عقود التجارة الإلكترونية
فـــــى
القانون الدولى الخاص

الدكتور
أشرف وفا محمد
أستاذ مساعد القانون الدولى الخاص
كلية الحقوق - جامعة القاهرة

المحتويـــــات

الموضوع رقم البند

مقدمة .....

تقسيم الدراسة.....

مبحث تمهيدى .....

الفصل الأول ، تنازع القوانين فى مجال عقود التجارة الإلكترونية .....

تمهيد (الطابع الدولى لعقود التجارة الإلكترونية) .....

المبحث الأول ، القواعد العامة لتنازع القوانين فـــى عقـــود لتجـــارة الإلكترونية.....

المطلب الأول ، تطبيق القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة فـــى القوانيـــن الوطنية .....

أ) الاختيار الصريح والاختيار الضمنى .....

ب) القانون واجب التطبيق فى غيبة قانون الإرادة .....

المطلب الثانى ، إخضاع عقود التجارة الإلكترونية لقانون مستقل .....

أ) الرأى المنادى بإخضاع العقود الإلكترونية لقانون مستقل .....

ب) تقدير الرأى السابق .....

المبحث الثانى ، تنازع القوانين فى مجال عقود الاستهلاك الالكترونية .

أ) القواعد العامة لتنازع القوانين المتعلقة بعقود الاستهلاك .....

الحالة الأولى ، مبدأ سلطان الإرادة فى مجال عقود الاستهلاك .....

الحالة الثانية ، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك فى غيبة قـــانون الإرادة .....

ب) تطبيق القواعد العامة فى مجال عقود الاستهلاك الإلكترونية .....

المبحث الثالث، تنازع القوانين فى مجال إثبات عقود التجارة الإلكترونية .....

أ) القواعد العامة .....

ب) الاثبات فى عقود التجارة الإلكترونية .....

١- أهلية إبرام العقد .....

٢- مدى اشتراط الكتابة فى عقود التجارة الإلكترونية .....

٣- التوقيع الإلكترونى كوسيلة لإثبات العقود الإلكترونية .....

الفصل الثانى، الاختصاص القضائى فى مجال عقود التجارة الإلكترونية .....

تمهيد .....

المبحث الأول ، معايير الاختصاص القضائى فى مجال عقود التجارة الإلكترونية .....

المطلب الأول ، الاختصاص القضائى فى مجال عقود التجارة الإلكترونية بوجه عام.....

أ) المعيار العام .....

ب) المعيار الخاص .....

المطلب الثانى ، الاختصاص القضائى فى مجال العقود الإلكترونية المبرمة بواسطة المستهلكين .....

أ) شروط تطبيق المعيار .....

ب) معيار الاختصاص المتعلق بالعقود المبرمة بواسطة المستهلكين .....

المطلب الثالث ، تحديد المحكمة المختصة بواسطة إرادة الأطراف .....

المبحث الثانى ، التحكيم الإلكترونى كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية .....

تمهيد وتقسيم .....

المطلب الأول ، خصوصية التحكيم الإلكترونى فـــى مرحلـــة ابـــرام اتفاق التحكيم .....

أ) شكل اتفاق التحكيم الالكترونى .....

ب) محتوى اتفاق التحكيم .....

المطلب الثانى ، خصوصية التحكيم الإلكترونى فى مرحلة وضـــــع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ .....

أ) طلب التحكيم .....

ب) نظر النزاع من قبل هيئة التحكيم .....

ج) قرار التحكيم .....

خاتمة البحث .....

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــــة

١-إذا كان ظهور وانتشار وسائل التكنولوجيا الحديثة قـــد أدى إلـــى خدمة البشرية ، وذلك بتسهيل وسرعة الاتصال بين الشـــعوب فـــى الـــدول المختلفة دون تكبد الكثير من المشاق أو النفقات ، إلا أن هذا التطور الـــهائل وغير المنقطع قد أحدث فى المقابل العديد من المشكلات من الناحيتين الفنيـــة والقانونية :

-فمن الناحية الفنية لوحظ أن انتشار المبادلات التجارية التى تتم عـــبر وسائل الاتصال الحديثة ، كما هو الحال بالنسبة للحاسب الآلـــى و الفـــاكس والمينيتل والهاتف ، أمر يكتنفه صعوبة إثبات العقد محل العمليـــة التجاريـــة فى حالة المنازعة فيه من جانب أحد أطرافه .

-ومن الناحية القانونية نجد أن التجارة الإلكترونية تتـــم فـــى غـــالب الأحوال دون أن يتعرف أحد طرفى العقد على الآخر مما يثير العديـــد مـــن المشاكل فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد الإلكـــترونى . كما يتعلق الأمر كذلك بتحديد المحكمة المختصة دوليا ينظر النزاع الذى قـــد ينشأ من عملية التجارة الإلكترونية (١) . إذا إنه من الأهمية بمكـــان معرفـــة القواعد القانونية التى تطبق فى هذا المجال، فهل تكون قواعد تنازع القوانيـــن المعمول بها فى نطاق عقود التجارة الدولية التقليدية قابلـــة للإنطبـــاق فـــى مجال عقود التجارة الإلكترونية أم لا ؟ وإذا كانت الإجابة بالنفى فمـــا هـــى القواعد التى يتم إعمالها فى مجال عقود التجارة الإلكترونية ؟

٢- وبالنظر إلى أهمية التجارة الإلكترونية على المستوى الدولى فـــى

---

(١) يرى بعض الفقه أن التجارة الإلكترونية ماهى إلا طريقة كالطرق الأخرى للتجـــارة الدوليـــة (V.JEAN-BAPTISTE:crére et exploiter commerce Électronique,litec,paris,1998,p.12) فى حين يقرر البعض الآخر أن :
"la dimension international des reseaux, cruciale, oblige à reconsidérer ce que disent droit international privé et droit penal international et À rechercher, peut-être et sans doute même, un dépassement des solution recues " V.M.VIVANT:les contrats du commerce électronique, conception-construction-réduction, litec, paris, 1999,p.2.

الوقت المعاصر والتى من المنتظر أن يتزايد حجمها فى السنوات القادمة ، فإن هناك العديد من المواثيق الدولية التى عالجت وتعرضت لهذا المجال . ويمكننا أن نذكر على سبيل المثال القانون النموذجى للتجارة الإلكترونية la loi type du commece électronique الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٩٦.

وتجدر الإشارة إلى أن تزايد المعاملات الداخلية فى نطاق التجارة الإلكترونية أمر يتوقف ويرتبط بتزايد معدل استخدام شبكات الاتصالات الحديثة كالحاسب الآلى ، وهو الأمر الذى يتزايد باستمرار فى الوقت المعاصر من سنة إلى أخرى فى مختلف الدول . ومن الطبيعى أن تحظى الدول الصناعية المتقدمة بالقدر الأوفر من استخدام الشبكات الإلكترونية للإتصالات الحديثة .

تقسيم الدراسة :

٣- قبل أن نتعرض لتحديد قواعد القانون الدولى الخاص الواجبة الأعمال فى مجال عقود التجارة الإلكترونية ، من المناسب أن نلقى الضوء على ماهية هذا النوع من العقود . لذا نقترح تقسيم الدراسة على النحو التالى :

-**مبحث تمهيدى** : ماهية عقود التجارة الإلكترونية .

-**الفصل الأول** : تنازع القوانين فى مجال عقود التجارة الإلكترونية .

-**الفصل الثانى** : الاختصاص القضائى فى مجال عقود التجارة الإلكترونية .

مبحث تمهيدى

ماهية عقود التجارة الإلكترونية

٤- حتى يتسنى لنا وضع تعريف دقيق لعقود التجارة الإلكترونية يتعين علينا أن نتعرض للخصائص المميزة للتجارة الإلكترونية ، وهى على النحو التالى :

١- يتم التعبير عن العرض من خلال شبكة دولية للاتصالات :

٥- يتكون العقد من الإيجاب الموجه من شخص ما والقبول الذى يوافقه والصادر من الطرف الآخر . وحتى يدخل العقد فى نطاق التجارة الإلكترونية لابد أن يتم التعبير عن الإيجاب فى صورة عرض من خلال شبكة دولية للإتصالات un réseau international de télecommunications ، كما هو الحال بالنسبة لشبكة الأنترنت .

ويأخذ إصطلاح الشبكة الدولية للاتصالات مفهوما واسعا فى هذا المجال . فهو ينطبق على كل نوع من أنواع الاتصالات التى يتم التعبير فيها عن الإيجاب بطريق الصورة أو الصوت أو الإشارة الدالة على محتواها وكذلك بطريق الكتابة . وينطبق ذلك على الإتصالات التى تجرى بالوسائل السلكية une télecommunication filaire ، كما يشمل أجهزة الإتصالات التى تعمل بالموجات الهيرتزية une communication hertzienne ، كما ينطبق أخيرا على عروض الإيجاب التى تنقل عبر الأقمار الصناعية une communecation satellitaire .

وتجدر الإشارة إلى أن التعبير عن الإيجاب من خلال شبكة الاتصالات المذكورة هو الذى يميز عقود التجارة الإلكترونية عن غيرها من العقود التى تبرم بالوسائل التقليدية . ففى النوع الأول من العقود لا يكون هناك حضور مادى une présence physique للمتعاقدين حيث يتم العاقد عن بعد contrat à distance ، أما فى العقود العادية فإن الإيجاب يصادفه قبول فى مجلس العقد أو فى لاحق حيث يتوافر الحضور المادى للمتعاقدين سواء كان ذلك بواسطة أنفسهم أو بطريق من يمثلونهم قانونا .

٢- أن يكون العرض مفتوحا أو لقطاع غير محدد من العملاء:

٦- يقصد بهذه الخاصية الثانية لعقود التجارة الإلكترونية أن يوجه العرض للعملاء على وجه العموم أو لقطاع غير محدد منهم . وتميز هذه الخاصية عقود التجارة الإلكترونية عن العقود التى تتم بواسطة التليفون التى يوجه فيها العرض لشخص محدد بالذات ، وبالتالى فإن العرض لا يتسم

بالصفة العامة ولايعد – لهذا السبب – من قبيل العروض التى تدخل فى نطاق عقود التجارة الألكترونية .

٣-انعدام الاتصال أو الحضور المادى بين التاجر والعميل :

٧- تعد هذه الخاصية هى أهم ما يميز عقود التجارة الإلكترونية . ويقصد بظاهرة عدم الحضور أو الإتصال المادى le phénomene de l'interactivité أن التعاقد يتم عن بعد بوسائل إتصال تكنولوجية ، وهو الأمر الذى يفترض أولا أن العرض يتم بطريقة الية ودون تحديد من خلال الشبكة دولية للإتصالات ، كما يفترض ثانيا أن هناك احتمال أن يصادف هذا العرض قبولا من جانب أحد العملاء من خلال اتصال هذا الأخير إلكترونيا بالعرض المقدم من التاجر .

والجدير بالملاحظة أن العقد الذى يعد من قبيل عقود التجارة الإلكترونية يفترض تقديم العرض المتضمن للإيجاب من خلال شبكة دولية للإتصالات وإمكان التعبير عن القبول من خلال ذات الشبكة ، كما إذا صادف الإيجاب قبولا من خلال شبكة الأنترنت . لذا ، لا يعد من قبيل عقود التجارة الإلكترونية عقود الشراء التى تتم بواسطة التليفزيون le téléachat . ذلك أنه فى هذا النوع الأخير من العقود يتم التعبير عن الإيجاب فى وسيلة اتصالات مرئية ومسموعة إلا أن الأمر يتوقف عند هذا الحد ، فلا توجد وسيلة للتعبير عن القبول من خلال ذات الوسيلة وليس أمام العميل الراغب فى الشراء سوى التوجه لمقر التاجر أو الإتصال تليفونيا به لإتمام عملية التعاقد (٢).

٨- ونخلص من تحديدنا للعناصر المميزة للتجارة الإلكترونية أن العقد يعد متعلق بالتجارة الإلكترونية أيا كانت وسيلة الإتصال الإلكترونى طالما توافرت الخصائص التى تحدثنا عنها .

وقد تبنى هذا المفهوم الواسع للتجارة الإلكترونية القانون النموذجى

---

(٢)انظر فى تفصيل ذلك:
iteanu: internet et le droit, éditions Eyrolles,paris 1996, p.25ets.

الصادر عن الأمم المتحدة سنة ١٩٩٦ (٣) . وفى ذات السياق يمكننا أن نذكر القرار الصادر عن البرلمان الأوروبى بتاريخ ٤ مايو ٢٠٠٠ ، والذى أدخل جميع الأنشطة والمعاملات التى تتم بواسطة إحدى الوسائل الإلكترونية ضمن معاملات التجارة الإلكترونية (٤).

الفصل الأول

تنازع القوانين فى مجال

عقود التجارة الإلكترونية

تمهيد (الطابع الدولى لعقود التجارة الإلكترونية)

٩- يترتب على ما سبق أن ذكرناه من أن عقود التجارة الإلكترونية تفترض إنعدام الإتصال المادى بين التاجر والعميل أن مقدم العرض (الإيجاب) والمشترى قد يتواجدان فى ذات الدولة ، كما قد يتواجدان فى دولتين مختلفتين .

ومن الملاحظ أن هذا البعد المكانى بين المتعاقدين لا يشكل عائقا فى سبيل إتمام التعاقد وتبادل الرضاء اللازم لذلك بينهما خصوصا بعد اكتشاف وانتشار وسائل الإتصال الإلكترونية (٥).

---

(٣) عرف القانون النموذجى للأمم المتحدة التجارة الإلكترونية بأنها :
"Au nombre des moyens de communication recouverts par la notion de commerce électronique figurant les moyens de transmission d'ordinateur à ordinateur de données commeciales selon un mode de présentation uniformisé (format standard):transmission de messages électroniques utilisant des normes publiques ou des normes exclusives: transmission par voie électronique de textes liberment formatés, par exemple par l'Internet . on a également noté que , dans certains cas, la notion de commerce électronique pourrait englober l'utilisation de techniques comme le télex et la télécopie".
انظر تفصيل هذا فى:
le commerce életronique, aspects juridiques, sous la direction de Alain BENSOUSSAN ,Hermes, paris 1998 , p.11et ss.

(٤) انظر فى تفصيل ذلك :
pierre A.BUIGUES : les enjeux pour la concurrence des marchés lies à internet et au commerce électronique , la Gazette du palais 23, 24 juin 2000, doctrine, p.7 et s.

(٥) انظر فى تفصيل ذلك :

وغنى عن البيان أن دخول العلاقة أو الرابطة القانونية فى نطاق القانون الدولى الخاص أمر مرهون باتصاف تلك الرابطة بالصفة الدولية . ووفقا للقواعد العامة فى القانون الدولى الخاص تتسم العلاقة بالطابع الدولى وفقا لأحد معيارين :

–المعيار الأول ويطلق عليه إصطلاح المعيار القانونى le critére juridique ووفقا له تكون العلاقة دولية اذا احتوت على عنصر أجنبى élément d'extranéité ، كما هو الحال بالنسبة لإختلاف جنسية أطراف العلاقة أو موطنهم . وقد يتعلق العنصر الأجنبى بمكان إبرام العقد أو بمكان التنفيذ ...إلخ .

– أما المعيار الثانى وهو ما اصطلح على تسميته بالمعيار الاقتصادى le critére économique فإنه يسبغ على الرابطة الصفة الدولية إذا تعلقت بمصالح التجارة الدولية ، وهى تكون متعلقة بتلك المصالح إذا ترتب على العقد تدفق للسلع والمنتجات أو الخدمات عبر الحدود.

وإذا أمعنا النظر فى عقود التجارة الدولية نجد أننا أمام أحد أمرين :

–إما أن يقصر مقدم العرض عرضه داخل حدود دولة واحدة فقط ، وذلك كأن يعرض تاجر بيع سلعة معينة بثمن معين على الانترنت ويقصر عرضه على العملاء المنتمين لدولته فقط تجنبا لمخاطر البيع لشخص متواجد فى دولة أخرى . فى هذه الحالة من الجلى أن العقد تتمركز جميع عناصره فى داخل دولة واحدة حيث لا يتواجد أى عنصر أجنبى ، سواء تعلق ذلك بأطراف العلاقة أو موطنهم أو مكان إبرام أو تنفيذ العقد . وطالما أن العقد يخلو من أى عنصر أجنبى فإن العقد لا يعد دوليا بالتطبيق للمعيار القانونى . كما أنه لا يعد دوليا بالتطبيق للمعيار الإقتصادى ، لأن دولية العقد وفقا لهذا المعيار الأخير تتطلب تدفق الأموال عبر الدول فى حين أن الفرض هو تمركز كل المبادلات محل العقد فى دولة واحدة فقط . وبالنظر إلى أن العقد لا يعد دوليا على النحو السابق فإنه يعتبر عقدا داخليا بحتا ولا

---

pierre servan-schreiber:l'échange international des consentements, revue de jurisprudence commerciale , novembre1995, p.52 et ss.

يثير الحديث عن قواعد تنازع القوانين ولا يدخل من ثم فى نطاق القانون الدولى الخاص.

