصة تعترف بموجبها بصحة التعاقد الإلكتروني.

من المستقر تشريعياً أن الطرفين يستطيعان اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، ومن التشريعات التي نصت على قانون الإدارة القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧^(٢) (المادة ١/١١٦)، والتقنين المدني لإقليم كيبك في كندا لسنة ١٩٩٤^(٣) (المادة ١/٣١١١)^(٤)، والقانون التجاري الموحد الأمريكي (Uniform Commercial Code, UCC) (المادة ١-١/١٠٥)، والقانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨^(٥) (المادة ١/١٩)، والقانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦^(٦) (المادة ١/٢٠)، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي لسنة ١٩٨٥ (المادة ١/١٩)، ومجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة ١٩٩٨ (المادة ٦٢)^(٧).

كما أن الاتفاقيات الدولية تنص صراحة على حرية الطرفين اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، ومن ذلك اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية^(٨) (المادة ٢)، واتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨ بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة التجارية^(٩) (المادة ٥)، واتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦ بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود بيع البضائع الدولية^(١٠) (المادة ٧)، واتفاقية مكسيكو لسنة ١٩٩٤ بين الدول الأمريكية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية^(١١) (المادة ٧)، والتنظيم

(١) قارن: أبو الهيجاء، ٢٠٠٥، ص ١١٧.

(٢) يمكن الاطلاع على نصوص هذا القانون في الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>

(٣) يمكن الاطلاع على نصوص هذا التقنين في الموقع الإلكتروني التالي:

<http://ccq.lexum.org/ccq/section.do?lang=fr&article=3111>

(٤) يمكن الاطلاع على نصوص هذا القانون في الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html>

(٥) يمكن الاطلاع على نصوص هذا القانون في موقع شبكة المعلومات العربية القانونية الإلكتروني التالي:

<http://www.eastlaws.com/Tash/TashSearch.aspx>

(٦) يمكن الاطلاع على نصوص هذا القانون في موقع شبكة المعلومات العربية القانونية الإلكتروني التالي:

<http://www.eastlaws.com/Tash/TashSearch.aspx>

(٧) لمزيد من التفصيل حول هذه النصوص، انظر: أمين دواس، تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة، دار الشروق، عمان - الأردن، سنة ٢٠٠١، ص ١٣٧ - ص ١٥٦.

(٨) يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية في الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=31

(٩) يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية في الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=89

(١٠) يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية في الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=61

(١١) يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية في الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html>

الأوروبي رقم ٢٠٠٨/٥٩٣، الصادر عن المجلس والبرلمان الأوروبي في ٢٠٠٨/٦/١٧، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)^(١) (المادة ٣).

وفيما يتعلق بالعقود الإلكترونية على وجه الخصوص فقد نصت على قانون الإرادة المادة (١٠٩) من القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسب لسنة ١٩٩٩ (Uniform Computer Information Transactions Act)^(٢)، والتي جاء فيها: "يجوز للطرفين، في اتفاقهم، تحديد القانون الواجب التطبيق ... " The parties in their agreement may choose the applicable law ...". كما أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة ٢٠٠٤ أكد على ما جاء في المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري بخصوص قانون الإرادة، حيث نصت المادة (٢) منه على ما يلي: "يسرى على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك ...".

وأما فيما يتعلق بفلسطين، فإنه لم يرد في القوانين النافذة فيها نصا يجيز للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد (الإلكتروني)، الأمر الذي يجعل من الاجتهاد أمرا لا مفر منه^(٣). وبرأي الباحث، فإنه ينبغي أن يتم تطبيق القانون الذي يختاره الطرفان لحكم عقدهما (الإلكتروني)، لا سيما وأن الجملة الأولى من المادة (٢٥) من مشروع القانون المدني الفلسطيني تسيير على هدى المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري المذكورة أعلاه.

وعليه، ولأن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد العادي إلا بالطريقة التي يتم فيها انعقاده، فإن قانون الإرادة يسري مبدئيا عليه كما يسري على العقد العادي^(٤). ولذلك نصت المادة (٤/١) (٤/١)

(١) والجدير بالذكر أن هذا التنظيم حل، اعتبارا من ٢٠٠٩/١٢/١٧، محل اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بين دول الاتحاد الأوروبي بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وهو متوفر على الموقع التالي:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:EN:PDF>
E

(٢) يمكن الاطلاع على نصوص هذا القانون في الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/ucita/ucita200.htm>

(٣) وفي هذا المجال تقول محكمة التمييز الأردنية: "أن المحاكم مقيدة بقوانين مرعية يجب الإذعان لها ولا يستند لمبادئ العدالة العامة إلا في حالة عدم النص"، الطعن رقم ٤٢٤ - لسنة ١٩٧٢ - رقم الصفحة ٢٠٦، منشور في شبكة المعلومات القانونية العربية على الموقع التالي:

<http://www.eastlaws.com/Default.aspx>

(٤) المطالعة، ٢٠٠٨، ص ١٢٥، ص ١٢٩.

من التوجيه الأوروبي رقم ٢٠٠٠/٣١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن التجارة الإلكترونية^(١) على أن: " هذا التوجيه لا يضع قواعد إضافية بشأن القانون الدولي الخاص ... " This Directive does "not establish additional rules on private international law ...

وفيما يلي ستتم معالجة خصوصية قانون الإرادة في العقد الإلكتروني، سواء من حيث هوية الشخص الذي يتم معه العقد: ما إذا كان مستهلكا أم تاجرا، والصفة الدولية لهذا العقد، والاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق، وإمكانية أن يتم اختيار قواعد قانونية لحكم العقد الإلكتروني، وكذلك مدى خضوع عقود المستهلك للقانون أو القواعد القانونية المختارة.

المطلب الأول: هوية المتعاقد معه

يسعى كثير من التجار في الوقت الحالي إلى عرض بضائعهم وخدماتهم على شبكة الإنترنت بهدف الترويج لها وتصريفها. وتبعاً للشخص الذي يتم التعاقد معه عبر شبكة الإنترنت فقد تم تصنيف العقود الإلكترونية إلى فئتين^(٢)، هما: من الأعمال إلى الأعمال Business-to-Business (B2B)، ومن الأعمال إلى المستهلك Business-to-Consumer (B2C). وكما تدل التسمية فإنه يقصد بفئة الأعمال إلى الأعمال (B2B) العقد الإلكتروني الذي يكون بين طرفين يعتمد كل منهما شبكة الإنترنت وسيلة لإدارة نشاطه وإتمام علاقاته المرتبطة بالعمل، بهدف إنجاز الأعمال وتحقيق متطلبات النشاط الذي تقوم به منشأة كل منهما. وأما فئة الأعمال إلى المستهلك (B2C) فيقصد بها العقد الإلكتروني الذي يتم بين موقع يمارس التجارة الإلكترونية وبين مستهلك، والذي هو مشتري للبضاعة أو طالب للخدمة المعروضة على الموقع الإلكتروني للتاجر بهدف تلبية رغباته واحتياجاته.

وأخذاً بالاعتبار البيئة الافتراضية للتجارة الإلكترونية، فإن التاجر لا يعرف عادة هوية الشخص الذي يتعاقد معه بخصوص البضاعة أو الخدمة المعروضة على موقعه الإلكتروني، ما إذا كان تاجراً مثله أو مجرد مستهلك بسيط، إلا من خلال ما يقدمه هذا الأخير من معلومات عن نفسه^(٣). وعليه، فإن صحة شرط القانون الواجب التطبيق الذي يريد تضمينه في العقد الإلكتروني الذي يبرمه تتوقف على هوية الشخص الذي يتعاقد معه والظروف الملازمة لهذا

(1) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), available at:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:EN:HTML>.

(٢) المطلقة، ٢٠٠٣، ص ١٣.

(3) Kidd & Daughtrey, 2000, II.

التعاقد^(١). أضف إلى ذلك أن القانون الذي سعى التاجر إلى تحديده قد يتم تطبيق غيره، كليا أو جزئيا، على العقد الإلكتروني الذي يبرمه مع المستهلك^(٢).

المطلب الثاني: الصفة الدولية للعقد الإلكتروني

حتى يستطيع المتعاقدان اختيار قانون ليطبق على العقد كليا، أي بشكل يتم فيه استبعاد القانون الذي يكون واجب التطبيق عند تخلف مثل هذا الاختيار، بما فيه من نصوص أمرة، يجب أن يكون هذا العقد دوليا^(٣). ويكون العقد كذلك عندما تتوفر صفة أجنبية في واحد أو أكثر من العناصر المكونة له، سواء كان ذلك أطراف العقد أو موضوعه (محلّه) أو سببه^(٤). وعليه يكون العقد دوليا مثلا عندما ينتمي الطرفان بجنسياتهما إلى دول مختلفة أو تكون أماكن عملهما في دول مختلفة، أو عندما يكون العقد واجبا تنفيذه في دولة أخرى غير تلك التي يوجد فيها أماكن عمل الطرفين، أو عندما يتم إبرام العقد في دولة أخرى غير الدولة التي ينتمي إليها أي من الطرفين بجنسيته أو يوجد فيها مكان عمله.

وفي العقود الإلكترونية، ولأنه يتدخل فيها أشخاص يتواجدون و/ أو ينتمون إلى دول مختلفة، تتوفر فيها عادة الصفة الدولية^(٥). فالعقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت يشارك فيه مستخدم الشبكة المقيم في دولة ما، والمزود أو مقدم خدمات الاشتراك من دولة ثانية، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها من دولة ثالثة^(٦)... إلخ. غير أن العقد الإلكتروني، وخلافا للعقد العادي، يسبح في فضاء افتراضي ليس له روابط أو صلات مكانية أو جغرافية، الأمر الذي دفع البعض إلى القول بوجود فراغ قانوني، على الأقل فيما يتعلق بالقانون الدولي الخاص^(٧). وكذلك فإنه مما لا يفيد الطرفان في شيء أن يكتشفا بعد إبرام العقد أن شرط القانون الواجب التطبيق الوارد فيه باطل لأن العقد ليس له الصفة الدولية.

غير أن شبكة الإنترنت (Internet) بطبيعتها دولية كما يدل على ذلك اسمها المكون من مقطعين: (inter) أي (International) دولية و (net) أي (Network) شبكة^(٨)، فهي شبكة

(١) انظر: المطلب الثالث، الفرع الثاني.

(٢) انظر: المطلب السادس.

(٣) وتجدر الإشارة إلى أن (المادة ١/٣١١١) من التقنين المدني لإقليم كيبك في كندا لسنة ١٩٩٤ تجيز للطرفين اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، سواء كان دوليا أو وطنيا في كل عناصره، وقد جاء فيها:

A juridical act, whether or not it contains any foreign element, is governed by the law expressly designated in the act or the designation of which may be inferred with certainty from the terms of the act".

(٤) دواس، ٢٠٠١، ص ٢١. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٥٥.

(٥) البحيري، ٢٠٠٣، ص ١٦٦٨-١٦٦٩. الهواري، ٢٠٠٣، ص ١٦٤٦.

(٦) العلي، ٢٠٠٣، ص ٢١. سلامة، (لم تذكر سنة النشر)، ص ٣٣. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٣٨. المطالفة،

٢٠٠٣، ص ١٣٩. انظر أيضا: Kronke, 1998, pp. 65-87, at 75.

(٧) سلامة، ٢٠٠٤، ص ٣٥. حوتة، ٢٠٠٤، ص ١٦٦٢. Svantesson, 2005, pp. 2-3.

(٨) سلامة، (لم تذكر سنة النشر)، ص ٣١. المطالفة، ٢٠٠٣، ص ١٣٨.

عالمية لا تتبع دولة معينة^(١)، ويتاح فيها التداول للمستخدمين من كل الدول في العالم دون استثناء^(٢). كما أن هذه الشبكة تعد انعكاسا حقيقيا للعولمة مما يؤدي إلى صعوبة توطين العقود الإلكترونية التي تجري في إطارها^(٣).

وأمام ذلك كله، فإنه لا مناص من التوسع في تفسير الصفة الدولية للعقد الإلكتروني، وبخاصة ذلك الذي يتم من الأعمال إلى الأعمال (B2B)، بحيث يتم اعتبارها دولية لمجرد أنها أبرمت عبر شبكة الإنترنت^(٤)، ما لم يكن واضحا أن التاجر يحصر معاملاته بالزبائن من دولته فقط. وعليه، فإن العقد الإلكتروني يكون دوليا حتى ولو كانت كل الصلات الجغرافية له ترتبط بدولة واحدة، طالما لم يظهر ما يبرر قولاً آخر قبل إبرام العقد أو حتى لحظة إبرامه^(٥).

المطلب الثالث: الاختيار الصريح

تقتضي معالجة الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني تناول كيفية هذا الاختيار، وصحة شرط القانون الواجب التطبيق، وإمكانية تغييره، وكذلك إمكانية اختيار أكثر من قانون ليحكم العقد الإلكتروني، ومدى ارتباط القانون المختار بالعقد الإلكتروني. وفيما يلي بيان ذلك كله.

الفرع الأول: كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني صراحة

كما يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد العادي، فإنه يجوز كذلك للطرفين اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني. وقد جرت العادة على أن يتم هذا الاختيار صراحة، بأي صورة من الصور كالنص على سطح الصفحة الإلكترونية^(٦)، أو عن طريق إيراد إيراد شرط في العقد الإلكتروني على أن: "القانون الواجب التطبيق هو القانون السويسري"^(٧) وهو ما يسمى بشرط الاختصاص التشريعي^(٨)، أو عن طريق وضع مثل هذا الشرط ضمن البنود أو الشروط النموذجية المرفقة بالعقد الإلكتروني^(٩). وفوق ذلك، فقد يقوم الطرفان بتحديد

(١) المطالعة، ٢٠٠٣، ص ١٢٦، ص ١٢٨، ١٣٨.

(٢) المطالعة، ٢٠٠٣، ص ١٢٦، ص ١٢٨، ١٣٨. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٣٨.

(٣) المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٣٦.

(4) Graham, p. 5. Graham, 1999, Aufz. 38. Bonell, 2006, p. 157. International Chamber of Commerce (ICC), 2001, p. 2. Sarmiento, 2001, pp. 2, 6.

انظر أيضا: البحيري، ٢٠٠٣، ص ١٦٦٩. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٣٦ - ص ٣٧، ص ٢٥٦. سلامة، (لم تذكر سنة النشر)، ص ٣٢. المطالعة، ٢٠٠٣، ص ١٣٨ - ص ١٣٩.

ويعارض ذلك: Boele-Woelki, 2000, pp.8-10.

(5) Van der Hof, 2006, p. 131.

(٦) عزت البحيري، المرجع السابق، ص ١٦٧٢. احمد الهواري، المرجع السابق، ص ١٦٥٥. أحمد سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص ٨٣. محمد المطالعة، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(7) Goldsmith, 1998, pp.1199- 1250, at 1209. ١٣٧، ص ٢٠٠٣، ٢٨٣. المطالعة، ٢٠٠٣، ص ١٣٧.

(٨) سلامة، (لم تذكر سنة النشر)، ص ٨٣.

(٩) المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٨٣. المطالعة، ٢٠٠٣، ص ١٣٧. Boele-Woelki, 2000, p. 21.

القانون المختص بحكم عقدهما الإلكتروني صراحة في اتفاق لاحق^(١)، وفي هذه الحالة يسري القانون المختار على العقد الإلكتروني بأثر رجعي، مع العلم أن لا شيء يمنع الطرفان من جعل أثره على عقدهما فورياً^(٢). وكذلك، فليس ضرورياً أن يتم هذا الاختيار عند إبرام العقد الإلكتروني، وإنما قد يقع أثناء السير في الدعوى^(٣) شرط عدم الإضرار بحقوق الغير حسن النية^(٤).

وتجدر الإشارة إلى أنه، عند اختيار قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، ينصح الطرفان بتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق أيضاً، لأن بعض الدول المركبة، كالولايات المتحدة الأمريكية، ليس فيها قواعد إسناد داخلية يمكن تطبيقها لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق. وعليه، فإن شركة Apple Store تنص في موقعها على الإنترنت على أن: "تخضع كل عقود البيع التي يكون Apple Store طرفاً فيها لقانون كاليفورنيا"^(٥).

الفرع الثاني: صحة شرط القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

إن تحديد ما إذا كان الشرط الذي يعين القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني مستوفياً لمتطلباته الموضوعية وبالتالي صحيحاً قانوناً، يتم عادة وفقاً للقانون الذي تم تعيينه ليحكم هذا العقد^(٦)، وهذا ما ورد عليه النص صريحاً في المادة (١/١٠) من التنظيم الأوروبي رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ فيما يتعلق بالعقود التي تتم من الأعمال إلى الأعمال (B2B). وأما فيما يتعلق بالعقود التي تتم من الأعمال إلى المستهلك (B2C)، فقد أضفت الفقرة الثانية من المادة ذاتها حماية خاصة للمستهلك عندما نصت على تطبيق قانون محل إقامته المعتادة على صحة العقد الموضوعية طالما أن الظروف الملايئة لا تجعل من المعقول افتراض الآثار التي تترتب على تصرفه في ظل القانون المختار. وفي الولايات المتحدة الأمريكية يتم عادة إخضاع صحة العقد، الموضوعية أو الشكلية، إما للقانون المختار أو لقانون القاضي^(٧).

وفيما يتعلق باندماج الشروط النموذجية في العقد، بما في ذلك شرط القانون الواجب التطبيق، فقد انقسم الرأي لدى الفقه والقضاء والتشريع حتى بخصوص العقود العادية^(٨). وفيما يتعلق بالعقود الإلكترونية فإنه يمكن القول أنه في الحالة التي يضغط فيها الزبون، مستهلكاً كان أم تاجراً، على أيقونة "أنا موافق" ("OK"، "I agree") بعد أن تكون الشروط النموذجية، بما

(١) دواس، ٢٠٠١، ص ١٤١. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٨٤. المطالقة، ٢٠٠٣، ص ١٢٩. Rizzi, 2002, p. 54.