–وإما أن يطلق مقدم العرض عرضه ولا يقيده بالعملاء المتواجدين فى دولة ما ، وفى هذه الحالة سيكون العرض عاما ويكون بمقدور كل عميل أيا كان مكان تواجده أن يقبل هذا العرض ويبرم العقد فى هذه الحالة. وما من شك فى أن العقد يعد دوليا فى هذا الفرض بطبيقا لكل من المعيار القانونى والمعيار الإقتصادى . فوفقا للمعيار القانونى يعتبر العقد دوليا لاحتوائه على عنصر أجنبى متمثل فى اختلاف جنسية الأطراف أو موطنهم. كما يعد العقد دوليا تطبيقا للمعيار الإقتصادى لأنه يتضمن انتقال للسلع والأموال عبر الحدود بين الدول (٦).

تقسيم :

١٠–يرتبط وجود تنازع للقوانين بكون العلاقة أو الرابطة القانونية متصلة بأكثر من نظام قانونى واحد ، فيجب – إذن – أن تتصل العلاقة بعدة قوانين فى ذات الوقت الأمر الذى يدعو إلى بحث وتحديد القانون الذى ينبغى الاعتداد به من بين القوانين ذات الصلة بالعلاقة فيصبح هو القانون واجب التطبيق على تلك العلاقة .

ولما كانت الرابطة المتعلقة بعقد التجارة الدولية تعد بطبيعتها رابطة عالمية أو دولية (٧) un rapport par essence mondial–كما سبق أن أوضحنا عقود التجارة الدولية ، كما يجب كذلك تحديد المحكمة المختصة

(٦) يقرر البعض فى هذا الشأن أن :
"A présent ,le commerce électonique est devenu héritier de l'idée fondamentale du marché unique. Suite à l'expansion globale et explosive de l'internet, le commerce électronique a effacé toutes frontiéres".V.Michio NARUTO: Le Marché unique et le commerce électronique , vue dans le cadre de la coopération industrielle euro-japonaise, petites Affiches, n52-le mai 1998 : en même sens v. Brigitte Misse: Le commerce électronique ,Décisions Marketing , n9 sepembre-décembre 1996, p.96.

(٧) وذلك مع استثناء الحالة التى تحدثنا فيها من قبل والتى تتركز فيها كل عناصر العقد فى دولة واحدة ، وهو وإن كان أمر نادر الحدوث إلا إنه قد يقع . كما إذا قيد التاجر عرضه على العملاء المتواجدين فى إقليم الدولة يقيم بها والتى يبرم العقد ويتفق على تنفيذه داخلها .

عقود التجارة الدولية ، كما يجب كذلك تحديد المحكمة المختصة دوليا بنظر المنازعات التى قد تنشأ خلال مراحل تنفيذ العقد الإلكترونى .

وغنى عن البيان أن تحديد كل من الاختصاص التشريعى (القانون واجب التطبيق) والاختصاص القضائى أمر لايعرض إلا إذا حدث نزاع بين طرفى العقد الإلكترونى . أما إذا ابرم العقد ونفذ دون حدوث أية مشكلة بين الأطراف فلا أهمية لبحث وتحديد مسائل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى . ذلك أنه – كما تدل عليه التسمية الخاصة بهذين الفرعين الأخيرين من أفرع القانون الدولى الخاص – لا يوجد (تنازع) بمعنى الكلمة حول مسألة من المسائل المرتبطة بالعقد ينبغى حسم النزاع حولها وفقا لقانون دولة ما .

ويعد حسم المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية أمر مرتبط فى المقام الأول بتطبيق اسلوب قواعد تنازع القوانين la méthode conflictuelle سواء كانت تلك القواعد مشتقة من قوانين الدول الوطنية أو منصوصا عليها فى المعاهدات الدولية .

ووفقا للقواعد العامة فى القانون الدولى الخاص بالعقود يتمتع الأطراف بحرية تحديد القانون واجب التطبيق ، وهو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة le principe d'autonomie de la volonté وإذا لم يعبر الأطراف عن إرادتهم فى تحديد القانون واجب التطبيق تولت المحكمة المختصة أمر هذه المهمة وفقا لقواعد تنازع القوانين الواردة فى قانونها الوطنى . وإذا كانت القواعد العامة السابقة قابلة للتطبيق فى مجال عقود التجارة الإلكترونية ، إلا أن هناك بعض الحالات التى تقتضى تبنى قواعد مغايرة من أجل توفير معاملة خاصة لأحد طرفى العقد (العقود المبرمة بواسطة المستهلكين) . كما أن هناك بعض الحالات التى يثور فيها أمر تحديد القانون واجب التطبيق ، كما هو الحال بالنسبة للقانون الذى يتم إثبات عقد التجارة الإلكترونية وفقا له.

لذا تنقسم الدراسة فى هذا الفصل على النحو التالى :

المبحث الأول : القواعد العامة لتنازع القوانين فى عقود التجارة الإلكترونية .

المبحث الثانى : قواعد تنازع القوانين المتعلقة بعقود الإستهلاك .

المبحث الثالث : تنازع القوانين فى مجال إثبات عقود التجارة الإلكترونية .

المبحث الأول

القواعد العامة لتنازع القوانين

فى عقود التجارة الإلكترونية

١١- يتجه غالبية الفقه إلى إخضاع عقود التجارة الإلكترونية – كغيرها من عقود التجارة الدولية – إلى القواعد العامة فى تنازع القوانين والتى من شأن إعمالها أن تقود إلى تطبيق قانون وطنى لدولة ما . على أن هناك رأي آخر ينادى بضرورة أن تخضع المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية لقانون ذو طبيعة خاصة يتكون من العادات والأعراف السائدة فى مجال التجارة الإلكترونية . وبناءا على ما تقدم فإننا نتحدث أولا عن اسناد عقود التجارة الإلكترونية لقواعد تنازع القوانين الواردة فى القوانين الوطنية (المطلب الأول) ، ثم نتحدث عن إخضاع عقود التجارة الإلكترونية لقانون التجارة الإلكترونية (المطلب الثانى) .

المطلب الأول

تطبيق القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة فى القوانين الوطنية

١٢- قد يتعرض أطراف العقد لتحديد القانون واجب التطبيق ، وقد يتم فى المقابل ابرام العقد دون أن يرد ذكر فيه لمسألة القانون واجب التطبيق . ونبحث فى هذا الشأن هاتين الحالتين على التوالى .

أ) الإختيار الصريح والإختيار الضمنى :

١٣-من المسلم به أن من حق الأطراف ، فى مجال عقود التجارة الدولية ، اختيار القانون الذى يطبق على العقد المبرم بينهم . كما أن من المتفق عليه أن المحكمة المختصة تلتزم بالفصل فى النزاع تطبيقا للقانون

المختار من جانب الأطراف . وهذا المبدأ ، الذى يعرف بمبدأ سلطان الإرادة le principe d'autonomie de la volonté، يعد مبدأ معترفا به من كافة الأنظمة القانونية على مستوى العالم كما نصت عليه العديد من المواثيق الدولية التى عالجت موضوع القانون واجب التطبيق فى مجال العقود الدولية كما هو الحال بالنسبة لمعاهدة روما (٨) المبرمة سنة ١٩٨٠ والتى أصبحت بعد دخولها حيز التنفيذ بمثابة القانون الموحد لقواعد تنازع القوانين بين دول المجموعة الأوربية فى هذا المجال .

ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ التى تقررت منذ فترة طويلة للاعتراف بحق الأطراف فى تحديد القانون واجب التطبيق ، وقد تكرس هذا المبدأ من قبل القضاء الفرنسى سنة ١٩١٠ قبل أن ينص عليه تشريعيا (٩).

١٤- والأصل أن يكون اتفاق الأطراف صريحا فى اختيار وتحديد لقانون واجب التطبيق ، وذلك بواسطة وجود شرط صريح فى العقد أو فى اتفاق لاحق مستقل ينص على اختيار قانون دولة ما لحكم العقد . ويتميز هذا الاختيار الصريح le choix exprés بأنه يحقق عنصر الأمان القانونى بالنسبة لأطراف العقد . ذلك أن أطراف العقد يعرفون مقدما القانون الذى سنفضى تطبيقا لأحكامه المنازعات التى قد تنشأ من جراء تنفيذ العملية التعاقدية .

---

(٨) تنص المادة الثالثة من معاهدة روما على أن :
"Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause".

(٩) قضت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر بتاريخ ٥ ديسمبر ١٩١٠ بأن :
"Attendu, d'autre part, que la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quand à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adopté; que si , entre personnes de nationalité différentes, la loi du lieu où le contrat est intervenu est en principe celle à laquelle il faut s'attacher, ce n'est donc qu'autant que les contractants n'ont pas manifesté une volonté contraire; que non seulement cette manifestation peut être expresse, mais qu'elle peut s'induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat". V. Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE : Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, édition, Sirey, Paris, 1992 , p. 84 .

ويتوافر الاختيار الصريح فى مجال عقود التجارة الإلكترونية عن طريق توافق إرادة الطرفين بواسطة تبادل الرسائل الإلكترونية التى تفيد اختيارهم لقانون دولة ما لحكم العقد .

١٥- وإذا لم يتضمن العقد شرطا صريحا يحدد القانون واجب التطبيق ، فإنه يمكن مع ذلك للمحكمة المختصة أن تستخلص وجود اختيار ضمنى un choix tacite من الأطراف . على أن المحكمة المختصة تتقيد بالبحث عن الإرادة الأكيدة والحقيقة على ضوء فحص نصوص العقد وظروف ووقائع القضية المعروضة أمامها . والقول بغير ذلك يعنى أن تنسب المحكمة إلى الأطراف أرادة غير حقيقية فى الوقع ، فهى إذن إرادة مفترضةune volonté hypothétique ، وهو أمر مرفوض فى نطاق القانون الدولى الخاص .

١٦-وفى مجال عقود التجارة الإلكترونية هناك بعض العناصر التى تعد قليلة الأهمية للتعبير عن الإرادة الضمنية للأطراف كما هو الحال بالنسبة للغة المستخدمة فى العقد . ذلك أن اللغة السائدة على شبكة الانترنت هى اللغة الانجليزية . وإذا استخدمت لغة أخرى فهى لا تعدو أن تكون مجرد ترجمة من قبل برنامج فى الجهاز ذاته . كما تعد العملة المستعملة فى السداد قليلة الأهمية ، حيث يتم السداد عن طريق الكارت أو تحويل للمبلغ المتفق عليه بقيمته .

ومن المقرر أن لأطراف العقد الإلكترونى كامل الحرية فى اختيار القانون واجب التطبيق بغض النظر عما إذا كان القانون المختار توجد بينه وبين العملية التعاقدية صلة ما . فقد تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة ما لحكم العقد لمجرد أنه أكثر تحررا من غيره بالنسبة للشروط التى يضعها لصحة التعاقد الإلكترونى .

ومن المسلم به كذلك أن بإمكان أطراف العقد الإلكترونى تجزئة العقد le dépeçage du contrat وذلك بإخضاع بعض عناصره لقانون دولة ما فى حين تخضع الأجزاء والعناصر الأخرى لقانون دولة أخرى أو لبعض عادات التجارة الدولية أو الإلكترونية .

وتقضى القواعد العامة بأنه ليس من المحتم قيام الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق لحظة إبرام العقد . فقد يبرم هذا الأخير دون أن يتضمن شرطا يتعلق بالقانون واجب التطبيق ، ثم يتفق الأطراف فى وقت لاحق على تحديد هذا القانون . بل إن فى مقدورهم تحديد هذا القانون عند نشوب النزاع وقبل قفل إجراءات المرافعة . وطالما أن للأطراف الحق فى اختيار القانون واجب التطبيق فى وقت لاحق لإبرام العقد ، فإن بإمكانهم – من باب أولى – تعديل الإختيار السابق وذلك باختيار قانون آخر لحكم العقد بدلا من القانون المتفق سابقا على اخضاع العقد الإلكترونى له .

ب) القانون واجب التطبيق فى غيبة قانون الإرادة :

١٧– إذا لم يقم الأطراف بممارسة الحق المتاح لهم فى اختيار وتحديد القانون واجب التطبيق ، تتولى المحكمة المختصة تحديد هذا القانون. ووفقا للأتجاه السائد فى القانون الدولى الخاص المعاصر فإن القانون واجب التطبيق فى غيبة قانون الإرادة هو قانون الدولة الأكثر صلة بالعلاقة le critère du lien les plus étroits (١٠). وتجدر الإشارة إلى ان قاعدة التنازع التى تقرر اسناد العقد إلى قانون الدولة الأكثر صلة بالعلاقة تعتبر قاعدة عامة ويكتنفها بعض الغموض. ذلك أن العقد يرتبط بصلة وثيقة مع أكثر من نظام قانونى ، حيث يمكن أن يتصل مع دولة ما بإبرامه فيها ، ومع دولة ثانية بتنفيذه بها ، ومع دولة ثالثة بانتماء طرفى العقد إليها بجنسيتهم أو بتوطنهم بها وبتحرير العقد مثلا بلغة هذه الدولة..إلخ.

وبالنظر إلى عمومية قاعدة التنازع على هذا النحو فإن الفقرة الثانية من المادة الرابعة لمعاهدة روما قد وضعت بعض القرائن لتحديد معيار قانون الدولة الأكثر صلة بالعلاقة ، حيث نصت على أنه من المفترض أن قانون الدولة الأكثر صلة بالعلاقة هو قانون الدولة التى يقيم بها الطرف المدين بالأداء المميز فى العقد le critère de la préstation caractéristique ،

(١٠) تنص المادة الرابعة من معاهدة روما على أن :
"Dans la mesure où la loi du contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits".

وذلك بالنسبة للشخص الطبيعى. أما بالنسبة للأشخاص الإعتبارية فيعتد بقانون الدولة المتواجد بها مركز الإدارة الرئيسى (١١).

١٨- وإذا قمنا بتطبيق القواعد السابقة فى مجال عقود التجارة الإلكترونية فإن الطرف بالأداء المميز لعقد البيع هو البائع الذى يلتزم بتسليم الشئ المبيع وليس المشترى ، لأن هذا الأخير يقوم فقط بدفع الثمن . وعلى ذلك فأن القانون واجب التطبيق فى غيبة قانون الإرادة هو قانون البلد المتواجد به مقر إقامة البائع فى الوقت الذى يتم إبرام العقد به (١٢).

١٩- وعلى الرغم من أن معيار الأداء المميز للعقد قد تضمن تحديدا لمعيار قانون الدولة الأكثر صلة بالعلاقة ، إلا أنه ليس معيارا حاسما يعتد فى جميع الأحوال . فوفقا لنص الفقرة الخامسة من المادة الرابعة لمعاهدة روما لا يعتد بقانون الدولة المتواجد بها مقر إقامة البائع فى الحالة التى يتضح فيها أن العقد يرتبط بصلة أكثر توثقا مع قانون دولة أخرى . كما يلاحظ أن معيار الأداء المميز يستبعد فى الحالة التى لا تستطيع فيها المحكمة تحديد ما هو الأداء المميز فى العقد .

٢٠- واستنادا إلى ما تقدم نستطيع أن نقرر أن المحكمة المختصة تتمتع بحرية كبيرة فى تحديد القانون واجب التطبيق فى غيبة قانون الإرادة، وذلك فيما يتعلق بتطبيق وتحديد معيار قانون الدولة الأكثر صلة بالعلاقة أو ما اصطلح علية البحث عن مركز الثقل فى العقد le centre de gravité . وعلى المحكمة فى هذا المجال أن تحصر عناصر الاسناد التى يحتوى عليها العقد مثل جنسية أطراف العقد وموطنهم أو محل إقامتهم ، محل إبرام العقد،

---

(١١) أنظر فى تفصيل ذلك :
Antoine KASSIS : Le nouveau droit européen des contrats internationaux, LGDJ, Paris, 1993 , p. 285 et ss.

(١٢) أنظر فى هذا المعنى :
Sabine MARCELLIN et al. : Guide, solutions et applications, pratique contractuelle, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, édition Lamy, Paris, 2000 , n° 4320 ; Olivier ITEANU : Internet et le droit , op cit, p. 42; Jérôme HUET : Commerce électronique, loi applicable et réglement des litiges, propositions des grands entreprises (GBDe), La Semaine Juridique JCP (G), 1999, I,.. actualite , n° 40, p. 1761 et s.

مكان التنفيذ ، اللغة المستخدمة فى تحرير العقد ... الخ .

٢١- على أنه من الملاحظ أن بعض العناصر السابقة يصعب الأخذ بها فى مجال عقود التجارة الإلكترونية ، كما هو الحال بالنسبة لعنصر مكان إبرام العقد . ذلك أن الفرض هو ابرام العقد بإحدى وسائل الإتصال الإلكترونية ، ومن ثم يصعب تحديد مكان معين (مادى) لإبرام العقد [١٣].

كما يلاحظ من ناحية أخرى أن مكان تنفيذ العقد يعد فى نطاق العقود المبرمة بالطرق التقليدية من أهم المعايير فى تحديد القانون واجب التطبيق على العقد فى غيبة قانون الإدارة . أما فى نطاق العقود الإلكترونية فلا أهمية لهذا المعيار اذا اتفق بين الأطراف على التنفيذ بطريقة إلكترونية exécution en ligne [١٤].

٢٢- وتجدر الإشارة فى هذا المقام إلى ما تقرره اتفاقية لاهاى المبرمة بتاريخ ١٥يونية ١٩٥٥ والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على البيع الدولى للمنقولات المادية . فبعد أن قررت المادية الثانية منها تطبيق قانون الدولة المتواجد بها مقر إقامة البائع وقت استلام الطلب المتعلق بالبيع ، نصت المادة الثالثة منها على تطبيق قانون دولة مقر إقامة المشترى فى الحالة التى يتم استلام طلب الشراء فى دولة المشترى من قبل البائع أو الممثل القانونى له [١٥].