(٢) دوايس، ٢٠٠١، ص ١٤١.

(٣) الهواري، ٢٠٠٣، ص ١٦٥٥. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٨٤. سلامة، (لم تذكر سنة النشر)، ص ٨٣ - ص ٨٤.

(٤) سلامة، ٢٠٠٤، ص ٦٩-٧٠.

(٥) المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٨٣، ص ٣٦٢. العلي، ٢٠٠٣، ص ١٨.

(٦) المطالقة، ٢٠٠٣، ص ١٤٣.

(7) Van der Hof, 2006, p. 129.

(٨) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع، انظر: امين دواس، "اندماج نماذج البنود في العقد"، مجلة الحقوق - جامعة البحرين، م ٤، ع ١، لسنة ٢٠٠٧، ص ١٣٣ - ص ١٧٦.

فيها شرط القانون الواجب التطبيق، قد ظهرت على شاشة جهازه^(١) أو ربما على سطح مكتبه^(٢)، تكون هذه الشروط صحيحة وصارت جزءا من العقد ملزما للطرفين طالما توفرت للزبون فرصة الاطلاع عليها والعلم بمحتواها^(٣)، حتى ولو لم يعلم بها حقيقة^(٤).

وعليه، فإذا لم تظهر الشروط النموذجية ذاتها على شاشة جهاز الزبون، يكون الأمر مختلفا. فإذا ما ظهر على الشاشة فقط رابط (Hyperlink) يحيل إليها فلا يمكن في هذه الحالة افتراض علم الزبون بها. ومع ذلك، فإذا كان هذا الرابط واضحا، وكان الضغط على أيقونة "أنا موافق" متبوعا أيضا بظهور رسالة على شاشة جهاز الزبون تفيد بأن الضغط على هذه الأيقونة يعني القبول بالعقد وشروطه النموذجية، فإن ذلك يكفي لافتراض علم الزبون بالشروط النموذجية بما فيها شرط القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني^(٥).

الفرع الثالث: إمكانية تغيير القانون المختار

فيما يتعلق بالعقد التجاري الدولي العادي يجوز للطرفين العدول عن القانون المختار وتحديد قانون آخر غيره ليكون واجب التطبيق^(٦) شرط عدم الإضرار بحقوق الغير حسن النية^(٧)، وآية ذلك أن الحرية التي يتمتع بها الطرفان لاختيار القانون الواجب التطبيق ابتداء تقتضي أيضا السماح لهما بتغييره لاحقا. أضف إلى ذلك أن قوانين بعض الدول^(٨) والاتفاقيات الدولية^(٩) تحيز ذلك صراحة.

وبالنظر إلى التقدم التكنولوجي المضطرد فإن القانون الذي ينظم العقد الإلكتروني يتم عادة تعديله تبعا لذلك. وعليه، فإن مصلحة المتعاقدين تكون أيضا جلية في العدول عن القانون المختار أصلا واختيار قانون آخر غيره ليحكم العقد، كونه صار أكثر مناسبة للعقود الإلكترونية^(١٠).

الفرع الرابع: إمكانية اختيار أكثر من قانون ليحكم العقد الإلكتروني

من أجل حماية مصالحهما الاقتصادية^(١)، يجوز لطرفي العقد التجاري الدولي العادي اختيار أكثر من قانون ليحكم كل منها جانبا معينا من العقد^(٢). غير أن التشريعات تختلف فيما

(١) سلامة، ٢٠٠٤، ص ٦٩. Kidd & Daughtrey, 2000, III. ٦٩. Boele-Woelki, 2000, pp. 13, 21.

(٢) Boele-Woelki, 2000, p. 21.

(٣) حوتة، ٢٠٠٤، ص ٧٦-٧٧.

(٤) Van der Hof, 2006, p. 129.

(٥) Van der Hof, 2006, p. 130. Rizzi, 2002, p. 49.

(٦) دواس، ٢٠٠١، ص ١٤١. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٨٤. المطالقة، ٢٠٠٣، ص ١٢٨، ص ١٣٨.

(٧) سلامة، ٢٠٠٤، ص ٧٠. الهواري، ٢٠٠٣، ص ١٦٥٥. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٨٤. المطالقة، ٢٠٠٣، ص ١٣٨.

(٨) قانون إصدار التقنين المدني الألماني لسنة ١٩٨٦ (المادة ٢/٢٧)، والقانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ (المادة ٣/١١٦).

(٩) التنظيم الأوروبي رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ (المادة ٣)، واتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦ بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود بيع البضائع الدولية (المادة ٧).

(١٠) Van der Hof, 2006, p. 129.

بيها بهذا الصدد: ففي حين أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تؤكد أن الحكم الوارد في المادة (١/١٩) يضمن وحدة قانون الإرادة الذي تم تحديده للتطبيق على العقد^(١)، فقد نصت على تجزئة العقد صراحة قوانين بعض الدول^(٢) والاتفاقيات الدولية^(٣). غير أن ذلك يتقيد بكون العقد يقبل التجزئة، بحيث لا يتصور مثلا أن يكون إنهاء العقد خاضعا بالنسبة لأحد الطرفين لقانون دولة ما وبالنسبة للطرف الآخر لقانون دولة أخرى لأن ذلك يؤدي إلى نتائج متضاربة^(٤).

ونظرا لأن قواعد القانون الإلكتروني الموضوعي الدولي محدودة حتى الآن^(٥)، فإن هذه المكنة تلعب دورا بارزا في مجال العقد الإلكتروني، لأنها تسمح للطرفين اختيار القانون الإلكتروني وقانون آخر لحكم العقد، شريطة أن لا تؤدي هذه التجزئة إلى الإفلات من التصوص الأمرة في القوانين المختارة^(٦). فمن ناحية يكون القانون الإلكتروني، فيما يتضمنه من قواعد محددة، أكثر مناسبة لحكم العقد الإلكتروني^(٧)؛ كونه وضع أساسا لمواجهة مثل هذا العقد. ومن ناحية أخرى، فإن المسائل العقدية الأخرى التي لا ينظمها القانون الإلكتروني يتم إخضاعها لقانون آخر يختاره الطرفان، سواء كان ذلك قانونا وطنيا أم قانون التاجر^(٨).

الفرع الخامس: صلة القانون المختار بالعقد الإلكتروني

يرى بعض الفقه^(٩)، وكذلك بعض التشريعات^(١٠)، أن القانون المختار يجب أن تربطه بالعقد الذي يحكمه ثمة صلة، وبغير ذلك يتم إهماله وتحديد القانون الواجب التطبيق من قبل

- (١) حوتة، ٢٠٠٤، ص ٨٢.
- (٢) دواس، ٢٠٠١، ص ١٤١. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٦٠. Goldsmith, 1998, p. 1235.
- (٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ١، ص ٢٨٩.
- (٤) انظر مثلا: المادة (٢٧) من قانون إصدار التقنين المدني الألماني لسنة ١٩٨٦، والتي جاء فيها: "يجوز للطرفين اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد كله أو على جزء منه فقط" "Die Parteien koennen " die Rechtswahl fuer den ganzen Vertrag oder nur fuer einen Teil trefen (٣/٣١١١) من التقنين المدني لإقليم كيبيك في كندا لسنة ١٩٩٤، والتي جاء فيها: "يمكن أن يكون القانون المختار محددًا للتطبيق على كل التصرف القانوني أو جزءًا منه فقط" "The law of a country may be expressly designated as applicable to the whole or a part only of a juridical act".
- (٥) انظر مثلا: التنظيم الأوروبي رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ (المادة ٣)، واتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦ بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود بيع البضائع الدولية (المادة ٧)، واتفاقية مكسيكو لسنة ١٩٩٤ بين الدول الأمريكية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية (المادة ٧).
- (٦) دواس، ٢٠٠١، ص ١٤١. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٧٥ - ص ٢٧٧.
- (٧) انظر: المطلب الخامس.
- (٨) المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٧٧.
- (٩) سلامة، ٢٠٠٤، ص ٥٠.
- (١٠) انظر: المطلب الخامس.
- (١١) سلامة، ٢٠٠٤، ص ٧٠. العلي، ٢٠٠٣، ص ٦٠٧. Sarmiento, 2001, p. 1216. Goldsmith, 1998, p. 1216.
- (١٢) انظر: المادة (٢/١٨٧) من تقنين تنازع القوانين الأمريكي الثاني (Restatement (Second) Conflict of Laws) والمادة (١/١٠٥-١) من القانون التجاري الموحد (Uniform Commercial Code, UCC)، اللتان تشترطان لتطبيق القانون الذي يختاره المتعاقدان وجود صلة جوهرية بينه وبين المتعاقدين أو

القاضي وفقا لصوابط الإسناد الاحتياطية الواردة في قاعدة الإسناد المعنية. في الحقيقة، إن الدولة التي يتم اختيار قانونها ليحكم العقد يرتبط بها العقد عادة بصلة ما، كأن ينتمي إليها أحد الطرفين جنسيته أو يكون فيها موطنه، أو محل إبرام العقد أو تنفيذه. ولكن لا شيء يمنع المتعاقدين أيضا من اختيار قانون دولة محايدة إن كانت مصلحتهما تقتضي ذلك، خاصة وأن الدفع بالغش نحو القانون يظل ضابطا لتصرف المتعاقدين في هذا المجال.