---

(١٣) أنظر فى هذا المعنى

Michelle JEAN-BAPTISTE : Créer et exploiter un commerce électronique, op cit, p. 25.

(١٤) أنظر فى هذا المعنى ما تقرره الأستاذة Catherine KESSEDJIAN فى تعليقها على المؤتمر المنعقد فى جنيف أيام ٣،٢ و٤ سبتمبر ١٩٩٩ وهو المؤتمر المنظم بواسطة لجنة القانون الدولى بلاهاى تحت عنوان "التجارة الإلكترونية والقانون الدولى الخاص" .

Conférence de La Haye de droit international privé, Table rond de Genève sur le commerce électronique et le droit international privé, les 2, 3 et 4 septembre 1999, Revue critique de droit international privé, 1999, p. 874 et s.

(١٥) أنظر فى تفصيل ذلك :

Pierre BREESE : Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, Librairie Vuibert, Paris, 2000, p. 353 .

وقد تبنى القرار الصادر عن البرلمان الأوروبى سنة ١٩٩٦ والمتعلق بالتجارة الإلكترونية معيار الأداء المميز فى العقد مسندا عقود التجارة الإلكترونية إلى قانون دولة مقر إقامة مقدم العرض أو الخدمة ([١٦]).

٢٣- وإذا رجعنا إلى قواعد تنازع القوانين الواردة فى القانون المصرى ، نجد أن المادة ١٩ من القانون المدنى تعالج مسألة القانون واجب التطبيق فى مجال الالتزامات التعاقدية . ووفقا لنص تلك المادة تبنى المشرع المصرى قاعدة اسناد جامدة غير مرونة une règle rigide مقتضاها تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، وإذا اختلف موطنهما طبق قانون دولة إبرام العقد . ولاشك أن معيار قانون الدولة الأكثر صلة بالعلاقة يفضل- لمرونته - الحل الذى أخذ به المشرع المصرى . لذا ، فإن قانون التحكيم المصرى الصادر سنة ١٩٩٤ قد عدل عن هذا الإتجاه ، حيث تنص المادة ٣٩ منه على أن القانون واجب التطبيق فى غيبة قانون الإرادة هو قانون الدولة الذى ترى هيئة التحكيم أنه أكثر إتصالا بالنزاع .

المطلب الثانى

إخضاع عقود التجارة الإلكترونية لقانون مستقل

٢٤- يتعين علينا لمعرفة حقيقة الرأى الذى ينادى بضرورة إفراد عقود التجارة الإلكترونية بقانون مستقل يختص بحكمها أن نتعرض أولا لهذا الرأى ، ثم نتعرض لتقدير هذا الرأى .

أ) الرأى المنادى بإخضاع العقود الإلكترونية لقانون مستقل:

٢٥- يتجه بعض الفقه إلى التمييز بين عقود التجارة الدولية التى يتم إبرامها بالطرق التقليدية وبين عقود التجارة الإلكترونية . ففى النوع الأول من العقود يتم ابرام العقد فى حضور كل من طرفيه أو من يمثلهما قانونا حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول ويتم الإتفاق على كافة المسائل المتعلقة

([١٦]) تنص المادة الثامنة من هذا القرار على أن :
"Afin d'assurer efficacement la libre circulation des services et une sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, ces services doivent être soumis uniquement au régime juridique de l'État membre dans lequel le prestataire est établi".

بالعقد بما فيها مسألة القانون واجب التطبيق ومسألة تحديد المحكمة المختصة بنظر ما قد ينشأ عن تنفيذ العقد من منازعات . وفى هذا النوع من العقود يكون تطبيق القوانين الوطنية أمرا مبررا ، كما يكون اختصاص القضاء الوطنى بنظر النزاع أمرا مفهوما .

أما فى النوع الثانى من العقود وهو العقود التى تبرم بإحدى الوسائل الإلكترونية فإن الأمر – وفقا لهذا الرأى – مختلف تماما . ذلك أن تبادل المعلومات عبر شبكة الإتصال الإلكترونى يتم فى الحال وبطريقة آلية . ويكفى فى هذا الصدد مجرد ثوان قليلة لتحميل الشبكة بالمعلومات المراد بثها عبر الشبكة وفى الحال يصبح العرض متاحا أمام جميع المشتركين فى هذه الشبكة . ونتيجة لذلك فإن المعلومات والعروض التى تبث عن طريق شبكة الإنترنت مثلا لا تتقيد بالحدود الجغرافية لدولة ما ، ولكنها متاحة منذ لحظة البث أمام جميع مستخدمى الشبكة فى كافة دول العالم . وبالإضافة إلى ذلك فإن بث أو عرض معلومات معينة على الشبكة يمكن أن يحدث آثار ضارة لاحصر لها فى العديد من الدول فى ذات الوقت .

٢٦– نظرا لهذا الإختلاف البين بين عقود التجارة التقليدية وبين عقود التجارة الإلكترونية فقد حاول البعض اخراج هذه العقود الأخيرة من مجال تطبيق القانون الدولى الخاص وذلك بإخضاعها لتنظيم قانونى مستقل يختص بها على إنفراد . لهذا نجد البعض يشبه عقود التجارة الإلكترونية بمنطقة المياه الدولية la haute mer وهى المنطقة التى لا تخضع لسيادة دولة معينة على وجه التحديد وتنطبق فيها قواعد خاصة متعارف عليها فى القانون الدولى العام (١٧).

واستنادا إلى ما تقدم يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى القول بأنه فى مجال التجارة الإلكترونية توجد عادات وأعراف تجارية (إلكترونية) les usages du commerce électronique ينبغى أن يخضع لها العقد الإلكترونى.

---

(١٧) أنظر فى تفصيل ذلك :
Stefania BARIATTI : Internet , aspects relatifs aux conflits de lois. in : le droit au défi d'internet , actes du Colloque de Lausanne, Librairie Droz, Genève. 1997, p. 64 et s.

ويشبه هذا الإتجاه هذه الأعراف والعادات التى تطبق فى مجال التجارة الإلكترونية بعادات وأعراف التجارة الدولية السائدة فى مجال عقود التجارة الدولية la lex mercatoria التى تبرم بالطرق التقليدية (١٨).كما ينادى هذا الرأى بعدم اخضاع المنازعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية لاختصاص القضاء الوطنى ، وإنما يخضع الفصل فيها لما يعرف بالتحكيم الإلكترونى l'arbitrage électronique ، وهذا الأخير يعد وسيلة لحسم النزاع تتميز بالسهولة والسرعة على نحو يتناسب مع الطبيعة الخاصة لعقود التجارة الإلكترونية .

ب) تقدير الرأى السابق :

٢٧- نعتقد أن الإتجاه السابق غير صائب فيما استند إليه من حجج وفيما توصل إليه من نتائج . ذلك أن التجارة الإلكترونية ليست إلا طريقة من طرق ابرام العقود الدولية. فالوضع الذى كان سائدا قديما والسائد حاليا كذلك فى الوقت المعاصر هو ابرام العقد الدولى وفقا للطرق التقليدية المعتادة بحضور كل من طرفى العقد والاتفاق على شروط ونصوص العقد بطريقة تفصيلية، أما الطرق والوسائل الإلكترونية لإبرام العقود فإنها تعد طرقا مستحدثه وهى - مهما تزايد حجمها - لن ترقى إلى مستوى حجم ابرام العقود بالطرق التقليدية (١٩) التى تعد أكثر طمأنينة وأمانا من الناحية القانونية بالنسبة لأطراف العقد .

ومن ناحية ثانية ، من الملاحظ أن القول بعدم مقدرة القوانين الوطنية على حكم المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية هو قول غير صحيح وغير دقيق . ذلك أن هذا القول يمكن أن يكون صحيحا فى الماضى

---

(١٨) أنظر فى هذا المعنى :
Eric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL : Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales, Clunet, 1997, p. 326 et s.

(١٩) يؤكد البعض فى هذا المجال على أن الغالبية العظمى من التحويلات ونقل ملكية المنتجات (حوالى ٨٥%) يتم عن طريق تبادل الأوراق بين المتعاقدين بطرق التعاقد التقليدية ، أى دون اللجوء إلى وسائل التجارة الإلكترونية .
Lional COSTES : Vers un droit du commerce international sans papier, Revue de droit des affaires internationales, 1994, n°6, p. 735.

حيث كانت توجد بعض القوانين و التشريعات ذات الطابع البدائى التى لا تواكب مقتضيات و حاجات التجارة الدولية . اما فى الوقت المعاصر فقد قامت معظم الدول بتحديث قوانينها على نحو يتلائم مع ما تتطلبه التجارة الدولية من ضرورة ايجاد وسيلة سريعة لحسم المنازعات الناتج من تنفيذ العقود الدولية (٢٠)، ولذا فإن اللجوء إلى التحكيم أصبح أمرا مسلما به وفقا لقوانين الدول المختلفة ، وقامت هذه القوانين بوضع قواعد تفصيلية دقيقة تبين كيفية اللجوء إلى التحكيم واختيار المحكمين وكيفية سريان الإجراءات وحسم النزاع وكيفية تنفيذ القرار الصادر من هيئة التحكيم ...إلخ .

ومن ناحية ثالثة ، فإننا ننظر بعين الريبة إلى الرأى الذى ينادى بتطبيق عادات التجارة الدولية أو الإلكترونية فى مجال العقود الإلكترونية . ذلك أن الهدف الحقيقى من وراء هذا هو الوقوف الى جانب المشروعات والشركات الاجنبية المصدرة للمنتجات والبضائع وتجاهل مصالح الطرف المتعاقد الآخر . فالعادات التجارية المزعومة هى من وضع رجال القانون فى الدول الغربية والتى ستكون – بطبيعة الحال – محققة لمصالح من يبدعون صنع التكنولوجيا المتقدمة على حساب مصالح الدول المستوردة . واستنادا الى هذا يمكننا ان نؤكد على ان المناداة بتطبيق عادات التجارة فى هذا المجال ليس وراءة من هدف سوى الرغبة فى استبعاد قوانين الدول الوطنية استبعادا كليا وأحلال عادات التجارة محلها ، مما يلحق أبلغ الضرر بمصالح الدول النامية.

ويلاحظ – من ناحية رابعة – أنه فى غالب الاحوال من المتعذر أن نجعل من عادات التجارة الالكترونية la lex electronica بمثابة القانون واجب التطبيق فى مجال عقود التجارة الالكترونية . ويرجع ذلك الى ان

---

(٢٠) يقرر البعض فى هذا الشأن أن :
"Internet n'exige pas une modification fondamentale des méthodes du droit international privé. Les réseaux télématiques rendent néanmoins plus redoutable la théorie de l'ubiquité, en matière de compétence comme en matière de droit applicable". V. François DESSEMONTEL : Internet , les droits de la personnalité et le droit international privé, in : Le droit au défi d'Internet, actes du Colloque de Laussane, Librairie Droz, Genève, 1997, p. 100.

هذه العادات لا تحتوى على قواعد تفصيلية دقيقة قادرة على حسم المسائل المتعلقة بمنازعات التجارة الالكترونية ، فهى عادات قليلة ولا تتناول الا امورا محددة (٢١) . ومن هنا فأن التساؤل يثور عن كيفية حل المنازعات بالنسبة للمسائل المتنازع عليها والتى لايتواجد بالنسبة لها احدى عادات التجارة الالكترونية . من الجلى أنه لامفر من الرجوع الى قوانين الدول الوطنية للبحث عن الحل المناسب فى مثل هذة الحالات .

ومن ناحية خامسة من الملاحظ ان قواعد القانون الالكترونى لا تعد قواعد الزامية بحكم انها تتكون اساسا من عادات التجارة الالكترونية وانها لا تشكل نظاما قانونيا متكاملا على عكس قوانين الدول الوطنية (٢٢).

٢٨– وننتهى من ذلك الى القول بأن الرأى الذى ينادى بضرورة وجود قانون مستقل للتجارة الألكترونيةle droit du commerce électronique يتكون اساسا من عادات واعراف التجارة الالكترونية ، هو رأى غير صائب . غير ان هذا لايحول دون أن تعدل صياغة قواعد التنازع التقليدية السائدة فى مجال العقود التقليدية حتى تتلاءم مع عقود التجارة الالكترونية . وليس أدل على صحة ما نقول به مما يقررة أنصار هذا القانون الجديد المزعوم للتجارة الألكترونية ، فعلى الرغم من قناعتهم بضرورة افراد التجارة الالكترونية بأن تخضع للعادات والاعراف السائدة فى هذا المجال الا اننا نجدهم يقررون انها لا تشكل نظاما قانونيا متكاملا ويقررون كذلك ان اعمالها لا يؤدى الى استبعاد اعمال قواعد تنازع القوانين (٢٣) .

---

(٢١) تجدر الإشارة فى هذا المقام إلى أن المناداة بتطبيق عادات التجارة الدولية la lex mercatoria قد تم منذ فترة طويلة ، ولكن ذلك لم يمنع – حتى فى مجال التحكيم الدولى وهو المجال المفضل لتطبيق العادات والأعراف– من اللجوء إلى قوانين الدول الوطنية باعتبار أن هذه الأخيرة تشكل الأساس مع إمكان اخذ عادات التجارة فى الاعتبار كوسيلة تكميلية لقواعد وقوانين الدول الوطنية . أنظر فى تفصيل ذلك رسالتنا للدكتوراه بعنوان :

Le droit gapplicable au fond du litige en matière d'arbitrage dans les pays arabes, Université de Bourgogne, p. 107 et ss.

(٢٢) أنظر فى هذا المعنى : د/ أحمد عبد الكريم سلامة : القانون الدولى الخاص النوعى الإلكترونى – السياحى – البيئى ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ٦٣ وما بعدها .

(٢٣) لهذا يقرر البعض أن :

٢٩- واذا كنا نخلص مما تقدم الى حتمية الرجوع الى قوانين الـــدول الوطنية لحسم منازعات التجارة الالكترونية ، الا ان هذا لا ينفـــى ضـــرورة ان تقوم الدول المختلفة بتعديل و تحديث قوانينها لمواكبة التطور المصـــاحب لاستخدام الوسائل الالكترونية فى ابرام العقود الدولية (٢٤) ، كما هو الحـــال

"Cependant, comme la lex mercatoria ne s'impose qu'aux opérateurs du commerce international qui sont censés avoir participé à sa formation, et en tout cas la connaître, quand les échanges ont pour interlocuteur une personne autre qu'un opérateur du commerce électronique, ces usages ne pourront s'imposer que s'ils ont fait l'objet d'une manifestation expresse des parties. Ils ne pourront s'appliquer que dans la limite où peut opérer l'autonomie des parties, c'est-à-dire dans la limite où des règles impératives ne prétendraient pas être appliquées. Enfin, la lex electronica, même si elle pourra constituer un corps de règles organique, ne pourra pas être , par définition, un système juridique complet. Les règles de conflit ne pourront donc pas être totalement écartées". V. Alessandre ZANOBETTI : Le droit des contrats dans le commerce électronique international , Revue de droit des affaires internationales, 2000 , n°, p. 538 .

ويلاحظ على هذا الرأى أنه يتفق مع رأينا فى أن الاستعانة بعادات وأعـــراف التجارة الإلكترونية ليس من شأنه استبعاد إعمال قواعد تنازع القوانيـــن . ولكننـــا نختلف معه فى ترتيب الأولويات فالمستفادة من الرأى السابق أن الأولولية تكـــون لعادات وأعراف التجارة الإلكترونية وأن قواعد التنازع الوطنية تحتل مرتبة أدنى . وعلى العكس من ذلك نحن نرى أن الأولوية ينبغى أن تعطى لقواعد تنازع القوانين باعتبار أنها الأصل للأسباب التى تعرضنا لها فى المتن ، وأن دور عادات وأعراف التجارة ينحصر فى تكملة ما نقص فى قواعد التنازع .

(٢٤) يرى بعض الفقه فى هذا الشأن أن :

"Les considérations ainsi développées nous amènent donc à retenir que Internet, loin d'être un espace virtuel dégagé de tout ordre juridique national, est un système de réseaux interconnectés qui relie des millions d'ordinateurs dans le monde entier , un moyen de communication des informations entre les utilisateurs et , plus généralement, entre des sujets qui y déroulent des activités différentes. Par conséquent, pour la réglementation de ces activités et des relations entre les intéressés on peut proposer des alternatives, de droit matériel ou de droit international privé, qui peuvent conduire à l'élaboration d'un modèle normatif tout à fait original , qui tienne compte des aspects particuliers du réseau, ou bien à l'adaptation des règles propres d'un moyen de communication connu, comme dans d'autres cas où le développement de la technologie a fait surgir des problèmes

بالنسبة لمسائل التوقيع الالكترونى والقانون واجب التطبيق فى مجال الاثبات. كما ان مناداتنا بحتمية الرجوع الى قوانين الدول الوطنية لا ينفى كذلك امكانية استعانة القاضى المختص بالعادات السائدة فى نطاق التجارة الالكترونية ، فيمكن للقاضى ان يقوم بتطبيق احدى العادات مع تطبيق القانون الوطنى المختص . والخلاصة التى ننتهى اليها مما تقدم ان :

–قوانين الدول الوطنية تلعب الدور الاساسى فى حسم منازعات التجارة الالكترونية

–عادات التجارة الالكترونية يحتفظ لها بدور ثانوى يتمثل فى تكملة ما نقص فى القانون الوطنى المختص بالفصل فى النزاع

المبحث الثانى

تنازع القوانين فى مجال عقود الاستهلاك الالكترونية

٣٠– من اجل توفير نوع من الحماية للطرف الضعيف فى العقد ، فأن بعض المواثيق الدولية وكذلك بعض القوانين الوطنية تتجة الى النص على قواعد تنازع خاصة تخرج عن مقتضى الحلول العامة التى رايناها فى المبحث السابق و تطبق هذه القواعد الخاصة فى الحالة التى يبرم فيها العقد الالكترونى بواسطة أحد المستهلكين . وللتعرف على حقيقة هذه القواعد علينا ان نتعرض لها وفقا للقواعد العامة فى العقود ، ثم نتعرض لمدى امكانية الأخذ بهذه القواعد فى مجال عقود التجارة الإلكترونية .

أ) القواعد العامة لتنازع القوانين المتعلقة بعقود الاستهلاك :

٣١– ينبغى – بادئ ذى بدء – كى تنطبق قواعد تنازع القوانين المتعلقة بعقود الاستهلاك ان نكون بصدد عقد من عقود الاستهلاك ، لأن الهدف من تقرير هذه القواعد الخاصة للتنازع هو توفير نوع من الحماية لأحد اطراف العقد نظرا لكون وضعه ضعيف la partie la plus faible اذا ما قورن بالطرف الاخر ، و يخشى بالتالى – بدون هذة الحماية الخاصة–

---

nouveaux". V.Stefania BARIATTI : Internet , aspects relatifs aux conflits de lois, op cit, p. 66.

ان يتعرض لاستغلال الطرف المتعاقد الآخر

٣١–ووفقا للمادة الخامسة من معاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠ والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق فى مجال الالتزامات التعاقدية ، لا تطبق قواعد تنازع القوانين المتعلقة بعقود الاستهلاك والمنصوص عليها فى هذه المادة الا اذا كان احد طرفى العقد – وهو الطرف المدين بتسليم الاشياء المادية المنقولة موضوع العقد او الخدمات او الذى يقدم ائتمان – يتصرف فى نطاق النشاط المهنى الخاص به ولا تطبق هذه القواعد الخاصة للتنازع على العقود المبرمة بين طرفين يتصرف كلاهما فى نطاق نشاطة المهنى او التجارى او الصناعى ، كما اذا كان كل منها من التجار او الاطباء الذين يشترون اجهزة او يحصلون على خدمات لممارسة نشاطهم المهنى . واذا كان التصرف المبرم من صاحب الشأن يعتبر جزءا منة فى نطاق نشاطة المهنى والجزء الآخر خارج نطاق هذا النشاط ، فأن التصرف يخرج من نطاق تطبيق المادة الخامسة من معاهدة روما المتعلقة بعقود الاستهلاك الا اذا تبين ان الجزء الاكثر اهمية من التصرف يقع خارج نطاق النشاط المهنى لصاحب الشأن

ويلاحظ أنه اذا كان المرسل الية المنقول المادى او المقدم له الخدمة او الائتمان يتصرف خارج نطاق نشاطة المهنى ولكن الطرف الاخر لم يعلم بذلك ولم يكن بوسعة العلم ، فأن التصرف يخرج من نطاق اعمال المادة الخامسة وتطبق بالتالى علية قواعد تنازع القوانين المطبق على العقود بصفة عامة دون تلك التى تخص العقود المبرمة بواسطة المستهلكين [٢٥] .

٣٢– وللتعرف على القانون واجب التطبيق فى مجال عقود الاستهلاك يتعين علينا التفرقة بين الحالة التى يتفق فيها الاطراف على اختيار قانون ما لحكم العقد بموجب مبدأ سلطان الارادة ، وبين الحالة التى يتخلف فيها قانون الارادة .

---

(٢٥) انظر فى تفصيل ذلك :

Mario GIULIANO et Paul LAGARDE : Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Journal Officiel des Communaités européenes, n°C 282,1980, p . 23.

الحالة الاولى ، مبدأ سلطان الارادة فى مجال عقود الاستهلاك:

٣٣- من الملاحظ ان ظاهرة عدم التوازن بين طرفى العقد يمكن ان تتواجد فى كافة انواع العقود بدرجات متفاوتة . فهل يعنى ذلك ضرورة وجود قاعدة تنازع خاصة لحماية الطرف الضعيف على وجة العموم فى جميع العقود ؟

لاشك ان الاجابة ستكون بالنفى على مثل هذا التساؤل . ذلك انة من الطبيعى عند ابرام اى عقد من العقود ان يكون احد طرفية فى وضع اكثر قوة من الطرف الاخر ، ووفقا لمبدا سلطان الارادة لكل طرف كامل الحرية فى قبول التعاقد ، ومن الطبيعى ان يحرص كل طرف على تحقيق اكبر قدر ممكن من المنفعة من جراء ابرام العقد . لهذا فأن تقرير قواعد تنازع خاصة ببعض العقود – كما هو الحال بالنسبة للعقود المبرمة بواسطة المستهلكين – من شأنها التأثير على مبدأ سلطان الارادة ، وينبغى ان يراعى فيها ضرورة الا يتم اهدار مبدا سلطان الارادة كلية وانما يتم تقييدة على نحو يحول دون استغلال الطرف القوى للطرف الضعيف [٢٦] .

وفقا للفقرة الثانية من المادة الخامسة لمعاهدة روما فأن اختيار الاطراف لقانون دولة ما لحكم العقد لا يؤدى الى حرمان المستهلك الطرف فى العقد من الحماية التى تكلفها لة القواعد الآمرة فى قانون الدولة التى يتواجد بها مقر الاقامة المعتادة لهذا الشخص .

ويستفاد من هذا النص ان معاهدة روما لم تلْغ – مطلقا – مبدأ سلطان الارادة فى مجال العقود المبرمة بواسطة المستهلكين وانما قيدت هذا

---

[٢٦] يقرر البعض فى هذا الشأن أن :

"Le droit international privé des contrats est axé sur l'autonomie des parties contractantes et que la protection du faible doit tout premièrement consister, tant en droit matériel qu'en droit international privé, dans une restriction de la liberté de la partie la plus forte de déterminer la réglementation du rapport contractuel, dans la mesure nécessaire à compenser le déséquilibre existant entre les parties et à éviter qu'une d'elles puisse s'en prévaloir pour opprimer l'autre". V.Fausto POCAR : La protection de la partie faible en droit international privé, RCADI, tome 188, 1984, p. 362.

المبدأ فقط . وبذلك فقد حققت المعاهدة نوعا من التوازن بين مصلحتين تعد كلمنهما جديرة بالحماية : الاولى هى مصلحة اطراف العقد فى استخدام الحق المعترف لهم به وفقا للقانون الذى يطبق على العقد الدولى . اما المصلحة الثانية فأنها تتعلق بضرورة توفير نوع خاص من الحماية لمصلحة الطرف الضعيف فى العقد عن طريق كفالة اعمال قواعد الحماية المنصوص عليها فى قانون دولة محل اقامة (٢٧) .

وتجدر الاشارة الى ان القواعد الآمرة المنصوص عليها فى قانون دولة مقر اقامة المستهلك لا تطبق بطريقة آلية ، فهى لا تطبق الا اذا كانت اكثر حماية للمستهلك من تلك القواعد التى يقررها قانون الادارة . والا فأن القول بغير هذا يعنى ان اللجوء الى قانون دولة محل الاقامة سيقود الى الاضرار بالمستهلك فى حين ان الهدف من اللجوء إليه هو توفير حماية اكبر له . لذا ، على القاضى ان يبحث محتوى كل من قانون الادارة وقانون دولة محل اقامة المستهلك حتى يتوصل الى القواعد الاكثر حماية للمستهلك.

٣٤- ومن الجلى ان تطبيق قانون دولة اقامة المستهلك لا يعد اعمالا لمنهج القواعد ذات التطبيق الضرورى ، لأن اعمال هذا المنهج الأخير يتطلب قيام القاضى بتطبيق القاعدة الآمرة دون المرور بمنهج قواعد التنازع. ومعنى ذلك ان القاضى يطبق قواعد قانون دولة المستهلك بطريقة مباشرة وآلية بغض النظر عن محتوى قاعدة التنازع ، لأنه لا يلجأ أصلا الى قواعد التنازع طالما وجدت امامه احدى القواعد ذات التطبيق الضرورى . وطالما ان تطبيق القواعد الواردة فى قانون دولة المستهلك مقيد بكونها اكثر حماية للمستهلك من تلك القواعد الواردة فى قانون الارادة فلا يمكن القول بأن تطبيق قانون دولة اقامة المستهلك يعد اعمالا لمنهج

---

(٢٧) تنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة لمعاهدة روما على أن :
"Le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle, si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat".

القواعد ذات التطبيق الضرورى .

واذا كنا قد استبعدنا منهج القواعد ذات التطبيق الضرورى فأن الأمر يتعلق – من وجهة نظرنا – بتطبيق قاعدة تنازع مزدوجة une double regle de conflit تقضى فى جانب منها بتطبيق قانون الارادة كقاعدة عامة وتقضى من الجانب الآخر بتطبيق قانون مقر اقامة المستهلك اذا كانت قواعدة اكثر حماية للمستهلك ، ولهذا فأننا بصدد قاعدة تنازع تخييرية لمصلحة المستهلك une regle de conflit alternative [٢٨] .

٣٥- وتجدر الاشارة فى هذا المقام الى ان القانون الدولى الخاص السويسرى الصادر بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٨٧ قد وضع قاعدة عامة مقتضاها تطبيق قانون دولة مقر اقامة المستهلك مع استبعاد اختيار القانون من جانب الاطراف استبعادا كليا " المادة ١٢٠ " حيث ينص فى الفقرة الثانية من المادة ١٢٠ على ان : "l'election de droit est exclue"

وليس هناك من شك فى ان هذا الاستبعاد الكلى لمبدا سلطان الارادة من قبل القانون السويسرى يعتبر امرا منتقدا ، ذلك ان الحرص على حماية الطرف الضعيف ينبغى ان يكون له حدود والا يقود الى الحرمان الكلى من حق الاطراف فى اختيار القانون واجب التطبيق [٢٩] . فمراعاة مصلحة الطرف الضعيف فى العقد يمكن ان تتحقق مع الاخذ بمبدأ سلطان الارادة ، وذلك بأن يؤخذ بهذا المبدأ الأخير بأتاحة الحرية فى اختيار القانون واجب

---

(٢٨) يقرر البعض فى هذا المعنى أن :
"Force est donc de dire que l'article 5/2 édicte une règle de conflit alternative comportant la nécessilté d'une comparaison entre le contenu des deux lois nationales désignées par cette règle de conflit pour donner la préférence à la plus protectrices du consommateur". V. Antoine KASSIS : Le nouveau droit européen des contrats internationaux, op cit, p. 337 .

(٢٩) لذلك فقد قيل فى هذا الشأن أن :
"En effet, s'il est vrai qu'en général le choix d'une loi applicable, opéré en fait par le contractant fort avec la simple adhésion forcée du faible, peut aller au détriment de ce dernier, il n'en est pas moins vrai que des situations différentes peuvent se présenter". V. Fausto POCAR : La protection de la pertie faible en droit international privé, op cit, p. 374.

التطبيق مع النص على احترام القواعد الآمرة فى قانون دولة اقامة المستهلك ، وهذا هو الحل الذى أخذت به معاهدة روما .

الحالة الثانية ، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك فى غيبة قانون الارادة :

٣٦- اذا لم يقم الاطراف باستخدام الحق المتاح لهم فى اختيار القانون واجب التطبيق ، فقد قررت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة لمعاهدة روما تطبيق قانون الدولة المتواجد بها مقر اقامة المستهلك . وقد أخذ بنفس الحل القانون الدولى الخاص السويسرى الصادر بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٨٧ "المادة ١٢٠" .

وعلى خلاف الحالة السابقة التى لم يهدر فيها مبدأ سلطان الارادة وانما قيد فقط بمراعاة وتطبيق قواعد قانون دولة اقامة المستهلك الاكثر حماية ، فأن الأمر فى الحالة الحالية مختلف تماما . ذلك ان القانون واجب التطبيق فى غيبة قانون الارادة وفقا للقواعد العامة هو قانون الدولة الاكثر صلة بالعلاقة ، وقد تبين لنا ان هذا الأمر يقود الى تطبيق قانون دولة البائع باعتبارة المدين بالأداء المميز فى عقد البيع مع وجود استثناء يؤدى الى تطبيق قانون آخر يتضح للمحكمة أنة أكثر اتصالا بالنزاع من قانون دولة البائع . فوفقا للقواعد العامة توجد – أذن– قاعدة تنازع مرنة une règle de conflit souple تتيح للمحكمة المختصة بعض الحرية فى تحديد القانون الملائم (٣٠) .

---

(٣٠) تجدر الإشارة فى هذا المجال إلى ما كان يقرر مشروع القانون الدولى الخاص السويسرى سنة ١٩٨٧ من أن من بين عناصر الأسناد التى يؤخذ بها فى الاعتبار عند تحديد القانون واجب التطبيق فى غيبة قانون الإرادة عنصر "حماية الطرف الضعيف فى العقد" .

"à défaut de choix le contrat est régi par la loi avec laquelle, selon l'ensemble des circonstances reconnaissables, il présente le rapport le plue étroit. Le rapport le plus étroit est déterminé notamment par la prestation caractèristique, par le besion particulier de protection d'une partie, ou par le rattachement manifeste du contrat à un lieu donné" .

وقد تم إلغاء هذا النص مع الاكتفاء بمعيار "الصلة الأكثر إتصالا بالعلاقة"
أنظر فى تفصيل ذلك :

٣٧- ومن الواضح ان قاعدة التنازع المطبقة فى غيبة قانون الارادة فى مجال عقود الاستهلاك هى قاعدة جامدة une règle de conflit rigide تقضي بتطبيق قانون واحد فقط هو قانون دولة المستهلك . وعلى ذلك فأن مبدأ الحماية le principe de protection قد حل كلياً محل مبدأ البحث عن القانون الأكثر صلة بالعلاقة le principe de proximité .

ب) تطبيق القواعد العامة فى مجال عقود الاستهلاك الالكترونية :

٣٨- رأينا ان حماية المستهلك لها اهمية فى نطاق العقود بصفة عامة ، وهذه الحماية لها اهمية خاصة فى مجال عقود الاستهلاك الالكترونية . ذلك أنة فى غالب الاحوال ينفرد البائع أو مقدم الخدمة بتحديد شروط ونصوص العقد على شبكة الانترنت ومنها شرط القانون واجب التطبيق ، وليس امام الطرف الآخر المستقبل لهذا العرض الألكترونى سوى قبول العرض او رفضة كما هو . فأذا قبل انعقد العقد متضمنا اختيارا صريحا للقانون واجب التطبيق . ومن هنا تبدو أهمية تطبيق القواعد الآمرة المنصوص عليها فى قانون دولة مقر أقامة المستهلك .

٣٩- وقد وردت قواعد تنازع القوانين المتعلقة بعقود الاستهلاك بصورة عامة تنطبق على كافة انواع العقود أيا كانت طريقة ابرامها سواء ابرم العقد بالطرق التقليدية ام بأحدى الوسائل الالكترونية . على انة من الملاحظ ان تطبيق نص المادة الخامسة من معاهدة روما يثير العديد من الصعوبات فى مجال التجارة الالكترونية . فمن الملاحظ ان قواعد التنازع المتعلقة بعقود الاستهلاك لا تنطبق – وفقا لنص المادة الخامسة من معاهدة روما – الا فى ثلاثة فروض :

-الفرض الاول : ان يكون ابرام العقد مسبوقا فى دولة مقر اقامة المستهلك باقتراح او اعلان متعلق بالبيع و ان يتخذ المستهلك فى تلك الدولة الاجراءات الضرورية لابرام العقد.

-الفرض الثانى : ان يكون مقر اقامة المستهلك هو المكان الذى

Fausto Pocar : La protection de la partie faible en droit interntional privé, op cit, p. 365 .

استقبل فية البائع الطلب المتعلق بعقد البيع المزمع ابرامة.

-الفرض الثالث : يتعلق بالحالة التى يقوم فيها المستهلك – مدفوعا بذلك من البائع – بأجراء الطلب المتعلق بالبيع خارج الدولة التى يقيم بها المستهلك.

وغنى عن البيان ان تطبيق هذه القواعد أمر تكتنفة الصعوبة . فكيف يمكن التحقق فى مجال التجارة الالكترونية بأن المستهلك قد أجرى الطلب خارج الدولة المقيم بها بناء على تشجيع من البائع ، فمن المتعذر ان لم يكن من المستحيل التأكد من توافر هذا الأمر فى نطاق التجارة الالكترونية حيث يجرى العرض والطلب وكذلك القبول من خلال الحاسب الآلى ومن هنا فأن تطبيق القواعد المتعلقة بعقود الاستهلاك فى مجال التجارة الالكترونية سيتوقف فى نهاية الأمر على ارادة المحكمة التى تتولى الفصل فى النزاع ، ولاشك انها تتمتع بسلطة تقديرية واسعة فى هذا المجال (٣١) .