وفي العقود الإلكترونية بوجه خاص، يرى جانب آخر من الفقه^(١) ضرورة وجود صلة بين العقد والقانون المختار للتطبيق عليه، لكنه يتوسع في مفهوم هذه الصلة كثيرا حتى لو كانت هذه الصلة اجتماعية أو اقتصادية، الأمر الذي يقترب مما جرى عليه العمل في التجارة الإلكترونية من وجود عقود نموذجية يخضع كل منها لقانون ما منصوص عليه فيها بغض النظر عن وجود أي صلة بين العقد والدولة التي اختير قانونها لحكم العقد.

غير أن اشتراط الصلة بين القانون المختار والعقد الذي يحكمه يقيد بشكل غير مبرر حرية الطرفين في اختيار قانون يناسب عقدهما^(٢). من المعروف أن الدول لم تقم جميعها حتى الآن بوضع قانون خاص ينظم التعاقد الإلكتروني، وعليه فما الذي يمنع الطرفين من اختيار قانون أي دولة يكون أكثر ملائمة من غيره ليحكم عقدهما، لا سيما وأن هذا العقد يسبح في البيئة الدولية الافتراضية مما يتيح الفرصة لتطبيق أي قانون عليه؟! وربما هذا ما جعل المادة (١٠٩) من القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسب لسنة ١٩٩٩ لا تشترط وجود صلة ما بين القانون المختار والعقد الإلكتروني، وذلك رغم أن المادة (٢/١٨٧) من تقنين تنازع القوانين الأمريكي الثاني (Restatement (Second) Conflict of Laws) والمادة (١) - (١/١٠٥) من القانون التجاري الموحد (Uniform Commercial Code, UCC) تشترطان لتطبيق القانون الذي يختاره طرفا العقد العادي وجود صلة جوهرية بينه وبين المتعاقدين أو العقد.

المطلب الرابع: الاختيار الضمني

كما أن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي قد يكون صريحا، فإنه يجوز أيضا أن يكون ضمنيا يمكن استنباطه من الظروف الملائمة للعقد^(٣)، وهذا ما أكدته عدة تشريعات وطنية^(٤) واتفاقيات دولية^(٥). وتجدر الإشارة ابتداء إلى أن الإرادة المفترضة، أي

العقد، والمادة (٥/١٠) من القانون الإسباني الصادر بتاريخ ١٣/٥/١٩٧٤، والمادة (١/٢٥) من القانون البولوني الصادر بتاريخ ١٢/١١/١٩٦٥، اللتان تشترطان وجود ثمة رابطة بين العقد والقانون المختار.
 (١) حوتة، ٢٠٠٤، ص ٨١-٨٢. الهواري، ٢٠٠٣، ص ١٦٥٥. سلامة، (لم تذكر سنة النشر)، ص ٨٤.
 (٢) قارن: المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٨٣ - ص ٢٨٤.
 (٣) سلامة، (لم تذكر سنة النشر)، ص ٨٥. المطالفة، ٢٠٠٣، ص ١٢٥. Rizzi, 2002, p. 54.
 (٤) انظر مثلا: المادة (١٩) من القانون المدني المصري، والمادة (١/٢٧) من قانون إصدار التقنين المدني الألماني لسنة ١٩٨٦، ولما (١/٣١١) من التقنين المدني لإقليم كيبيك في كندا لسنة ١٩٩٤.
 (٥) انظر مثلا: التنظيم الأوروبي رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ (المادة ٣)، واتفاقية مكسيكو لسنة ١٩٩٤ بين الدول الأمريكية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية (المادة ٧).

تطبيق القانون الذي كان الطرفان سيختارانه لو فكرا في القانون الواجب التطبيق على عقدهما، لا تكفي في هذا المجال. وفي المقابل، فإنه يمكن استنباط الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد من عدة مؤشرات تصاحب عملية التعاقد، مثل: شرط منح الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة، أو أن يكون العقد مكتوبا بلغة دولة معينة، أو تم تحريره بمعرفة موثق من دولة معينة، أو أن تستخدم في العقد مصطلحات أو نظريات أو نصوص خاصة بقانون دولة معينة، أو أن يكون إبرام و / أو تنفيذ العقد في دولة معينة، أو أن يكون الوفاء بعملة دولة معينة، أو أن يكون العقد مرتبطا بعقد آخر سبق إبرامه وتم فيه من قبل الطرفين تحديد القانون الواجب التطبيق عليه.

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة الموضوع عادة ما تستخلص الإرادة الضمنية للطرفين بشأن القانون الواجب التطبيق من توفر أكثر من مؤشر واحد من هذه المؤشرات^(١). وعلى أي حال، فإن ما تقوم به المحكمة في هذه الحالة هو مسألة واقع تتمتع بشأنه بسلطة تقديرية، ولا يخضع لرقابة محكمة التمييز أو النقض^(٢)، طالما جاء استخلاصها مبنيا على أسباب سائغة^(٣).

وفي مجال العقود الإلكترونية، فإن اللغة التي يكتب فيها العقد الإلكتروني لا يركز إليها لاستنباط الإرادة الضمنية؛ لأنها عادة ما تكون اللغة الإنجليزية^(٤)، وحتى إذا ما كتب العقد بلغة أخرى فإنها تترجم إلى الإنجليزية بطريقة آلية من خلال برنامج موجود في الحاسب^(٥). كما أن عملة الوفاء تعد قريبة ضعيفة^(٦)، حيث يتم الدفع في العقود الإلكترونية عادة بالدولار الأمريكي أو اليورو^(٧)، ومن خلال بطاقة الوفاء أو من خلال وسيلة إلكترونية أخرى^(٨)، إضافة إلى أن تحرير العقد عن طريق موثق من دولة معينة لا يتفق مع الطريقة الخاصة التي يتم من خلالها إبرام العقود الإلكترونية^(٩). وبالمثل، فإنه يصعب التسليم بتطبيق القانون المختار لحكم العقد الأصلي على العقد الإلكتروني المرتبط به، لأن مثل هذا الارتباط نادر الحدوث على شبكة الإنترنت خاصة وأن الطرفين لا يعرفان بعضهما البعض في الغالب ولا يوجد دليل مادي على وجودهم الحقيقي^(١٠).

(١) حوتة، ٢٠٠٤، ص ٨٩. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٨٧. المطالفة، ٢٠٠٣، ص ١٤٠.

(٢) حوتة، ٢٠٠٤، ص ٨٨. سلامة، (لم تذكر سنة النشر)، ص ٨٥.

(٣) سلامة، ٢٠٠٤، ص ٧٠. المطالفة، ٢٠٠٣، ص ١٢٥.

(٤) أبو الهيجاء، ٢٠٠٥، ص ١٢٠.

(٥) حوتة، ٢٠٠٤، ص ٨٩. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٨٨، ص ٣٦٤ - ص ٣٦٥.

International Chamber of Commerce (ICC), 2001, p. 3.

(٦) قارن: International Chamber of Commerce (ICC), 2001, p. 3.

(٧) أبو الهيجاء، ٢٠٠٥، ص ١٢٠.

(٨) المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٨٨، ص ٣٦٥.

(٩) حوتة، ٢٠٠٤، ص ٨٩.

(١٠) المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٣٦٥.