ومن الملاحظ ان قواعد التنازع المتعلقة بعقود الاستهلاك يمكن مع ذلك تطبيقها فى بعض الفروض . فمن بين الفروض السابقة الفرض المتعلق بكون ابرام العقد مسبوقا فى بلد اقامة المستهلك باتخاذ الاعلان اللازم لذلك. ومما لاشك فية ان العرض الذى يتم فى نطاق التجارة الالكترونية من خلال شبكة الانترنت يتسم بالاعلان للكافة ، فلة الطابع العام لأنه موجة للجميع . ذلك ان المستهلك يستقبل على الحاسب الآلى الخاص بة اقتراحا من التاجر متعلقا بالبيع او اعلانا فى هذا الصدد . فأذا أجاب المستهلك من خلال الحاسب الآلى على نحو يفيد القبول فأنة يقوم – أذن – باتخاذ الأجراءات اللازمة والضرورية لابرام العقد (٣٢) .

---

(٣١) لذلك يقرر البعض أن :

"La vérité est que c'est finalement, sans nul doute, sur la volonté que les juges auront de donner une plus ou moins grande emprise au texte que telle interprétation se fera plutôt que tele autre" . V. Michel VIVANT et Christian LE STANC : L'accord de volontés, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, édition Lamy, Paris, 2000 , n° 2631 .

(٣٢) أنظر فى هذا المعنى :

٤٠-وبصفة عامة ، يمكننا التمييز بين حالتين فى هذا الشأن :

الحالة الاولى : حالة ابرام العقد عبر احدى الوسائل الالكترونية بين طرفين كلاهما من التجار المهنيين او كلاهما من المستهلكين . تطبق فى هذة الحالة القواعد العامة لتنازع القوانين ولا تطبق القواعد الخاصة بحماية المستهلك . لهذا ينفرد مبدأ سلطان الارادة بحكم العقد ، وفى غيبته تبحث المحكمة عن قانون الدولة الأكثر صلة بالعلاقة ، وهو -كما رأينا – قانون دولة مقر اقامة البائع كقاعدة عامة باعتبارة هو المدين بالاداء المميز فى العقد .

الحالة الثانية :حالة ابرام العقد بين طرفين احدهما تاجر أو مهنى والأخر مستهلك . فى هذة الحالة نكون بصدد عقد من عقود الاستهلاك وتنطبق بالتالى قواعد تنازع القوانين الخاصة والتى تأخذ فى الاعتبار مراعاة مصلحة المستهلك ، ومن ثم ينفرد قانون دولة اقامة المستهلك بحكم العقد فى غيبة قانون الادارة . كما تطبق القواعد الآمرة الأكثر حماية للمستهلك فى حالة اتجاة ارادة الأطراف الى اختيار قانون دولة ما لحكم العقد . وينبغى ان يلاحظ أنة فى هذه الحالة الأخيرة لا يتم اهدار قانون الادارة كلية ، لأن ما يطبق من قانون دولة اقامة المستهلك هو القواعد الأكثر حماية للمستهلك ، وبخلاف ذلك تطبق قواعد قانون الارادة باعتبار انها تشكل الأصل الذى يرجع القاضى إلية [٣٣] .

Michelle JEAN-BAPTISTE : Créer et exploiter un commerce électronique, op cit, p. 30 .

(٣٣) يرى البعض مع ذلك بحق أنه على الرغم من وضع تعريف للمستهلك فى المعاهدات الدولية إلا أن الأمر منتقد لأن قاعدة التنازع تعتد بمصلحة الطرف الضعيف ولا تعبير أى أهتمام لمصلحة الطرف الأخر فى العقد .

"Bien que la définition du consommateur puisse être considérée comme la plus adéquate, elle laisse tout de même une grande marge d'inertitude, d'autant plus que les règles qui s'y rapportent ne tiennent normalement pas compte de la qualité de l'autre partie contractante : au cas où cette dernière ne serait pas une entrerise ou un commerçant agissant dans le cadre de son activité professionnelle, la règle pourrait être censée s'appliquer en mettant les parties sur le même plan et sans qu'il n'existe aucune raison pour exclure le contrat du domaine de la règle générale".

٤١– وتجدر الاشارة فى هذا المقام الى الرأى الذى ينادى بضرورة عدم التقيد فى مجال العقود الالكترونية بقواعد التنازع المتعارف عليها فى عقود الاستهلاك المبرمة بالطرق التقليدية . ووفقا لهذا الرأى يتعين التفرقة بين الحالة التى يظهر فيها العرض من جانب التاجر على موقع الكترونى يحوز الثقة والضمان un cite certifié وبالتالى يعد معترفا وموثوقا به وبين الحالة التى يتم فيها العرض من خلال موقع الكترونى لايحوز مثل هذه الثقة:

–ففى الحالة الاولى يتعين ان يكون القانون واجب التطبيق على عقد الاستهلاك الالكترونى هو قانون الدولة المرسلة اى قانون دولة الموقع الالكترونى المبث من خلاله العرض المتعلق بالبيع . وفى هذه الحالة يطبق قانون البائع التاجر وليس قانون دولة المستهلك الذى يستقبل العرض الموجه من الموقع الالكترونى .

–أما فى الحالة الثانية حيث يرسل العرض من خلال موقع الكترونى غير معروف ولا تتوافر فية الثقة الكافية فأن هذا الرأى يقبل فى هذة الحالة تطبيق قانون دولة موطن المستهلك (٣٤).

٤٢– و لا نعتقد – من جانبنا – ان هذا الرأى يعد صائبا . فمن ناحية يلاحظ ان من العسير التعرف على وجة اليقين من مدى توافر الثقة فى الموقع الالكترونى من عدمه ، ومن غير اليسير وجود معيار دقيق فى هذا الشأن . ومن ناحية أخرى يعد معيار مدى توافر الثقة فى الموقع الالكترونى معيارا مرنا un critère flexible يفتح الباب على مصراعية للتحكم من قبل الجهة التى تتولى الفصل فى النزاع . ومن ناحية ثالثة يقود

V.Fausto POCAR : La protection de la partie faible en droit international privé, op cit, p. 371 .

(٣٤) أنظر هذا الرأى للأستاذة الفرنسية Catherine KESSDJIAN فى تعليقها على مؤتمر التجارة الإلكترونية المنعقد فى جنيف سنة ١٩٩٩ :

Conférence de La Haye de droit international privé, Table ronde sur le commerce électronique et le droit international privé, les 2, 3 et 4 september 1999, Revue critique de droit international privé, 1999, p. 875 .

الأخذ بهذا المعيار الى اهدار المصلحة التى من أجلها تم وضع قواعد التنازع المتعلقة بعقود الاستهلاك وهى الوقوف الى جانب الطرف الضعيف فى العقد .

المبحث الثالث

تنازع القوانين فى مجال اثبات عقود التجارة الالكترونية

٤٣- نتعرض أولا لدراسة القواعد العامة فى الاثبات ، ثم نتعرض لتطبيق ذلك فى مجال عقود التجارة الالكترونية.

أ) القواعد العامة :

٤٤- وفقا للقواعد العامة للاثبات فى القانون الدولى الخاص لا يخضع الاثبات – بالنظر الى أن له جوانب متعددة – الى قانون واحد و انما الى قوانين متعددة : القانون الذى يحكم الموضوع ، القانون الذى يحكم شكل التصرف وكذلك القانون الذى يطبق على الناحية الاجرائية .

-ففيما يتعلق بموضوع وعبء الاثبات ، يطبق القانون الذى يحكم موضوع العقد . فيتم الرجوع الى قانون الارادة المختار من قبل الأطراف فيما يتعلق بالقرائن القانونية للاثبات les présomptions légales ، وكذلك فيما يتعلق بحالات تقسيم عبء الاثبات بين الأطراف . وقد نصت معاهدة روما المبرمة بين دول الجماعة الأوربية سنة ١٩٨٠ على ذلك صراحة(٣٥).

ويرجع تطبيق القانون الذى يحكم الموضوع الى ان القرائن القانونية التى تعفى الطرف المقررة لمصلحتة من الاثبات تعتبر فى حقيقة الأمر قواعد موضوعية règles de fond وتساهم بالتالى فى تحديد التزامات الأطراف ، ومن هنا لا يمكن فصلها عن قانون العقد.

على أنه من الملاحظ ان عبء الاثبات لا يخضع لقانون العقد الا فى الحالات التى يوزع فيها قانون العقد عبء الاثبات فى مجال الالتزامات

(٣٥) تنص المادة ١/١٤ من معاهدة روما على أن :
"La loi régissant le contrat en vertu de la présente convention s'applique dans la mesure où , e matière contractuelle, elle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve" .

التعاقدية. لذلك فأن قواعد الاثبات التى تتعلق بالنواحى الاجرائية لا تخضع لقانون العقد وانما تخضع لقانون القاضى lex fori ، كما هو الحال بالنسبة للقاعدة التى تقرر أن سكوت أحد المتعاقدين عن تفنيد ادعاءات المتعاقد الآخر أثناء نظر النزاع يعد قرينة على الموافقة .

وتجدر الاشارة الى ان هناك اتجاه فى الفقة ينتقد اخضاع الاثبات لقانون العقد . ويستند هذا الاتجاة الى ان ارادة الاطراف عند ابرام العقد تكون على وعى تام بالنواحى الاجرائية "شكل العقد" وبالمسائل المتعلقة بالاثبات ، وذلك على عكس النواحى الموضوعية حيث لا توجد أهمية حالة لمعرفتها لدى الاطراف عند ابرام العقد ، فلا تكون لديهم الا معرفة عامة بوجوب حسن النية وبالقوة الالزامية للعقد دون ان يكون لديهم معرفة بالتفاصيل المتعلقة بعيوب الارادة وبالتعويض المستحق فى حالة عدم التنفيذ... الخ . وطالما ان الناحية المتعلقة بالشكل والاثبات تقتضى ملاحظة حالة من الأطراف فأن القانون المختص ينبغى ان يراعى التوقع المشروع للاطراف l'attente légitime .ولا يمكن ان يكون قانون الموضوع هو القانون الملائم فى هذه الحالة وانما القانون الذى يحكم الشكل "قانون الابرام"

كما يستند هذا الاتجاة الى ان هناك علاقة وثيقة تربط الشكل بالاثبات ، فأذا اشترط القانون لابرام العقد ضرورة توافر شكل معين فأن الهدف من وراء ذلك هو ايجاد وسيلة ميسورة لأثبات هذا التصرف (٣٦) .

وعلى الرغم من وجاهة هذة الحجج فأننا نرى أنه من الطبيعى أن يخضع اثبات موضوع التصرف وعبء الاثبات للقانون الذى يحكم الموضوع ، اى قانون الارادة نظرا لوجود ارتباط وثيق بين الاثبات وبين

---

(٣٦) يقر البعض فى هذا الشأن أن :

"C'est encore parce que les intérêts du commerce international commandent de sacrifier, en ce qui concerne la forme, la loi nationale et la lex fori à la lex loci actus, que la preuve est soumise à cette même loi locale. Preuve et forme des actes sont assimilées au point de vue de la loi applicable, plus précisément elles dépendent d'une loi uniquen en raison de leur identité de nature" V. André HUET . Les conflits de Lois en matière de preuve. Dalloz, Paris, 1965, p. 101

موضوع التصرف . وقد أخذ بهذا الحل القرار الصادر عن مجمع القانون الدولى فى اجتماع لوزان سنة ١٩٤٧ (٣٧) .

–وفيما يتعلق بطرق الاثبات المقبولة فأن البعض يرى أنها تخضع لقانون القاضى نظرا لتعلقها بمسألة اقتناع القاضى (٣٨) la conviction du juge على ان هذا القول تعوزة الدقة ، ذلك أنة من غير المقبول القول بأن مسألة الاثبات ترجع فقط الى اقتناع القاضى . فطرق الاثبات يتم تحديدها بنصوص وقواعد قانونية ، وكما لوحظ – بحق – ان القول بأن الاثبات يرجع الى مطلق اقتناع القاضى انما يعنى ان الامر لا يتعلق باثبات قانونى وانما باثبات معنوى (٣٩) .

ولما كان تحديد طرق الاثبات المقبولة لا ينتمى الى مطلق اقتناع القاضى ، فلا يمكن ان يطبق عليها قانون القاضى فقط وانما يمكن تبنى قاعدة تنازع تخييرية تقرر أنه يمكن الاثبات بالطرق المقبولة من قانون القاضى وكذلك بالطرق السائدة فى قانون بلد الابرام وبالطرق المقبولة فى قانون موضوع العقد . وقد نصت على هذة القواعد معاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠ " المادة ٢/١٤ " . ومن هنا أمكن التوفيق بين مصلحة بلد

---

(٣٧) تنص المادة الثانية من قرار لوزان بتاريخ ١١ أغسطس ١٩٤٧ على أن :
"L'admisibilité des moyens de preuve, leur force probants, le fardeau de la preuve et les presomptions legales, sont réglés par la loi applicable aux faits ou aux actes juridiques ou aux rapports de droit qu'il s'agit de prouver". V. Tableau général des résolutions de l'IDI (1873-1956), éditions Juridiques et Sociologiques S.A. Bâle, 1957, p. 358 .

(٣٨) أنظر فى هذا المعنى :
Yvon LOUSSOUARN et Pierre BOUREL : Droit internaional privé, 4e édition, 1993 , p. 393 .

(٣٩) قيل فى نفس السياق أن :
"La doctrine qui retient la compétence de la loi du tribunal saisi encourt un reproche beaucoup plus sérieux : affirmer que la preuve est le produit de la psychologie et de l'intime conviction du juge, plutôt que celui du droit, n'est-ce pas suposer que le système probatoire français est un système de preuve morale. n'est-ce pas oublier que le législateur a imposé des solutions là où on prétend que tout relève de la logique et du juge" . V. André HUET : Les conflits de lois en matière de preuve , op cit, p. 18 .

القاضى ومصلحة الاطراف فى تحقيق الاثبات بطرق تتوافق مع التوقع المشروع لهم .

ويلاحظ أخيرا ان الاجراءات المتعلقة بالاثبات تخضع الى قانون القاضى، لأن الأمر يتعلق بحسن سير وتنظيم العدالة . وهكذا ، فأن الأشكال المتطلبة فى الكتابة ، طريقة اداء اليمين ، اجراءات التحقيق وغيرها من الاجراءات تخضع لقانون القاضى دون خلاف (٤٠) .

ب) الاثبات فى عقود التجارة الالكترونية :

٤٥– تتوافر الثقة والامان فى عقود التجارة الدولية التى تبرم بالطرق التقليدية بالنظر الى ان هذه العقود يتم ابرامها فى حضور طرفى العقد او من يمثلهما قانونا ، ويتم أثبات ما اتفق علية بطريق الكتابة المثبتة فى ورق مادى يسهل على كل من طرفيه الاحتفاظ به . أما فى عقود التجارة الالكترونية فأن الأمر جد مختلف ، فالعقد يبرم فى غالب الاحوال بين طرفين ليس بينهما وسيلة اتصال مادية عن طريق تبادل المعلومات وتبادل الايجاب والقبول عبر شبكة الانترنت ، وهو الامر الذى يثير العديد من المشاكل حول كيفية اثبات العقد عند المنازعة . و لاشك انة اذا تم ابرام العقد بطريقة الكترونية وتم تنفيذة من الطرفين دون وجود اية منازعة حول هذا التنفيذ لن تعرض مشكلة الاثبات وتحديد القانون واجب التطبيق عليها .

ومن الملاحظ ان التزايد فى حجم المبادلات عبر شبكات التجارة الالكترونية يرتبط ارتباطا وثيقا بتوافر قواعد مستقرة للاثبات ، لأن هذا هو الشئ الوحيد الذى يوفر الثقة والامان القانونى la sécurité juridique فى عقود التجارة الالكترونية.

١–أهلية ابرام العقد :

٤٦– يشترط لصحة العقد ان تتوافر لدى طرفية الاهلية القانونية

---

(٤٠) لهذا نص قرار مجمع القانون الدولى السابق الإشارة إليه والصادر سنة ١٩٤٧ على ان :

"La preuve, en matière de droit privé, est administrée suivant la procédure de la lex fori"

اللازمة لابرامة. ويعتبر التحقق من هذا الامر ميسورا فى العقود التى تتم بين حاضرين حيث يمكن لكل طرف التحقق – على ضوء المظهر الخارجى للطرف الآخر – من اكتمال اهلية الطرف المتعاقد الآخر . ويمكن عند الشك ان يطلب أحد الطرفين من الآخر ابراز تحقيق الشخصية الدال على بلوغ سن الرشد.