وكذلك فإن الإشارة إلى الدولة التي تم فيها إبرام العقد قد تثير الشكوك حول القانون المعين ضمناً من قبل الطرفين لصعوبة تحديد مكان انعقاده^(١)، إضافة إلى أن التاجر يتعذر عليه وقت العقد معرفة المكان الذي سيرم فيه الطرف الآخر العقد. وفوق ذلك فإن مكان وجود الخادم (Server) الذي استخدم في إبرام العقد الإلكتروني أو مكان وجود مقدم خدمة الموقع للمتعاقدين لا يمكن الركون إليها لاستنباط إرادة الطرفين الضمنية لاختيار القانون الواجب التطبيق، كونها مؤشرات تحكمية ولا تكون عادة معروفة للطرف الآخر في العقد. أضف إلى ذلك أن القوانين الوطنية تختلف فيما بينها حول مكان انعقاد العقد ما إذا كان مكان صدور القبول، أو مكان إرساله، أو مكان تسلمه، أو مكان العلم به^(٢). وعلى أي حال، ولأن شبكة الإنترنت مجرد وسيلة يتم من خلالها إبرام العقد الإلكتروني، فإنه يمكن معاملة هذا العقد بالطريقة ذاتها التي يتم بها معاملة العقد الذي يبرم على الورق أو عبر الهاتف^(٣). وعليه، فالتشريعات التي أخذت بمكان صدور القبول، كالقانون المدني الأردني (المادة ١٠١)، يمكن بموجبها اعتبار أن العقد الإلكتروني ينعقد بمجرد الضغط على أيقونة الإرسال التي تؤدي إلى انطلاق رسالة القبول عبر شبكة الإنترنت^(٤) بشكل يتعذر معه إلغائها أو الرجوع عنها أو حتى تعديلها^(٥). وأما التشريعات التي أخذت بوصول رسالة القبول دليلاً على علم الموجب بها، كالقانون المدني المصري (المادة ٩٧)^(٦)، فإنه يمكن في ظلها اعتبار وصول الرسالة إلى البريد الإلكتروني للموجب قرينة على انعقاد العقد في ذلك المكان^(٧). ويسير في هذا الاتجاه أيضاً الفصل (٢٨) من قانون المبادلات والتجارة التونسي لسنة ٢٠٠٠، والذي جاء فيه: "ينشأ العقد الإلكتروني في عنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

أضف إلى ذلك أنه يمكن استنباط الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني من العادات التجارية السائدة بين الطرفين. فإذا ما اعتاد الطرفان إبرام صفقاتهما عبر التبادل الإلكتروني للمعلومات Electronic Data Interchange, EDI، وكانت هذه الصفقات تتضمن شرطاً على القانون الواجب التطبيق، ثم تحولاً إلى التعاقد عبر شبكة الإنترنت دون

- (١) القسبي، ٢٠٠٣، ص ١٦١٧. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٨٨. المطلقة، ٢٠٠٣، ص ٤١.
- (٢) انظر تفصيل هذه النظريات لدى: المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٨٨، ص ٤١١ - ص ٤١٨. أبو الهيجاء، ٢٠٠٥، ص ٥٢ - ص ٥٣.
- (٣) Kronke, 1998, p. 78. Boele-Woelki, 2000, p. 28. Goldsmith, 1998, pp. 1213, 1233, 1240. Svantesson, 2005, p. 2. Kidd & Daughtrey, 2000, V. B.
- (٤) المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٨٨، ص ٤١١ - ص ٤١٢. أبو الهيجاء، ٢٠٠٥، ص ٥٥.
- (٥) القسبي، ٢٠٠٣، ص ١٦١٨.
- (٦) والجدير بالملاحظة أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري أخذ بنظرية تصدير القبول فيما يتعلق بالعقود الإلكترونية، حيث نصت المادة (٢) منه على ما يلي: "... ويعتبر العقد قد تم بمجرد تصدير القبول"، مما يعني وجود نظامين مختلفين لانعقاد العقد؛ أحدهما يخص العقد العادي والآخر يخص العقد الإلكتروني (المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٤١٢).
- (٧) القسبي، ٢٠٠٣، ص ١٦١٨.

تحديد قانون آخر ليكون واجب التطبيق، فإن الشرط السابق على القانون الواجب التطبيق يسري على صفقاتها الجديدة طالما أن العلاقة بينهما لم تتغير بشكل جذري^(١). ومع ذلك، ولتجنب أي شك حول تحديد العناصر الجغرافية التي يرتبط بها العقد الإلكتروني^(٢)، ومن أجل ضمان توفر الأمان القانوني لطرفيه، فمن الأفضل لهما أن يختارا القانون الواجب التطبيق على عقدهما صراحة^(٣).

المطلب الخامس: اختيار قواعد قانونية

فيما يتعلق بالعقد التجاري الدولي العادي، فقد وضعت قواعد قانونية موضوعية لتنظيمه من جوانب مختلفة، بحيث تكوّن على الصعيد الدولي ما يسمى بقانون التجار *lex mercatoria*، والذي يتضمن، من ضمن ما يتضمنه، الاتفاقيات الدولية والقوانين النمطية والعقود النموذجية والأعراف الدولية الموحدة (مثل: مبادئ ليندروا لعقود التجارة الدولية Unodroit Principles of International Commercial Contracts، والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية Uniform Customs and Practices on Documentary Credits, UCP).

وفيما يتعلق بالعقد الإلكتروني فقد بدأ يتكون ما يسمى بالقانون الإلكتروني *lex electronica*^(٤)، والذي يشمل مجموعة من القواعد الموضوعية ذات النشأة التلقائية^(٥)، كالممارسات التعاقدية سواء بين الراغبين في استعمال الشبكة والشركات التي تقدم خدمة الاشتراك أو بين مقدم المادة المراد تحميلها على الشبكة وبين مقدم خدمة الموقع الذي سيتم تحميل تلك المادة عليه، والأعراف والعادات المستقرة بين أوساط المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية^(٦)، ومدونات السلوك^(٧)، والعقود النموذجية الإلكترونية^(٨)، وكذلك مجموعة أخرى أخرى من القواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدولي^(٩)، كالاتفاقيات الدولية^(١٠)، والقوانين النمطية^(١١)، والتوصيات والتوجيهات الجماعية^(١٢).

(7) Van der Hof, 2006, pp. 128-129.

(1) Boele-Woelki, 2000, pp. 4, 13.

(2) Kronke, 1998, pp. 74-75.

(٤) سلامة، ٢٠٠٤، ص ٥٥. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٥٠. Boele-Woelki, 2000, pp. 4, 28.

(٥) لمزيد من التفصيل، انظر: المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ١٨٣ - ص ١٩٤.

(٦) حوتة، ٢٠٠٤، ص ١٤٤-١٤٥.

(٧) ومن ذلك مثلاً: مدونة السلوك العملي التي وضعتها جمعية مدققي خدمات الإنترنت، والتي تتضمن مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات بين المتعاملين على الشبكة الدولية للمعلومات.

(٨) القصبي، ٢٠٠٣، ص ١٦٣١. Boele-Woelki, 2000, p. 12.

(٩) لمزيد من التفصيل، انظر: المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ١١٨ - ص ١٨٢.

(١٠) ومن ذلك مثلاً: اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة ٢٠٠٥.

(١١) ومن ذلك مثلاً: القانون النمطي الخاص بالتجارة الإلكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL) سنة ١٩٩٦.

والسؤال هو: هل يجوز للمتعاقدين اختيار قانون التجار أو القانون الإلكتروني ليكون القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني؟ لقد ثار هذا السؤال ابتداء بخصوص اختيار المتعاقدين قانون التجار ليحكم العقد التجاري الدولي العادي، وقد اختلفت الإجابة عليه حسبما يكون النزاع الذي يثور بشأن هذا العقد منظورا أمام محكمة وطنية أم هيئة تحكيم.

من المعروف أن المحاكم في كل دولة تلتزم بتطبيق قواعد الإسناد في قوانينها الوطنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي. وعليه، فإن تحديد مدى جواز اختيار المتعاقدين لقانون التجار، وبخاصة مبادئ النيديروا، ليكون هو القانون الواجب التطبيق على العقد، يعتمد بالدرجة الأساسية على قاعدة الإسناد الوطنية. وعلى الرغم أن الفقرة الثانية من ديباجة مبادئ النيديروا تنص على أنه "يجب تطبيق هذه المبادئ عندما يتفق الأطراف على أنها القانون الواجب التطبيق على عقدهم"، فإنه لا مناص من الرجوع إلى قاعدة الإسناد الوطنية لتحديد ما إذا كانت تلزم الأطراف باختيار قانون دولة معينة أم أنها تسمح لهم، بشكل أو بآخر، اختيار قواعد قانونية غير وطنية. فالمحاكم في الدول الأوروبية الملتزمة بالتنظيم الأوروبي رقم ٢٠٠٨/٥٩٣، ومن قبله باتفاقية روما لعام ١٩٨٠، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لا تلتزم - وفقا للرأي الغالب^(١) - بتطبيق القانون المختار إلا إذا كان قانون دولة معينة^(٢). ولذلك، إذا كانت مبادئ النيديروا هي القانون المختار من قبل الأطراف فلا تعترف المحاكم بها على أنها القانون الواجب التطبيق وإنما تقوم بتطبيقها على أنها جزء من بنود العقد^(٤)، الأمر الذي يظل معه هذا العقد بحاجة إلى قانون يحكمه يتم تحديده من قبل المحكمة بموجب قاعدة الإسناد المعنية. والسبب في ذلك أن مبادئ النيديروا تعد جزءا من قانون التجار (lex mercatoria)^(٥) الذي يتضمن القواعد المعمول به في التجارة الدولية، ولم تكن اتفاقية تصادق عليها الدول كي يمكن اعتبارها جزءا من قانونها الوطني.

(١) ومن ذلك مثلا: توصيات منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية Organization for Economic Cooperation and Development, OECD حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود لسنة ١٩٨٠، والتوجيه الأوروبي رقم ٤٦/٩٥ س ي حول حماية الفرد في مجال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي والتدفق الحر للبيانات.

(٢) أنظر أنصار هذا الرأي لدى: Wichard, 1996, pp.269-302, at 275.

أنظر أيضا: Arbitral Award of the Tribunale Padova - Sez. Este / Italy, dated 11.01.2005، متوفر على الإنترنت: www.unilex.info

(٣) فالمادة (١/٤) منها تنص صراحة على أنه: "إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا للمادة الثالثة، فإنه يسري على العقد قانون الدولة التي يكون للعقد أقوى صلة به...". انظر أيضا: Graham, p. 5.

(3) Arbitral Award of the Tribunale Padova - Sez. Este / Italy, dated 11.01.2005,

available on the Internet at: www.unilex.info

(٥) انظر: قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٩٩٦/٨٢٦١، وقرارها رقم ٢٠٠٠/١٠٠٢٢، وقرارها رقم ٢٠٠٠/٩٧٩٧، والذي جاء في ملخصه: "تعتبر مبادئ النيديروا حول عقود التجارة الدولية مصدرا معتمدا لقانون التجارة الدولية"، "the Unidroit Principles of International Commercial Contracts are a reliable source of international commercial law"، وجميعها متوفرة على الإنترنت: www.unilex.info

غير إن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تقتضي السماح لهم باختيار مبادئ الينيدروا كقانون يحكم العقد أمام المحاكم الوطنية. وحتى في الدول الأوروبية التي أخذت بالتنظيم الأوروبي رقم ٢٠٠٨/٥٩٣، فإن المادة (١/٣) من الاتفاقية تسمح بذلك لأنها تتحدث صراحة عن "القانون الذي يختاره الأطراف"^(١) دون أن تربطه بدولة معينة - كما فعلت المادة (١/٤) من الاتفاقية ذاتها المذكورة أعلاه^(٢).

أضف إلى ذلك أن العديد من الدول الأخرى، ومنها الدول العربية عموماً، لم تشترط قواعد الإسناد فيها أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي قانون دولة معينة، وإنما جاءت الصياغة عامة تسمح للأطراف باختيار القواعد القانونية التي يرغبون فيها^(٣). كما أن اعتراف المحاكم الوطنية وتنفيذها لقرارات التحكيم التي تصدر بالاستناد إلى قانون التجار يشجع هذه المحاكم على تطبيق قانون التجار بنفسها عندما يكون الأطراف قد عينوه للتطبيق على العقد^(٤)، خصوصاً وأن هذه المحاكم تستطيع، ولو استثناءً، أن تفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة^(٥).

وخلافاً للمحاكم الوطنية لا تلتزم هيئات التحكيم - وفقاً للرأي الغالب - بتطبيق قواعد الإسناد في قانون الدولة التي يتم فيها التحكيم^(٦)، بل يتم تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف. وعادة ما يقوم الأطراف بتحديد القانون الوطني الذي على المحكم تطبيقه للفصل في النزاع، أو أنهم يخولوه الفصل بالنزاع صلحاً دون التقيد بتطبيق قواعد قانونية معينة^(٧). وعليه فإن اختيار الأطراف لمبادئ الينيدروا لتكون هي القانون الواجب التطبيق يأتي في منزلة وسطى بين الأمرين^(٨)، ويكون مقبولاً من باب أولى^(٩). وهذا ما تم التأكيد عليه في العديد من قوانين

- (١) حيث جاء فيها: "A contract shall be governed by the law chosen by the parties..."
- (٢) Wichard, 1996, p. 282. Van der Hof, 2006, pp. 132-133. ٢٧٣. ص ٢٠٠٣، ص ٢٧٣.
- (٣) دواس، ٢٠٠١، ص ١٤٢. المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٦٠، ص ٢٧٢.
- (٤) وهذا ما تم التأكيد عليه في بعض التطبيقات العملية، انظر مثلاً: Decision of the Handelsgericht St.Gallen / Switzerland, dated 12.11.2004 & Decision of the Bundesgericht / Switzerland, dated 20.12.2005, both available on the Internet at: www.unilex.info
- (٥) انظر تفصيل ذلك لدى: امين دواس، مدى تطبيق مبادئ الينيدروا للعام 2004 على عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، م ٣٢، ع ٢، لسنة ٢٠٠٨، ص ٤١١ - ص ٤١٢.
- (٦) Wichard, 1996, p. 276. Boele-Woelki, 2000, p. 7.
- (٧) Spickhoff, EGBGB Art. 27, Rn 10 in: Beck'scher Oonline- Kommentar BGB, edited by: Bamberger, H. G / Roth, H. Verlag C.H. Beck, Munich 2006.
- (٨) Wichard, 1996, pp. 277-278.
- (٩) Wagner, J. D. & Moens, G. A., The Unidroit Principles of the International Commercial Contracts, in: International Trade and Business: Law, Policy and Ethics, (Editors: Moens, G. & Gillies, P.), Cavendish Publishing Pty Limited,
- مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية)، مجلد ٢٥ (١٠)، ٢٠١١

ووثائق التحكيم التجاري الدولي^(١).

وسواء تعلق الأمر بقانون التجار أو بالقانون الإلكتروني الموضوعي الدولي، فهل يجوز لطرفي العقد الإلكتروني اختياره ليحكم عقدهما؟ لا نقاش أن القانون الإلكتروني الدولي، وبخاصة الاتفاقيات الدولية والقوانين النمطية، تتضمن قواعد محددة تتعلق بالعقود الإلكترونية. ولكن، وبسبب محدودية هذه القواعد^(٢)، فإن القانون الإلكتروني لا يصلح أن يكون القانون المختار من قبل المتعاقدين ليفصل في كل نزاع قد يثور بشأن العقد الإلكتروني^(٣). إن التقدم التكنولوجي المستمر عالمياً قد يصاحبه مستقبلاً تكوّن قانون إلكتروني موضوعي دولي حقيقي. وإلى ذلك الحين فإن الباب يظل مفتوحاً أمام المتعاقدين لاختيار نصوص اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة ٢٠٠٥ والقانون النمطي الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦، كلها أو بعضها، لتكون جزءاً من بنود عقدهما، مع الإشارة إلى أن النصوص الأمانة في القانون الواجب التطبيق تظل في هذه الحالة سارية على العقد. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه لا شيء يمنع من أن يتم اختيارهما، أو أي منهما، لحكم جانب من العقد الإلكتروني فقط، مثل انعقاد العقد وصحته، واختيار قانون آخر لحكم جوانب العقد الأخرى.

وأما فيما يتعلق بقانون التجار، وبخاصة مبادئ النيديروا، فإنه يتضمن قواعد متجانسة فيما بينها تنظم مساحة واسعة من العقود التجارية^(٤)، الأمر الذي يمكن معه للطرفين اختياره وحده ليكون القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني^(٥)، خاصة وأن هذا القانون يصلح للفصل في معظم النزاعات التي قد تثار بشأن العقد الإلكتروني. وقد تبين عملياً أن بعض العقود الإلكترونية تتضمن شرطاً يفيد بتطبيق مبادئ النيديروا، فموقع التسوق الإلكتروني

Sydney. London, 1998, p. 83-84. Boele-Woelki, 2000, p. 7. Goldsmith, 1998, pp. 1207, 1214. Sarmiento, 2001, p. 2.

(١) انظر مثلاً: المادة (١/٤٢) من اتفاقية البنك الدولي للعام ١٩٦٥ بخصوص تسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى، والمادة (١/١٧) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية للعام ١٩٩٨، والمادة (١/٢٨) من قانون التحكيم النموذجي لعام ١٩٨٥، والمادة (١٤٩٦) من تقنين المرافعات الفرنسي (الجديد) عام ١٩٨١، والمادة (١/٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، والشئ نفسه يفهم من قراءة المادة (٥/٤٣) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠. وأكثر من ذلك، فإن بعض القوانين الوطنية نصت صراحة على إمكانية تطبيق المحكم لمبادئ النيديروا، ومثال ذلك ما جاء في المادة (٢٧) من قانون التحكيم البني لسنة ١٩٩٩ من أنه: "عند تطبيق القانون المختص بحكم العلاقات التعاقدية تلتزم هيئة التحكيم باحترام الشروط الواردة في العقد، كما ويجب عليها أن تأخذ بالاعتبار الأعراف والعادات التجارية ومبادئ النيديروا حول عقود التجارة الدولية".

(٢) المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٢٢٦ - ص ٢٢٨، ص ٢٥٢.

(٣) قارن: الهواري، ٢٠٠٣، ص ١٦٦٤. Bonell, 2006, p. 157.

(4) Bonell, 2006, p. 156.

(5) Bonell, 2006, p. 158. International Chamber of Commerce (ICC), 2001, p. 1. Boele-Woelki, 2000, pp. 7, 12.

COVISINT مثلا ينص صراحة في شروط العضوية فيه على أن "الاتفاق المتعلق بالمنتج يجب أن يتم تفسيره وفقا لمبادئ النييدرولا لعقود التجارة الدولية ..."^(١).