أما فى مجال التجارة الالكترونية فإنه يبدو من العسير التحقق من توافر هذا الشرط اذا أخذنا فى الاعتبار عدم وجود "مكان للالتقاء" بين طرفى العقد . ويمكن مع ذلك التغلب على تلك الصعوبة بتبادل الرسائل الالكترونية بين طرفى العقد ، اذ يتعين ان يكون من بين البيانات الجوهرية فى العقد الالكترونى بيان توافر الأهلية القانونية لدى كل من طرفية . وعلى أية حال يمكننا التفرقة بين فرضين فى مجال التجارة الالكترونية بالنسبة لمسألة الاهلية :

-**الفرض الاول** ، يتعلق بالحالة التى يكون فيها أحد طرفى العقد ناقص الأهلية وفقا لقانونة الشخصى اى قانون الدولة التى يحمل جنسيتها ، ويعلم الطرف الآخر بنقص أهلية الطرف المتعاقد معه . يعد العقد باطلا فى هذة الحالة اذا اثير النزاع امام القضاء

-**الفرض الثانى** ، يتعلق بالحالة التى يكون فيها احد المتعاقدين ناقص الأهلية ولايعلم الطرف الأخر بهذا بسبب تجاهل تبادل الرسائل الالكترونية فى شأن مسألة الأهلية او بسبب تدوين بيان غير صحيح متعلق بكمال اهلية المتعاقد ثم يتبين نقص أهليتة . فى هذه الحالة لا يمكن للمتعاقد ناقص الاهلية ان يحتج بنقص اهليتة لأبطال العقد ، وذلك لأن الطرف الآخر لم يكن يعلم ولم يكن بوسعة العلم– وفقا لمعيار الرجل المعتاد – بنقص الاهلية.

ويمكن – من وجهة نظرنا – قياس هذا الفرض الثانى للتعاقد فى مجال التجارة الالكترونية على حالة التعاقد بين حاضرين فى مجال عقود التجارة التى تبرم بالطرق التقليدية ، والتى من المقرر فيها عدم تأثر العقد بنقص أهلية أحد اطرافة فى حالة عدم علم المتعاقد الآخر بذلك . وقد نصت

على هذا الحكم المادة ١١ من معاهدة روما [٤١] ، كما نصت عليه المادة ١/١١ من القانون المدنى المصرى [٤٢].

وليس هناك من شك فى ان الأخذ بهذا الحكم يعد امرا لاغنى عنه فى مجال عقود التجارة الالكترونية ، لأنه لا يمكن توفير الثقة والامان القانونى اذا ابرم العقد بين طرفين لا يرى بعضهم بعضا فى غالب الاحوال ثم يكتشف احدهما – فجأة – ان الطرف الآخر ناقص الأهلية.

٢–مدى اشتراط الكتابة فى عقود التجارة الالكترونية:

٤٧– تعد التجارة الالكترونية وسيلة كغيرها من وسائل التجارة الدولية لتحقيق المبادلات التجارية . ووفقا للقواعد العامة يتميز العقد بالطابع الرضائى . ويعنى مبدأ الرضائية le principe de consensualisme ان العقد يبرم بمجرد تبادل الايجاب والقبول بين طرفيه بأية طريقة كانت ، سواء بتبادل الرسائل الكتابية او بالتليفون او حتى بالاشارة الدالة على ذلك . لهذا، لا تعد الكتابة شرطا لابرام العقد وتكوينه حيث يبرم العقد صحيحا بتوافق رضاء وارادة طرفيه [٤٣] .

واستنادا الى ما تقدم فأن الكتابة تعد امرا متطلبا لاثبات التصرف القانونى عند المنازعة وليست شرطا لابرامه . على ان تقريرنا هذا لا يقلل من اهمية الكتابة ، فهى تعد امرا لا غنى عنه للحفاظ على حقوق الاطراف

---

(٤١) وفقا للمادة ١١ من معاهدة روما فإن :
"Dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne pysique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant d'une autre loi que si, au moment de la conclusion du contrat, le conctractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part".

(٤٢) تنص المادة ١/١١ من القانون المدنى المصرى على أن : "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم . ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها ، إذا كان أحدالطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته" .

(٤٣) تنص المادة ٨٩ من القانون المدنى المصرى على مبدأ الرضائية مقررة أم : "يتم العقد بمجرد تبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد" .

فى مجال عقود التجارة الدولية . إذ أنه بدونها يتعذر اثبات التصرف القانونى مما يؤثر حتما بالسلب على تطور وازدياد مبادلات التجارة الدولية.

٤٨- وتبدو اهمية اثبات التصرف على وجة الخصوص فى عقود التجارة الالكترونية نظرا للطبيعة الخاصة للوسائل المستخدمة فى تبادل رضاء وارادة طرفى العقد . واذا كانت عقود التجارة المبرمة بالطرق التقليدية يتم اثباتها عادة بواسطة وجود وسيلة مادية تتمثل فى الاثبات الكتابى لشروط ونصوص العقد ، فأنة من المتعذر القيام بهذا الاثبات فى نطاق التجارة الالكترونية بنفس هذة الوسائل ، لأن التجارة الالكترونية ليس بها اوراق كتابية مادية للاثبات.

لذا ، فأنة من المتعين البحث عن وسيلة اخرى للاثبات توفر من ناحية الثقة والامان القانونى la sécurité juridique لدى جمهور المتعاملين فى مجال التجارة الالكترونية ، وتتناسب من ناحية اخرى مع الطبيعة الخاصة للتجارة الالكترونية كوسيلة جديدة لابرام العقود الدولية (٤٤) .

٤٩- ولاشك ان ايجاد وسيلة جديدة للاثبات فى مجال التجارة الالكترونية يعد امرا مشروعا من الناحية القانونية . ونلاحظ فى هذا الصدد ان قواعد الاثبات لا تعد ، وفقا للاتجاة السائد فى القانون الدولى الخاص ، متعلقة بالنظام العام . فأذا كانت الكتابة امرا هاما فى الاثبات ، الا انها

---

(٤٤) لهذا يؤكد البعض على أن :
"L'essor du commerce électronique repose sur la confiance que les utilisateurs accorderont au système. En terme de sécurité, cependant , des incertitudes demeurent. Il faut en effet pouvoir transmettre des informations dans des conditions techniques qui garantissent l'identité et le consentement de l'émeteur, la tenerur des messages et leur réception. Or , Par nature, la sécurité constitue le point faible des réseaux ouverts. Ainsi, on peut facilement imaginer qu'un cocontractant refuse d'honorer ses engagements, voire même qu'une personne mal intentionnée intercepte des messages, ce qui lui donnerait accès à des informations relevant du secret des affaires ou de la vie privée et donc entre autres la possibilité de les modifier". V. Eric A. CAPRIOLI: Sécurité et confiance dans le commerce électronique - signature numérique et autorité de certification, la Semaine Juridique, JCP, G, 1998, doctrine, 1, 123 .

ليست الوحيدة لتحقيق هذا الهدف . والهدف من اشتراط الكتابة هو التيسير على المتعاقدين فى الاثبات بوسيلة اكيدة فى تحقيق الحفاظ على الحقوق الخاصة بهم ، وهى تلك الحقوق المقررة فى نصوص العقد المبرم فيما بينهم. وطالما ان قواعد الاثبات لا تعد متعلقة بالنظام العام ، فإنه بإمكان الأطراف استبعادها والاتفاق على إجراء الاثبات بوسائل وطرق اخرى . كما أنة لا يجوز للقاضى القضاء من تلقاء نفسة ببطلان التصرف لعدم مراعاة طرق الاثبات التى ينص عليها القانون (٤٥) .

٣- التوقيع الالكترونى كوسيلة لاثبات عقود التجارة الالكترونية :

٥٠- يمكن القول ان الحق الذى لايمكن اثباتة يعد كأنة غير موجود(٤٦)، ومن هنا تبدو اهمية الاثبات فى نطاق عقود التجارة الالكترونية. ويعد التوقيع الالكترونى دليل اثبات كتابى فى صورة حديثة تتناسب مع الطبيعة الخاصة للتجارة الالكترونية (٤٧) . ولما كانت شبكة الانترنت التى من خلالها يتم ابرام عقود التجارة الالكترونية تعد شبكة عالمية لا تعترف بالحدود بين الدول ، فأن نجاح التوقيع الالكترونى كوسيلة للاثبات امر يتوقف على تبنى كافة دول العالم لهذة الوسيلة الجديدة فى

---

(٤٥) ترتيبا على ذلك يقرر بعض الفقة أن :
"Maîtres de leurs volontés, les plaideurs sont aussi maîtres de leures preuves. De cette idée les tribunaux sont fondés à déduire que les parties peuvent renoncer à ce prévaloir des règles légales de preuve, que le juge n'est pas autorisé à relever d'office le moyen de nullité tiré de ce que les règles de preuve n'ont pas été observées, et enfin que l'inobservation de ces règles ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation". V. André HUET : Les conflits de lois en matière de preuve, op cit, p. 38.

(٤٦) أنظر :
"un droit qui ne peut pas être prouvé est un droit qui n'existe pas". V. Bernard REYNIS : cliquer, c'est signer ..., La Semaine Juridique, notariale et immobilière, n°49, 8 décembre 2000 , p. 1747 .

(٤٧) أنظر فى هذا المعنى ، خالد الطهطاوى : الأثبات والتوقيع الإلكترونى ، بحث منشور فى :
Al RO'YA, Institut de droit des affaires internationales, Faculté de droit du Cairo, avril 2000 , n°1 , p.7.

الاثبات ، وذلك حتى تتوافر لدى المتعاملين فى مجال التجـــارة الالكترونيـــة الطمأنينة الكافية من الناحية القانونية.

٥١- ويبدو ان هناك العديد من المواثيق الدولية التى اعترفت حديثـــا بالتوقيع الالكترونى من اهمها : القرار الصادر مـــن المجلـــس الأوروبـــى المتعلق بالتوقيع الالكترونى والصادر بتاريخ١٣ديسمبر ١٩٩٩، كما ان لجنـــة الأمم المتحدة للقانون التجارى قد تبنت مشروعا متعلقا بالتوقيع الالكـــترونى فى اجتماعها بتاريخ ٢٥ فبراير ٢٠٠٠ ، ويمكـــن كذلـــك ذكـــر العـــادات والأعراف المقننة بواسطة غرفة التجارة الدولية بباريس سنة ١٩٩٠ [٤٨] .

٥٢- وعلى مستوى قوانين الدول الوطنية نجد ان فرنسا قد اصـــدرت بتاريخ ٢٩ فبراير ٢٠٠٠ قانونا يسمح باستخدام التوقيـــع الالكـــترونى فـــى الاثبات [٤٩] ، كما ان تونس قـــد اصـــدرت القـــانون رقـــم ٨٣ بتـــاريخ ٩ اغسطس ٢٠٠٠ متعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية أكـــد علـــى صحـــة التوقيع الالكترونى فى الاثبات . وفى مصـــر يوجـــد مشـــروعان للتوقيـــع الالكترونى : احدهما يشرف علية مجلس الـــوزراء والآخـــر يتـــم اعـــداده بواسطة مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم ، وقد تبنى القواعد التـــى وضعتـــها لجنة الأمم المتحدة لتنظيم التجارة الالكترونية . وقد صدرت كذلـــك قوانيـــن حديثة فى هذا المجال فى كل من الصين (القانون الصينى الصادر بتـــاريخ ١٥ مارس ١٩٩٩) ، وايطاليا (القانون الايطـــالى الصـــادر بتـــاريخ ١٥ مارس ١٩٩٧) ، والمانيا (القانون الالمانى الصادر فى الاول من اغســـطس

---

[٤٨] وفقا لقواعد أعراف وعادات التجارة les incotermes الصادرة من غرفة التجـــارة الدولية فإن وثيقة النقل المادية يمكن أن يحل محلـــها رســـالة إلكترونيـــة لتبـــادل المعلومات . ووفقا للمادة A.8 فإن :

"Lorsque le vendeur et l'acheteur sont convenus de communiquer électroniquement le document de transport peut être remplacé par un message d'échange de données informatiques (EDI) équivalent". V. Lionel COSTES : Vers un droit du commerce international sans papier, op cit, p. 737 et s.

[٤٩] تنص المادة ١/١٣١٦ من القانون الفرنسى على أن :

"L'écrit sous forme électronique est admise en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifié la personne dont il emane et qu'il soit établie et conservé dans des conditons de nature a en garantie l'integrité".

القانون الالمانى الصادر فى الاول من اغسطس ١٩٩٧) (٥٠) .

٥٣- ووفقا للمادة الثانية من مشروع لجنة الأمم المتحدة يعرف التوقيع الالكترونى بأنة : " نوع من المعلومات تأخذ شكل الكترونى متضمنة فى رسائل الكترونية او مصحوبة بتلك الرسائل ، ويمكن استخدامها من أجل معرفة هوية صاحب التوقيع الالكترونى ، كما توضح أنه يؤيد ويوافق على المعلومات المتضمنة فى الرسائل الالكترونية".

يستفاد من النص السابق أنة يركز على وظيفتين للتوقيع الالكترونى: الأولى هى التعرف على هوية صاحب الرسالة l'identification de la personne المتضمنة التوقيع الالكترونى . والوظيفة الثانية هى التعبير عن الرضاء la manifestation du consentement بمحتوى الرسالة من جانب من قام بأرسالها الكترونيا (٥١) . كما أنه من الملاحظ ان مشروع التوقيع الالكترونى الصادر عن لجنة الأمم المتحدة يركز على ضرورة الاعتراف الدولى المتبادل بين الدول بالتوقيعات الالكترونية ، وذلك بالنص على عدم جواز التفرقة بين التوقيع الالكترونى الصادر فى دولة ما عن ذلك الصادر فى دولة اخرى طالما انة قد استوفى الاجراءات والشروط الرئيسية للاعتراف بة فى الدولة صاحبة الشأن (٥٢) .

---

(٥٠) أنظر فى تفصيل نصوص هذه القوانين :
Bernard REYNIS: Cliquer, c'est signer..., op cit, page 1747 et ss.

(٥١) تنص المادة الثانية من مشروع لجنة الأمم المتحدة على تعريف التوقيع الإلكترونى بأنه :
"Des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou logiquement associées audit message et pouvant être utilisées pour identifier le détenteur de la signature dans le cadre de messages de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue".

(٥٢) تنص المادة ١٣ من هذا المشروع على أن :
"Pour déterminer si un certificat (ou une signature électronique) produit légalement ses effets, il n'est pas tenu compte du lieu où le certificat (ou la signature électronique) a été émis, ni de l'Etat dans lequel l'émetteur a son établissement . Les certificats émis par les prestataires de services de certification sont reconnus comme équivalent juridiquement aux certificats émis par les prestataires de services de certifcation sumis (à la loi de l'Etat adoptant) si les pratiques du prestataire de services de

٥٤- واذا كنا قد قررنا ان التوقيع الالكترونى يعد وسيلة حديثة للكتابة المشترطة للاثبات ، فأنة من الطبيعى ان يترتب على ذلك التسوية فى القيمة القانونية بين الكتابة على الورق المادى l'écrit sur support papier وبين الكتابة فى صورة التوقيع الالكترونىl'écrit sous forme électronique . على أنه يشترط ان تحتوى الكتابة المتعلقة بالتوقيع الالكترونى على الشرائط والمواصفات التى تبعث على الثقة والطمأنينة بها، والتأكد من أن الرسالة الالكترونية صادرة فعلا من الشخص المنسوبة الية(٥٣). وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١/١٣١٦ من القانون الفرنسى للتجارة الالكترونية الصادر سنة ٢٠٠٠(٥٤) .

٥٥- ولما كانت عمليات التجارة الإلكترونية يمكن لجميع مستخدمي الشبكة الإلكترونية الإطلاع عليها ومعرفتها فإنه لابد من إيجاد وسيلة للحفاظ على سرية البيانات الواردة في الرسالة الإلكترونية والمصحوبة بالتوقيع الإلكتروني .ويتم ذلك عن طريق ما يعرف بتشفير البيانات الواردة في الرسالة الإلكترونية ، وقد عرفه مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصوي بأنة (تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من اطلاع الغير عليها أو من تعديلها أو تغييرها) (٥٥).

---

certification étrangers offrent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui requis en vertu de (la loi de l'Etat adoptant). Cette reconnaissance peut se faire par une décision publiée par l'Etat ou par un acçord bilatéral ou multilatéral entre les Etats concernés".

(٥٣) لذلك يؤكد البعض على أن :

"Le point essentiel, ce sur quoi l'écrit électronique joue sa crédibilité et son succès futur, repose dans l'identification de l'auteur du message, pour nous, du contrat : est-ce bien la partie à laquelle on l'impute, qui a donné son consentement?" . V. Pierre-Yves GAUTIER : De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, La Semaine Juridique, E, n°31-34 , août 2000 ,p. 1273.

(٥٤) تنص المادة ١٣١٦ من القانون الفرنسى للتجارة الإلكترونية على أن :

"L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne don't il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité".

(٥٥) أنظر فى تفصيل ذلك : د/ هدى حامد قشوش ، الجرائم المعلوماتية ، مجلة مركز بحوث الشرطة ، العدد العشرون ، يوليون ٢٠٠١ ، ص ٢٣٦ وما بعدها .

ومن أجل تحقيق هذا الطابع العالمي للإعتراف بالتوقيع الإلكتروني فإن القرار الصادر عن الجماعة الأوروبية والخاص بالتوقيع الإلكتروني سنة ١٩٩٩ قرر أن الشهادات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني والصادرة في دولة أجنبية خارج الجماعة الأوروبية يعترف بها وتساوى في القيمة القانونية الشهادات الصادرة من إحدى الدول الأوروبية (٥٦) . ومن أجل تسهيل وسرعة إصدار الشهادات المتعلقة بتوثيق التوقيع الإلكتروني نص قرار الجماعة الأوروبية في مادته الثالثة على أن الشهادات التي تصدر من جهة متخصصة لمنحها لا يمكن أن يخضع منحها لأية إجراءات مبدئية من قبل الدولة التي تعمل بها هذه الجهة المختصة بإصدار وتوثيق الشهادات المذكورة .