المطلب السادس: مدى خضوع عقود المستهلك لقانون الإرادة

يقصد بعقود المستهلك تلك التي يكون محلها أداء استهلاكي عادي مخصص للاستهلاك الشخصي أو العائلي لأحد المتعاقدين، أي الاستهلاك الذي يعد أجنبيا عن نشاطه المهني^(٢). ومن المعروف أن المهني، باعتباره صاحب النفوذ الاقتصادي القوي، يسعى عادة إلى فرض شروطه على المستهلك؛ الأمر الذي قد يؤدي إلى تفرغ حرية الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق من محتواها عندما يقوم المهني باختيار قانون لا يوفر أية حماية للمستهلك أو يوفر حماية قليلة. وأمام ذلك فإنه لا بد من توفير الحماية اللازمة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد^(٣).

ومع ذلك، فإن كثيرا من التشريعات، ومنها التشريعات العربية، لم تميز بين عقود المستهلك وغيرها من العقود الدولية فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق. وعليه، فإنه يسري عليها القانون الذي اختاره الطرفان صراحة أو ضمنا على النحو السابق بيانه.

غير أن بعض التشريعات ميزت بين عقود المستهلك والعقود الدولية الأخرى، أو أنها بالأحرى ميزت في عقود المستهلك بين أن يكون هذا المستهلك إيجابيا أم سلبيا فيما يتعلق بإبرام العقد^(٤)، بحيث قررت حماية خاصة للمستهلك السلبى فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد الذي يكون طرفا فيه، وإن اختلفت فيما بينها في نطاق هذه الحماية. فمن ناحية، قررت بعض التشريعات حماية المستهلك عن طريق استبعاد مبدأ سلطان الإرادة استبعادا كلياً^(٥)، ومثال ذلك القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ (المادة ١/١٢٠)، الذي لم يخضع عقود المستهلك لقانون الإرادة، وإنما لقانون الموطن أو محل الإقامة العادية للمستهلك: أ- إذا كان المورد قد تلقى الطلب في هذه الدولة، ب- أو إذا كان إبرام العقد في تلك الدولة قد سبقه عرض أو دعاية وقام فيها المستهلك بالأعمال الضرورية لإبرام العقد، ج- أو إذا كان المستهلك قد استحثه المورد على الذهاب إلى دولة أجنبية ليتم فيها طلبه.

ومن ناحية أخرى، قررت تشريعات أخرى، مثل التنظيم الأوروبي رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ (المادة ٦)، أن اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق على عقود المستهلك جائز من حيث المبدأ، شريطة أن لا يستتبع ذلك حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الآمرة في القانون الذي كان سيطبق لولا هذا الاختيار: إذا كان إبرام العقد قد سبقه في دولة محل الإقامة

(1) Bonell, 2006, p. 156.

(٢) انظر: المادة (١/٦) من التنظيم الأوروبي رقم ٢٠٠٨/٥٩٣، والمادة (١٢٠) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧.

(٣) البحيري، ٢٠٠٣، ص ١٦٧٢. سلامة، (لم تذكر سنة النشر)، ص ٨٨.

(4) Boele-Woelki, 2000, p. 18. Graham, p. 6.

(5) Kronke, 1998, p. ٨٢.

عرض خاص أو إعلان وكان المستهلك قد قام في تلك الدولة بالأعمال الضرورية لإبرام العقد، أو كان المتعاقد الآخر أو ممثله قد تلقى طلب المستهلك في الدولة المذكورة، أو كان العقد يتعلق ببيع بضائع وذهب المستهلك إلى دولة أجنبية وأتم فيها الطلب طالما كانت الرحلة قد نظمها البائع من أجل إغراء المستهلك بإبرام العقد.

وبالمثل، فقد نصت الفقرة (أ) من المادة (١٠٩) من القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسب لسنة ١٩٩٩ (Uniform Computer Information Transactions Act)^(١) على جواز اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق على عقود المستهلك شريطة مراعاة التصوص الأمرة في قانون الولاية التي يجب تطبيق قانونها، بموجب الفقرتين (ب، ج)، عند تخلف مثل هذا الاختيار. ووفقا للفقرة (ب) فإنه يجب - في حالة عدم اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق - تطبيق قانون بلد المرخص (licensor) وقت العقد على العقود المتضمنة التسليم الإلكتروني، وقانون مكان التسليم أو المكان الذي كان يجب أن يتم فيه التسليم على عقود المستهلك التي تتطلب تسليم للنسخ أو المواد الرقمية في بيئة رقمية، والقانون الأوثق صلة بالصفقة في أية حالة أخرى. وبموجب الفقرة (ج) فإنه يتعين - إذا ما كان القانون الواجب التطبيق وفقا للفقرة (ب) قانون دولة أخرى غير الولايات المتحدة الأمريكية -

(١) تنص المادة (١٠٩) من القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسب لسنة ١٩٩٩ على ما يلي:
 “(a) [Contractual choice and limitations.] The parties in their agreement may choose the applicable law. However, the choice is not enforceable in a consumer contract to the extent it would vary a rule that may not be varied by agreement under the law of the jurisdiction whose law would apply under subsections (b) and (c) in the absence of the agreement.
 (b) [Absence of enforceable choice.] In the absence of an enforceable agreement on choice of law, the following rules determine which jurisdiction's law governs in all respects for purposes of contract law:
 (1) [Access contracts and electronic delivery.] An access contract or a contract providing for electronic delivery of a copy is governed by the law of the jurisdiction in which the licensor was located when the agreement was entered into.
 (2) [Consumer tangible copies.] A consumer contract that requires delivery of a copy on a tangible medium is governed by the law of the jurisdiction in which the copy is or should have been delivered to the consumer.
 (3) [All other cases.] In all other cases, the contract is governed by the law of the jurisdiction having the most significant relationship to the transaction.
 (c) [Effect of foreign law.] In cases governed by subsection (b), if the jurisdiction whose law governs is outside the United States, the law of that jurisdiction governs only if it provides substantially similar protections and rights to a party not located in that jurisdiction as are provided under this [Act]. Otherwise, the law of the State that has the most significant relationship to the transaction governs.”

تطبيق هذا القانون الأجنبي فقط عندما يوفر حماية للمتعاقد (المستهلك) لا تقل عن الحماية التي يوفرها القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسب، وبخلاف ذلك يتم تطبيق قانون الدولة التي لها الصلة الأوثق بالصفقة.

وفيما يتعلق بالمستهلك في العقود الإلكترونية، فإنه يتمتع بالحماية ذاتها بخصوص القانون الواجب التطبيق: فمثلا يمكن اعتبار أن المستهلك قد قام في محل إقامته العادية بالأعمال الضرورية لإبرام العقد عندما يسجل فيه طلبه على شبكة الإنترنت^(١). وكذلك يمكن اعتبار أن المستهلك استقبل العرض في محل إقامته العادية عندما يفتح بريده الإلكتروني، في هذا المحل، ويجده فيه^(٢). وهذا هو الحال عادة عندما يقوم مورد الخدمة أو البضاعة بإرسال رسالة إلكترونية دعائية أو إعلانية إلى بلد المستهلك^(٣)، أو بتصميم صفحة إعلانية موجهة بالذات إلى دولة المستهلك^(٤).

غير أن عرض البضاعة أو الخدمة والإعلان عنها للجميع على شبكة الإنترنت، يثير الشك حول ما إذا أمكن اعتبار أن هذا العرض قد تم في بلد المستهلك، أم في بلد التاجر، أم في بلد مقدم خدمة الإنترنت. ولكن، ومن أجل منع أي محاولة للغش من قبل التاجر بهدف الوصول إلى تطبيق قوانين دول أضعف في توفير الحماية للمستهلك، فإن العبرة تكون لبلد المستهلك^(٥).

ومهما يكن من أمر فإن ضمان تمتع المستهلك بالحماية التي توفرها له النصوص الأمرة في قانون محل إقامته العادية حتى في حالة الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق قد يجرم المستهلك نفسه من الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق والحصول على سعر أفضل^(٦). كما أن ذلك سيؤدي إلى تكبيد التاجر، الطرف الآخر في العقد الإلكتروني، نفقات وجهود كبيرة للتعرف على هذه النصوص الأمرة في قوانين عدة دول مختلفة التي يمكن أن يكون محل الإقامة العادية للمستهلك فيها^(٧). وعليه فإن الحاجة ماسة لتعديل نصوص القانون الدولي الخاص المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود المستهلك الإلكترونية^(٨). وكذلك، فإنها تظل مسئولية التاجر لإيجاد قواعد للممارسات الفضلى تمكن المتعاقدين من الاختيار الصحيح للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، الذي يكون فيه المتعاقدان لا يعرفان بعضهما البعض، مما يحول

(١) حوتة، ٢٠٠٤، ص ١٣٥. سلامة، (لم تذكر سنة النشر)، ص ٩٠. الهواري، ٢٠٠٣، ص ١٦٥٩.

Graham, p. 6.

(٢) حوتة، ٢٠٠٤، ص ١٣٥. سلامة، (لم تذكر سنة النشر)، ص ٩٠. الهواري، ٢٠٠٣، ص ١٦٥٩.

Graham, p. 6.