٥٦- ومن الملاحظ أن الجهة المختصة بإصدار شهادات التوقيع الإلكتروني الموثقة تعد ذات أهمية كبيرة . ويمكن القول أنها تعتبر حجر الزاوية في مدى نجاح هذا الإسلوب الجديد في إثبات عقود التجارة الإلكترونية .ذلك أن هذه الجهة هي التي تختص بإصدار الشهادات وتقوم كذلك بحفظها بالطريقة الإلكترونية ذاتها التي تصدر بها الشهادة . ونظرا للأهمية القصوى للدور الذي تلعبه هذه الجهة تضمن قانون التجارة الإلكترونية التونسي الصادر سنة ٢٠٠٠ النص على إنشاء "الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية" ، وتضمن الباب الثالث من هذا القانون النص على وضع تنظيم دقيق لعمل هذه الوكالة مقررا أن :

"الفصل الثامن : تنشأ مؤسسة عمومية لا تكتسب صبغة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية وبالإستقلال المالي يطلق عليها اسم (الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية)وتخضع في علاقاتها مع الغير إلى التشريع التجاري، ومقرها بتونس العاصمة .

الفصل التاسع : تتولى هذه المؤسسة القيام خاصة بالمهام الخاصة

---

(٥٦) أنظر في تفصيل ذلك :

Denis BARESCH et Richard SCHLECHTER : La directive européenne pour les signatures électroniques, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 439 , juin2000 , p. 387 .

التالية :

-منح ترخيص تعاطى نشاط مزود خدمات المصادقة الإلكترونية على كامل تراب الجمهورية التونسية ،

-السهر على مراقبة احترام مزود خدمات المصادقة الإلكترونية لأحكام هذا القانون ونصوصه التطبيقية ،

-تحديد مواصفات منظومة إحداث الإمضاء والتدقيق ،

-إبرام اتفاقات الاعتراف المتبادل مع الأطراف الأجنبية ،

-إصدار وتسليم وحفظ شهادات المصادقة الإلكترونية الخاصة بالأعوان العموميين المؤهلين للقيام بالمبادلات الإلكترونية ويمكن أن يتم ذلك مباشرة أو عبر مزودي خدمات مصادقة إلكترونية عموميين ،

-المساهمة في أنشطة البحث والتكوين والدراسة ذات العلاقة بالمبادلات والتجارة الإلكترونية،

وبصفة عامة كل نشاط آخر يقع تكليفها به من قبل سلطة الإشراف وله علاقة بميدان تدخلها، وهى تخضع لإشراف الوزارة المكلفة بالقطاع.(٥٧) "

٥٧- وفى نهاية الأمر فقد ذكرنا أنه في مجال الإثبات هناك ثلاثة قوانين يتم الرجوع إليها ويعتبر العقد صحيحا إتباعا لوسائل الإثبات وفقا لقانون القاضي أو قانون بلد إبرام العقد أو القانون الذي يحكم موضوع العقد.

على أنه من الملاحظ أن الإعتداد بقاعدة التنازع التخريبية للإثبات في مجال عقود التجارة الإلكترونية لن يكون على غرار تطبيقها في نطاق إثبات عقود التجارة الدولية المبرمة بالطرق التقليدية . ذلك أنه إذا كان هناك ارتباط وثيق بين شكل التصرف وأثباته ،وهو الأمر الذي أدى إلى تطبيق

(٥٧) أنظر القانون التونسي للتجارة الإلكترونية منشور في :
Al RO'YA, Institut de droit des affaires internationales, Faculté de droit du Caire, n°1, 2001 , p. 11.

قانون الشكل (قانون بلد الأبرام) على مسألة إثبات التصرف ذاته ، فإنه في نطاق التجارة الإلكترونية لا يمكن القول بوجود مثل هذا الارتباط . فبالنظر إلى أن العقد يتم أبرامه عبر شبكة إلكترونية لتبادل المعلومات فإنه من المتعذر تحديد مكان مادي معين لإبرام العقد ، ومن ثم يفقد قانون بلد الإبرام أهميته في مجال إثبات عقود التجارة الإلكترونية . ومن هنا يمكننا أن نقرر أن الإثبات في نطاق هذا النوع الأخير من العقود إنما يتم وفقا لوسائل الإثبات المتبعة إما في قانون القاضي وإما في القانون الذي يحكم موضوع العقد وهو قانون الإرادة المختار من جانب أطراف العقد الإلكتروني .

الفصل الثاني
الاختصاص القضائي
في مجال
عقود التجارة الإلكترونية

تمهيد

٥٨- وفقا للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص يدخل النزاع المتولد من العقد الدولي في نطاق الاختصاص القضائي للدول الوطنية إذا لم يحتوى العقد على اتفاق تحكيم la convention d'arbitrage بين الأطراف سواء برم هذا الاتفاق وقت إبرام العقد (شرط تحكيم) la clause compromissoire أو إبرم في اتفاق لاحق على إبرام العقد (مشارطه تحكيم" le compromis . وعلى ذلك فإن اتفاق التحكيم يؤدى إلى إخراج النزاع من مجال اختصاص القضاء الوطني ويتعين حسمه بواسطة هيئة التحكيم المتفق عليها . فإذا خلا العقد من اتفاق تحكيم ولم يبرم هذا الاتفاق في وقت لاحق فإن اى نزاع يتولد عن العقد سيدخل حتما في نطاق اختصاص المحاكم الوطنية ، ولهذا يتعين تحديد المحكمة المختصة دوليا بنظر المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية .

٥٩- وغنى عن البيان أن الحديث عن الاختصاص القضائي الدولي في مجال العقود يشترط فيه أن يتسم العقد بالطابع الدولي على نحو ما بيناه عند حديثنا عن الطابع الدولي في قواعد تنازع القوانين (٥٨). وبالنظر إلى أن الإيجاب في نطاق التجارة الإلكترونية يتسم بالطابع العام الذي يوجه زائد

---

(٥٨) أنظر بخصوص الطابع الدولى ما سبق بند ٩ من هذا البحث .

الإيجاب في نطاق التجارة الإلكترونية يتسم بالطابع العام الذي يوجه زائد جميع العملاء في كافة الدول عن طريق الشبكة الإلكترونية الدولية فإن العقد يعد دوليا لاحتوائه على عنصر أجنبى متمثل في اختلاف جنسية أو موطن الأطراف (وفقا للمعيار القانوني) كما يعد دوليا بالتطبيق للمعيار الاقتصادي حيث ينشأ عن العقد انتقال لرؤوس الأموال والسلع عبر الحدود بين العديد من الدول .

٦٠- وتجدر الأشارة في هذا المقام إلى ما ينادى به البعض من ضرورة أن يحسم النزاع بالطريق الودي قبل اللجوء إلى الطرق الرسمية سواء كان ذلك عن طريق اللجوء الى المحاكم الوطنية أو التحكيم .ومما لاشك فيه أن اللجوء إلى الوساطة الوديه la médiation يعد - بحق - المرحلة الأولى التي ينبغي الاستعانة بها لفض النزاع المتواجد بين أطراف العقد الدولي .ذلك أن اللجوء إلى الطريق الودي قد يساعد على إعادة بناء الثقة بين الأطراف وعلى تجاوز الخلاف مما يساعد على استمرار تنفيذ العملية التعاقدية بعيدا عن إصدار حكم قضائي له طابع القوة الجبرية الإلزامية (٥٩) .

تقسيم :

٦١-تنقسم الدراسة في هذا الفصل على النحو التالي :

-**المبحث الأول** : معايير الاختصاص القضائي في مجال عقود التجارة الإلكترونية .

-**المبحث الثاني** : التحكيم كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية .

---

(٥٩) للتأكيد على أهمية اللجوء إلى الوساطة يضيف البعض حجة مقتضاها أن :
La raison de ce choix est qu'il sera difficile, au moins dans un premier temps, vu la dispersion des professionnels qui participent au commerce électronique dans tous les secteurs d'activité et dans de nombreux pays du monde, d'être sûr de l'indépendance et de l'integrite de personnes designées pour résoudre les litiges dans des conditions qui ne seront pas toujours transparantes. Et, par conséquent, il est souhaitable que ces personnes ne soient que des mediateurs et non des arbitres. V. Jérôme HUET : Commerce électronique, loi applicable et règlement des litiges, op cit, p. 1761.

المبحث الأول

معايير الاختصاص القضائي

في مجال عقود التجارة الإلكترونية

تمهيد وتقسيم :

٦٢- لتحديد قواعد الاختصاص القضائي واجبة الأعمال في نطاق التجارة الإلكترونية ينبغي التفرقة بين حالتين : تتعلق أولاهما بالحالة التي يبرم فيها العقد بين طرفين من التجار أو المهنيين أو بين طرفين كليهما من المستهلكين ولا ينطبق عليهم وصف التاجر . في هذه الحالة لا يعد العقد من قبيل عقود الاستهلاك وتوجد قواعد محددة للاختصاص القضائي في هذا المجال . أما الحالة الثانية فإنها تتعلق بالفرض الذي يبرم فيه العقد بواسطة أحد المستهلكين وهو ما يتوافر إذا ابرم العقد بين تاجر ومستهلك . وتوجد قواعد خاصة للاختصاص القضائي يراعى فيها مصلحة الطرف الضعيف في العقد . والى جانب هاتين الحالتين يمكن لأطراف العقد اختيار المحاكم الوطنية لدولة ما لنظر النزاع ، مما يدعونا للحديث عن مبدأ سلطان الإرادة في مجال الاختصاص القضائي.

واستنادا إلى ما تقدم ينقسم المبحث الحالي على النحو التالي:

-المطلب الاول ، الاختصاص القضائى فى مجال عقود التجارة الالكترونية بوجة عام

-المطلب الثانى،الاختصاص القضائى فى نطاق عقود التجارة الالكترونية المبرمة بواسطة المستهلكين

-المطلب الثالث ، تحديد المحكمة المختصة بواسطة ارادة الاطراف

المطلب الاول

الاختصاص القضائى

فى مجال عقود التجارة الالكترونية بوجة عام

يوجد فى هذا الشأن معيار عام يطبق فى كافة انواع المنازعات الخاصة الدولية ولا يقتصر فقط على العقود ، كما يوجد معيار خاص

للاختصاص القضائى فى مجال العقود.

أ) المعيار العام :

٦٣- يتمثل المعيار العام للاختصاص القضائى الدولى فى توطن المدعى علية فى اقليم دولة ما فتخص محاكم هذة الدولة بنظر النزاع . وقد نص القانون المصرى على هذا المعيار العام حيث تقرر المادة ٢٩ من قانون المرافعات ان : " تختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى له موطن او محل اقامة فى الجمهورية ، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج " . وقد نصت على هذا المعيار كذلك المواثيق والمعاهدات الدولية المتعلقة بالاختصاص القضائى ، كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية بروكسل المبرمة سنة ١٩٦٨ (المادة ٢) ، وكذلك اتفاقية لوجانو المبرمة بين دول الجماعة الاوربية سنة ١٩٨٨.

ومما لاشك فيه ان هذة القاعدة العامة للاختصاص تعد قابلة للتطبيق فى مجال عقود التجارة الالكترونية . ولا يحول ابرام العقد بأحدى الوسائل الالكترونية من قيام احد الطرفين برفع الدعوى امام المحاكم الوطنية فى الدولة التى يتواجد بها مقر اقامة المدعى عليه . فمن خلال الرسائل الالكترونية المتبادلة بين الطرفين وقت ابرام العقد واثناء تنفيذة من اليسير على كل طرف ان يتحقق من المكان الذى يتوطن به الطرف الآخر

ب) المعيار الخاص :

٦٤- والى جانب هذا المعيار العام للاختصاص الذى يطبق ليس فقط فى مجال العقود وانما فى كافة انواع المنازعات الخاصة الدولية ، توجد معايير خاصة بالعقود . ويستند تقرير المعيار الخاص الى احتمال ان تكون المحكمة المختصة وفقا لهذا المعيار فى وضع تكون فيه اكثر قدرة على نظر النزاع من محكمة موطن المدعى علية (٦٠) .

---

(٦٠) أنظر فى هذا المعنى :
Tanguy Van OVERSTRAETEN : Droit applicable et juridiction compétente sur Internet, Revue de droit des affaires internationales , n°3, 1998 , p. 377 .

على انة ينبغى التنبية الى ان تقرير هذة المعايير الخاصة لاينفى امكانية اللجوء الى المعيار العام ، فيمكن للمدعى الاختيار بين أن يرفع الدعوى امام محاكم موطن المدعى علية او امام المحكمة المختصة وفقا للمعيار الخاص . ولهذا، فأن التيسير على المدعى يعد احد الاسانيد لتقرير المعايير الخاصة .

ويتمثل المعيار الخاص بالعقود فى الحالة التى يخل فيها أحد المتعاقدين بتنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عن العقد فينقد الاختصاص لمحاكم الدولة التى نفذ الالتزام التعاقدى بها او كان ينبغى تنفيذة فى اقليمها.

٦٥- ويثور التساؤل عن المعيار الذى يتعين الأخذ بة فى تحديد الاختصاص القضائى في المجال العقدى . وفى هذا المجال تتجه بعض الآراء الى القول باختصاص محاكم الدولة التى اتفق فيها على تنفيذ الالتزام محل الأداء المميز فى العقد ، فى حين يتجة البعض الآخر الى تفضيل مكان تنفيذ الالتزام الذى وقع الاخلال به والذى يستند الية المدعى فى دعواه . ويتجه رأى ثالث الى القول بعدم الحاجة الى تقرير قاعدة عامة تنطبق على كافة العقود وانما يمكن تبنى قواعد خاصة للاختصاص بالنسبة لبعض العقود الهامة والمعتادة فى الحياة العملية كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع . فبالنسبة لهذا العقد الأخير يعد المعيار الملائم للاختصاص هو المكان الذى اتفق عليه لأجراء التسليم الفعلى للشئ محل عقد البيع (٦١) .

٦٦- ونحن نرى ان عدم وجود قاعدة عامة لتحديد مكان التنفيذ بالنسبة لكافة انواع العقود يعد اكثر واقعية لان الامر يتعلق فى هذه الحالة بطبيعة الرابطة التعاقدية وبالظروف المحيطة بالعقد .على أن ترك الحرية للقاضى فى هذا المجال قد يفتح الباب أمام التحكم من ناحية والى اختلاف الحل الذى يتم التوصل إلية فى المسائل المتناظرة باختلاف القاضى الذى

---

(٦١) أنظر فى تفصيل ذلك :

Catherine KESSEDJIAN : Vers une convention à vocation mondiale en matière de compétence juridiioonelle internationale et d'effets des jugements étrangers, Revue de droit uniforme, Unidroit, 1997 , p. 690 .

يتولى الفصل فى النزاع [٦٢].

٦٧- ومن الواضح أنه لا توجد علاقة وثيقة بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى وفقا لمعيار الاختصاص محل الحديث . ذلك أن هذا المعيار يقود الى اختصاص الدولة التى اتفق بها على تنفيذ الالتزام الذى وقع الاخلال به ، وفى مجال القانون واجب التطبيق يتم الاعتداد بقانون الدولة التى يوجد بها محل إقامة الطرف المدين بالأداء المتميز فى العقد . ففى حالة الاخلال بتسليم الشئ المبيع فى عقد البيع من قبل بائع متوطن فى مصر وكان قد اتفق مع المشترى على إجراء التسليم فى تونس ، فإن القانون واجب التطبيق هو القانون المصرى ، فى حين أن القضاء المختص وفقا للمعيار الخاص بالعقود هو قضاء دولة تونس[٦٣].

٦٨- وفقا للمادة الخامسة الفقرة الأولى من معاهدة بروكسل للاختصاص القضائى فإن الالتزام الذى يتعين أن يؤخذ فى الاعتبار لتحديد المحكمة المختصة ليس الالتزام الرئيسى المتولد من العقد وليس أى التزام آخر ، وإنما الإلتزام الذى تم الاخلال به والذى يستند إليه المدعى فى دعواه

---

(٦٢) لذلك قيل أن :

"Il est vrai, en revanche, que l'établissement de principes de préférence en fonction de la nature du rapport d'obligation permettrait de donner un contenu plus concret à cette prestation dont la soupleese peut effrayer. Mais la question est alors de savoir comment organiser un effet analogue de resserrement du contentieux dans le contexte d'une solution qui consiste à énumérer le lieu d'exécution pour chaque type de contrat" . V. Horatia MUIR WATT : Peut – on sauver le for européen du contrat, Revue générale des procédures, n°2, 1998 , p. 382 .

(٦٣) على العكس من ذلك يقرر البعض أن :

"Le principe de sécurité juridique implique que l'on localise l'obligation contractuelle qui sert de base à la demande en fonction de la loi applicable, car la détermination du lieu d'exécution en fonction de la nature du rapport d'obligation et des circonstances de l'espèce préconisée par la Cour de cassation et l'avocat génral ne permet pas d'atteindre cet objectif".

أنظر تعليق الأستاذ L.IDOT على حكم محكمة العدل الأوربية بتاريخ ٢٨ سبتمبر ١٩٩٩ ، منشور فى مجلة :

Europe, 1999, n°11, p. 26 .

l'obligation qui sert de base à la demande (٦٤) .