(٣) سلامة، (لم تذكر سنة النشر)، ص ٩٠. Svantesson, 2005, p. 2.

(٤) سلامة، ٢٠٠٤، ص ٧٤. الهواري، ٢٠٠٣، ص ١٦٥٩.

(٥) سلامة، ٢٠٠٤، ص ٧٥. الهواري، ٢٠٠٣، ص ١٦٥٩.

(6) International Chamber of Commerce (ICC), 2001, p. 4.

(٧) المنزلاوي، ٢٠٠٣، ص ٣١١ - ص ٣١٢. أبو الهيجاء، ٢٠٠٥، ص ١١٩.

International Chamber of Commerce (ICC), 2001, p. 4.

(8) Boele-Woelki, 2000, p. 27.

بين التاجر وبين التمييز في القانون الواجب التطبيق تبعا لطبيعة الطرف الآخر الذي يتعاقد معه^(١). وعليه، وإلى جانب سريان القانون المختار على العقد الإلكتروني دون حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له القواعد الأمرة في قانون محل إقامته المعتاد، فإنه يمكن اشتراط قيام المستهلك بإعلام البائع بهذه القواعد الأمرة مسبقا^(٢).

الخاتمة

تبين أن طبيعته الخاصة للعقد الإلكتروني؛ كونه يتم عبر شبكة عالمية، تقتضي اعتباره دوليا من حيث المبدأ، وبالتالي فهو بحاجة إلى قانون يحكمه. وقد اتضح أن قانون الإرادة يمكن تفعيله على العقد الإلكتروني كونه لا يختلف عن العقد التجاري الدولي العادي إلا بطريقة انعقاده، وبالتالي يجوز لطرفيه اختيار القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه صراحة أو ضمنا.

ومع ذلك، حبذا لو يتدخل المشرع، على المستويين الوطني والدولي، لوضع قواعد إسناد للعقد الإلكتروني تجيز للطرفين اختيار القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، وتبين أثر هذا الاختيار على القواعد الأمرة في قانون محل إقامة المستهلك والتي توفر له حماية أفضل من القانون المختار. ولعل نص المادة (٢) من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة ٢٠٠٤ تعد خطوة جيدة في هذا الاتجاه. غير أن المادة (١٠٩) من القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسب لسنة ١٩٩٩ خطت خطوة إضافية عندما بينت نطاق تطبيق القانون المختار على عقود المستهلك، ولذلك يمكن السير على هداها. وعليه، حبذا لو يرد النص التالي في التشريعات العربية ذات العلاقة:

١. يسري على العقد الإلكتروني القانون أو القواعد القانونية التي يختارها الطرفان صراحة أو ضمنا.
٢. وإذا لم يحدد الطرفان القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق، يسري قانون الدولة التي يكون للعقد الإلكتروني صلة وثيقة بها.
٣. وإذا كان أحد الطرفين في العقد الإلكتروني مستهلكا، يؤخذ بالحسبان في كل الأحوال القواعد الأمرة الواردة في قانون موطنه لحمايته."

المراجع العربية والأجنبية

– البجيرري، عزت. (٢٠٠٣). "القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية. نظرة عامة". مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون. ٩-١١ ربيع الأول

(1) International Chamber of Commerce (ICC), 2001, p. 6.

(٢) أبو الهيجاء، ٢٠٠٥، ص ١١٩.

- ١٤٢٤ هـ الموافق ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣ م. غرفة تجارة وصناعة دبي. المجلد الرابع. ١٦٦٥ - ١٦٧٨.
- حوتة، عادل. (٢٠٠٤). عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية. القاهرة.
- دواس، امين. (٢٠٠١). تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة. دار الشروق. عمان. الأردن.
- سلامة، أحمد. (٢٠٠٤). "الإنترنيت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق". بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنيت. جامعة الإمارات العربية المتحدة. كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة. المجلد الأول. من ١-٣ مايو ٢٠٠٠. ط ٣. ٢٣-٩٧.
- سلامة، أحمد. (لم تذكر سنة النشر). القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني - السياحي - البيئي. ط ١. دار النهضة العربية. القاهرة.
- العلي، يوسف. (٢٠٠٣). "مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت". دراسة في القانون الدولي الخاص الكويتي. المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية. ٢٦-٢٨/٤/٢٠٠٣ أكاديمية شرطة دبي - مركز البحوث والدراسات - الإمارات العربية المتحدة. متوفر على موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي:
- http://www.arablawinfo.com/Researches_AR/454.pdf
- القصبي، عصام الدين. (٢٠٠٣). "تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية". مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون. ٩-١١ ربيع الأول ١٤٢٤ هـ الموافق ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣ م. غرفة تجارة وصناعة دبي. المجلد الرابع. ١٦١١ - ١٦٤٤.
- المطالفة، محمد. (٢٠٠٨). الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية أركانها - إثباتها - حمايتها (التشفير) - التوقيع الإلكتروني - القانون الواجب التطبيق. دراسة مقارنة. ط ١. الإصدار الأول. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان.
- المنزلاوي، صالح. (٢٠٠٦). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية. دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية.
- الهواري، احمد. (٢٠٠٣). "عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص". مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون. ٩-١١ ربيع الأول ١٤٢٤ هـ الموافق ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣ م. غرفة تجارة وصناعة دبي. المجلد الرابع. ١٦٤٥ - ١٦٦٤.

– أبو الهيجاء، محمد. (٢٠٠٥). عقود التجارة الإلكترونية العقود الإلكترونية – القانون الواجب التطبيق – المنازعات العقدية وغير العقدية. ط١. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان.

- Boele-Woelki, Katharina. (2000). Internet und IPR: Wo geht jemand ins Netz?. in: Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System - Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen. Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht. C.F. Muller Verlag Heidelberg. pp. 307-352. available on the Internet at:
<http://cuiwww.unige.ch/~billard/ipilec/BOELED1.HTM>. visited on Feb 4th 2009. pp. 1-30.
- Bonell, M. J. (2006). The UNIDROIT Principles as the Law Governing E-Transactions. in: Schulz. A. Legal Aspects of an E-Commerce Transaction: International Conference in The Hague. 26 and 27 October 2004. published by sellier: European law publ.. pp. 156-158.
- Goldsmith, Jack L. (1998). Against Cyberanarchy. 65 University of Chicago Law Review. Vol. 4. pp.1199- 1250.
- Graham, James A. (1999). Der virtuelle Raum - sein völkerrechtlicher Status. JurPC Web-Dok.. Vol. 35. Abs. 1 – 47. available on the Internet at: www.jurpc.de/aufsatz/19990035.htm. visited on Feb 7th 2009.
- Graham, James A. European Private International Law and E-commerce. Comments to the Draft Final ABA Report. available on the Internet at:
www.kentlaw.edu/cyberlaw/docs/foreign/Luxembourg-Graham3.rtf. visited on Feb 7th 2009. pp. 1-9.
- Van der Hof, Sanon. (2006). Party Autonomy and International Online Business-to-Business Contracts in Europe and United States. in: Schulz. A. Legal Aspects of an E-Commerce Transaction: International Conference in The Hague. 26 and 27 October 2004. published by sellier: European law publ.. pp. 116-134.

- International Chamber of Commerce (ICC). (2001). Policy statement Jurisdiction and applicable law in electronic commerce. Prepared by Electronic Commerce Project (ECP)'s Ad hoc Task Force. available on the Internet at:
www.iccwbo.org/id478/index.html
- Kidd, Donnie L. & Daughtrey, William H. (2000). Adapting contract law to accommodate electronic contracts: overview and suggestions. Rutgers Computer & Technology Law Journal. e-commerce. available on the Internet at:
www.entrepreneur.com/tradejournals/article/65865452.html
- Kronke, Herbert. (1998). Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace. in: Boele-Woelki, Katharina and others (Editors). Internet. Which Court Decides? (Internet. Quel Tribunal decide?): Which Law Applies? (Quel Droit S' Applique?) (Law and Electronic Commerce). Kluwer Law International. pp. 65-87.
- Rizzi, Cristiano. (2002). E-Commerce: Its regulatory legal framework and the law governing electronic transactions – The situation in Italy. Master Thesis. University of Exeter. available on the Internet at: www.diritto.it/materiai/tecnologie/tesi_rizzi.html
- Sarmiento, Maria Gabriela. (2001). Legislative requirements for e-commerce. E-Commerce Workshop. Castries. Saint Lucia. available on the Internet at: www.itu.int/ITU-D/ecdc/Seminars /StLucia /presentations/draftlegalaspects.pdf. pp. 1-7.
- Svantesson, Dan Jerker B. (2005). To be. or not to be. borderless – the future of the Internet. [Conference paper presented at Cyberspace 2005: Normative Framework. Brno Czech Rep.]. available on the Internet at: www.svantesson.org/Svantesson20050929web.doc. pp. 1-8.
- Wichard, von Johannes Christian. (1996). Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien fuer internationale Handelsvertraege durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte. RabelsZ 60. pp. 269-302.
- www.unilex.info.