وعلى ذلك اذا إبرم عقد للتجارة الإلكترونية بطريق الانترنت بين مستورد مصرى وبائع يوغوسلافى لاستيراد بعض قطع غيار السيارات ، واتفق على الالتزام بالتسليم فى مصر ثم أخل البائع بهذا الالتزام مع استيفائه لكافة مستحقاته ، فإنه بإمكان المستورد المصرى رفع الدعوى أمام المحاكم المصرية بدلا من تكبد المشاق لرفعها أمام المحاكم اليوغوسلافية وفقا للمعيار العام للاختصاص القضائى (٦٥) .

٦٩- وتجدر الاشارة الى أن معيار الاختصاص محل الحديث لا يطبق إلا فى (المجال العقدى) أما فى غير هذا المجال ،من غير الجائز رفع الدعوى أمام محاكم دولة تنفيذ الالتزام الواقع الاخلال به .فإذا وقع اخلال متعلق بالمسئولية التقصيرية كان من غير الممكن اللجوء الى المعيار الحالى . ووفقا لما استقرت علية احكام القضاء الاوروبى فأن المجال العقدى يكتسب مدلولا محددا غير مرتبط بالخلاف المتواجد بين قوانين الدول الاوروبية حول الفواصل التى تميز المجال العقدى عن مجال المسئولية التقصيرية. وقد قررت محكمة النقض الفرنسية اننا نكون بصدد مجال عقدى اذا كان الطلب الذى رفعت الدعوى من اجله يجد اساسه فى العقد ، وان هذا الطلب يرتكز على عدم احترام التزام عقدى (٦٦) . واذا كانت هناك عدة التزامات تم الاخلال بها فى ذات الوقت واتفق على تنفيذها فى عدة دول فأن الالتزام الرئيسى هو الذى يعتد به لتحديد المحكمة المختصة وتنظر المحكمة

---

(٦٤) وفقا للمادة ٥/١ من معاهدة بروكسل فإن :
"Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant pouvait être attrait dans un autre Etat contractant en matière contractuelle devant le tribunal du lieu où l'obligation, qui sert de base à la demande, a été ou doit être exécutée .

(٦٥) أنظر فى تفصيل ذلك :
Hélène CAUDEMENT-TALLON : Les conventions de Bruxelles et de Lugano, compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, LGDJ, Paris, 1993 , p. 103 et ss.

(٦٦) أنظر :
Cour de cassation française, 6 juillet 1999, Dalloz Affaires, n° 176 , 1999, p. 1399 .

بالتبعية فى الاخلال المتعلق ببقية الالتزامات العقدية الأخرى.

٧٠- وتجدر الاشارة اخيرا الى ان معيار الاختصاص القضائى المتعلق بالعقود يعتبر ، بوصفة معيارا خاصا ، استثناءا على القاعدة العامة التى تعقد الاختصاص لمحاكم دولة موطن المدعى علية . لذلك يفسر هذا المعيار الخاص تفسيرا ضيقا ولا يتوسع فى مجال إعماله ، فيقتصر تطبيقة على حالة الاخلال بالتزام تعاقدى بمعنى الكلمة ، اما اذا لم يتعلق الأمر بالتزام عقدى – كما اذا تعلق الأمر بالتزام يدخل فى مجال المسئولية التقصيرية او شبة التقصيرية – فلا يطبق المعيار الخاص.

المطلب الثانى

الاختصاص القضائى فى مجال

العقود الإلكترونية المبرمة بواسطة المستهلكين

٧١- لتوفير حماية خاصة للمستهلك -باعتباره الطرف الضعيف فى العقد – توجد معايير للاختصاص القضائى يراعى فيها الوقوف الى جوار المستهلك . ولامحل لانطباق المعايير الخاصة هنا الا اذا انطبق على العقد وصف عقد من عقود الاستهلاك . وينطبق على العقد هذا الوصف اذا كان الشخص قد ابرم العقد خارج نطاق نشاطة المهنى . فمن ابرم عقدا فى نطاق النشاط المهنى الخاص به لا يستفيد من المعيار الخاص بالعقود المبرمة بواسطة المستهلك . وينبغى ان يكون احد طرفى العقد فقط من المستهلكين و الآخر يباشر النشاط المهنى ، اما اذا كان كلا الطرفين من المستهلكين فلا تطبق قواعد الاختصاص القضائى المتعلقة بعقود الاستهلاك، لأن هذه القواعد قد وضعت لمراعاة مصلحة الطرف الضعيف فى العقد . ومن الواضح ان شبهة استغلال أحد طرفى العقد للآخر تنتفى اذا ابرم العقد بين طرفين من المستهلكين .

٧٢- وقبل الحديث عن معيار الاختصاص القضائى فى مجال عقود الاستهلاك يتعين علينا ان نتكلم عن شروط تطبيق هذا المعيار .

أ) شروط تطبيق المعيار :

٧٣- وفقا للمادة ١٣ من معاهدة بروكسل ينبغى توافر شروط ثلاثة لتطبيق معيار الاختصاص المتعلق بالعقود المبرمة بواسطة المستهلكين وهى:

١-يجب ان يتعلق الأمر بعقد بيع بالتقسيط لأشياء منقولة مادية . ولهذا اذا تعلق العقد ببيع عقارات او اشياء منقولة معنوية لا يطبق معيار الاختصاص محل الحديث . ومن ناحية اخرى ليس كل عقد بيع مبرم بواسطة المستهلك يؤدى الى تطبيق المعيار محل الحديث ، وانما يقتصر الأمر على عقود البيع بالتقسيط التى يدفع فيها الثمن على عدة دفعات بعد استلام الشئ محل العقد . وتطبيقا لذلك قضت محكمة العدل الاوروبية ، فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ ابريل ١٩٩٩ ، بأن العقد المبرم لتصنيع يخت ويتفق فيه على دفع الثمن موزعا على عدة دفعات قبل الحيازة الفعلية لهذا اليخت لا يعد بيعا بالتقسيط ، ومن ثم رفضت المحكمة تطبيق نص المادة ١٣ المتعلقة بالعقود المبرمة بواسطة المستهلكين (٦٧) .

٢- ويجب ان يكون العقد مسبوقا باقتراح للتعاقد او باعلان لهذا الغرض فى الدولة التى يقيم بها المستهلك . والهدف من تطلب هذا الشرط هو وجود صلة وثيقة بين العقد وبين الدولة التى يتوطن بها المستهلك حتى يمكن عقد الاختصاص لمحاكم هذه الدولة الأخيرة .

وفى مجال عقود التجارة الالكترونية يعد هذا الشرط متوافر دائما ، حيث يوجد إعلان منذ تقديم البائع عرضه على الشبكة الالكترونية ، وهذا العرض يصل الى دولة المستهلك عن طريق استخدام هذا الأخير لتلك الشبكة .

٣- ويشترط اخيرا ان يقوم المستهلك باتخاذ الاجراءات اللازمة

---

(٦٧) قضت محكمة العدل الأوروبية بأن :
"Un contrat de fabrication d'un yacht moyennant paiement échelonné avant le transfert de la possession n'est pas une vente à tempérament". V. CJCE, 27 avrit 1999 , Europe, 1999 , n°6 , p. 21.

لابرام العقد فى الدولة التى يتوطن بها . ويهدف هذا الشرط كذلك الى توثق الصلة بين العقد ودولة المستهلك لتطبيق قاعدة الاختصاص القضائى لصالح محاكم هذه الدولة . ويعد هذا الشرط متوافرا كذلك فى عقود التجارة الالكترونية ، وذلك بقيام المستهلك بالرد الايجابى بطريقة الكترونية على العرض المقدم من جانب البائع .

ب) معيار الاختصاص المتعلق بالعقود المبرمة بواسطة المستهلكين:

٧٤- فرقت المادة ١٤ من معاهدة بروكسل بين حالتين : الحالة التى يكون المستهلك هو المدعى ، والحالة التى يكون هو المدعى عليه .

-فأذا كان المستهلك هو المدعى علية فلا يجوز ان ترفع الدعوى عليه من قبل الطرف الآخر الا امام محاكم الدولة التى يتواجد بها موطن المستهلك . ويهدف هذا الى تقديم ضمانة هامة للمستهلك فى أنه لن يذهب خارج اقليم دولة موطنة للدفاع عن نفسة فى القضايا التى ترفع علية من الطرف المتعاقد الآخر .

-واذا كان المستهلك هو المدعى فإن له - وفقا لنص المادة ١٤ من معاهدة بروكسل - الخيار بين رفع الدعوى لدى محاكم الدولة التى يتوطن بها المدعى علية وبين ان يرفعها لدى محاكم الدولة التى يتوطن هو بها[٦٨].

٧٥- وتجدر الاشارة الى تطبيق معيار الاختصاص القضائى المتعلق بالعقود المبرمة بواسطة المستهلكين يثير الصعوبات فى مجال عقود التجارة الالكترونية وذلك بالنسبة الآثار المترتبة على اعمالة . ذلك ان العرض الذى يوجة من قبل البائع على شبكة الانترنت مثلا لا يوجه الى شخص معين على وجه التحديد وانما يعد عرضا عاما للتعاقد مع اى شخص فى اى دولة من دول العالم . ومن شأن تطبيق قانون دولة موطن المستهلك الزام البائع برفع الدعوى علية فى العديد من الدول وهو الأمر المرتبط بتعدد جمهور المستهلكين المبرم معهم عقود عبر الشبكة الالكترونية للمعلومات . لهذا فأن

---

(٦٨) أنظر فى تفصيل ذلك :
Hélène GAUDEMENT-TALLON : Les conventions de Bruxelles et de Lugano, op cit, p. 183 .

احدى المحاكم الامريكية فى ولاية نيوجرسى قضت ، فى حكمها الصادر بتاريخ ١٢ سبتمبر ١٩٩٧،بأن مجرد الاعلان عن طريق الانترنت لا يعد أمرا كافيا فى حد ذاته لرفع الدعوى على البائع الإيطالى أمام المحاكم الأمريكية حيث يوجد موطن المستهلك رافع الدعوى (٦٩).

المطلب الثالث

تحديد المحكمة المختصة بواسطة إرادة الأطراف

٧٦- يمكن للأطراف فى مجال عقود التجارة الإلكترونية الاتفاق على تحديد المحكمة المختصة بنظر ما قد ينشأ عن تنفيذ العقد من منازعات. ووفقا للقواعد العامة فى مجال الاختصاص القضائى الدولى يمكن ألا تكون المحكمة المختارة من قبل الأطراف هى أحدى المحاكم المختصة وفقا لقواعد الاختصاص القضائى المنصوص عليها فى القانون الوطنى للدولة صاحبة الشأن .

وقد أقر القانون المصرى لإرادة الأطراف بالحق فى اختيار المحكمة المختصة ، حيث تنص المادة ٣٢ من قانون المرافعات على أن : "تختص محاكم الجمهورية بالفصل فى الدعوى ولو لم تكن داخلة فى اختصاصها طبقا للمواد السابقة اذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا" (٧٠).

٧٧- ويذهب بعض الفقه الى القول بأنه يشترط للاعتراف بإرادة الأطراف فى اخراج النزاع من مجال ولاية القضاء الوطنى لدولة ما وعقده

---

(٦٩) أنظر هذا الحكم مشارا إليه فى :
Catherine KESSEDJIAN : Vers une convention mondiale en matière de compétence jùridictionnelle internationle et d'effets des jugements étrangers, op cit, p. 686 .

(٧٠) على الرغم من أن نص المادة ٣٢ من قانون المرافعات قد اعترف للإرادة بالحق فى إدخال الدعوى فى مجال ولاية القضاء المصرى إذا لم تكن أصلا داخلة فى مجالها، إلا أن الرأى الراجح يذهب إلى تعميم هذا الحل والاعتراف للإرادة بالحق فى إخراج النزاع من مجال ولاية القضاء المصرى وعقد الاختصاص للقضاء الوطنى لدولة أجنبية . أنظر د/ فؤاد رياض ود/ سامية راشد : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى وأثار الأحكام الأجنبية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص ٤٤٥ . د/ عنايت عبد الحميد ثابت : أحكام المرافعات المقررة فى القانون المصرى فيما يتعلق بمنازعات الأفراد ذات الطابع الدولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، ص ٢٤١ وما بعدها .

بالتالى لقضاء دولة أخرى أن توجد صلة بين العقد موضوع النزاع وتلك الدولة المختارة لنظر النزاع[٧١].

ونعتقد على العكس من ذلك أنه يتعين الاعتراف لإرادة الأطراف بحرية تحديد المحكمة المختصة بغض النظر عن تطلب وجود علاقة ما بين العقد وبين الدولة المعقود لها الاختصاص بنظره . ذلك أنه قد يكون من مصلحة الأطراف اختيار (دولة محايدة) لنظر النزاع لاتتوافر بينها وبين العقد صلة ما . وتظهر أهمية هذا على وجه الخصوص فى مجال عقود التجارة الإلكترونية ، وهى تلك العقود التى لا يوجد فيها اتصال مادى مباشر بين المتعاقدين ، فقد يخشى كل طرف أن يخضع المنازعات المتولدة من العقد الى المحاكم الوطنية التابعة لدولة على غير صلة حقيقية بالنزاع باعتبارها دولة محايدة . ومن هنا تتولد الثقة والأمان القانونى لدى أطراف العملية التعاقدية مما يساعد على ازدهار وتطوير التجارة الدولية عبر شبكات المعلومات الإلكترونية .

٧٨–وقد اعترفت المواثيق الدولية لإرادة الأطراف بالحق فى الاتفاق على تحديد المحكمة المختصة . من قبيل ذلك معاهدة بروكسل المبرمة سنة ١٩٦٨ (المادة ١٧).وتجدر الاشارة الى أن تلك المعاهدة لم تشترط للاعتراف بإرادة الأطراف فى هذا المجال وجود صلة ما بين العقد والدولة المختارة لنظر النزاع .

ووفقا للمادة ١٧ من معاهدة بروكسل يشترط للإعتراف بإرادة الأطراف فى تحديد المحكمة المختصة أن يكون الإتفاق مكتوبا أو مثبتا بطريقة كتابية بعد الإتفاق عليه شفويا . واذا لم يتوافر هذا الإثبات الكتابى يمكن للإتفاق انتاج أثره فى تحديد المحكمة المختصة اذا اتخذ شكل متفق مع التصرفات العملية المعتادة بين الأطراف أو تحت شكل مقبول وفقا لعادات التجارة الدولية يكون لدى الأطراف معرفة بها أو يفترض فيهم المعرفة بها وفقا لما هو معتاد فى العقود المماثلة التى تبرم فى هذا المجال.

---

(٧١) أنظر د/ فؤاد رياض ود/ سامية راشد : تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائى الدولى ، المرجع السابق ، ص ٤٤٦ .

٧٩–وفى مجال عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت يمكن للبائع أن يضمن عرضه عبر الشبكة شرطا متعلقا بعقد الاختصاص القضائى لدولة ما ، فإذا قبل الطرف الآخر ذلك العرض فمعنى هذا أنه يقبل التعاقد وفقا للشروط المحددة من قبل البائع ومن بينها الشرط المتعلق بالاختصاص القضائى . وعبر اعتراف قوانين مختلف الدول بالتوقيع الإلكترونى كوسيلة للإثبات يعد هذا دليل كتابى (فى صورة إلكترونية)، وهو الشرط الضرورى للإعتراف بإرادة الأطراف فى اختيار القضاء الوطنى المختص بنظر النزاع . واذا لم يكن القانون الوطنى لدولة أى من طرفى العقد الإلكترونى يعترف بعد بالتوقيع الإلكترونى فإن البعض يقترح أن يتم إثبات الإتفاق كتابة بين الأطراف وقت التسليم المادى للسلع أو البضائع محل العقد المبرم بواسطة الشبكة الإلكترونية (٧٢).

٨٠– وإذا كانت القاعدة العامة هى الإعتراف لإرادة الأطراف بحرية اختيار المحكمة المختصة بنظر النزاع، إلا أن هناك بعض الحالات لا ينتج فيها الاتفاق أثره فى هذا المجال . ويتعلق ذلك فى مجال عقود التجارة الإلكترونية بحالات الإختصاص التي يراعى فيها حماية الطرف الضعيف في العقد . لهذا نصت معاهدة بروكسل على أنه لا يجوز للأطراف الاتفاق على عقد الاختصاص لمحاكم دولة ما في العقود المبرمة بواسطة المستهلكين . فبالنظر إلى أن المعاهدة قد نصت على معيار خاص للاختصاص القضائي لحماية هذه الطائفة الأخيرة التي توجد في وضع ضعيف من الناحية الاقتصادية ، فإن من شأن الاعتراف للإرادة بدورها في تحديد المحكمة المختصة في هذه الطائفة من العقود قيام الطرف القوى بفرض إرادته على الطرف الضعيف (المستهلك) ، وهو ما يتنافى مع الغرض من تقرير معيار خاص للإختصاص القضائي في مجال العقود المبرمة بواسطة المستهلك.

---

(٧٢) أنظر في هذا المعنى :

Tanguy Van OVERSTRAETEN : Droit applicable et juridiction compétente sur lnternt, op cit, p. 383 et s.

المبحث الثاني

التحكيم الإلكتروني

كوسيلة لفظ منازعات التجارة الإلكترونية

تمهيد وتقسيم:

٨١- إذا اتفق أطراف عقد التجارة الإلكترونية على حسم النزاع الذي قد ينشا عن العقد بطريق التحكيم ، فلا مجال لاختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع ويقتصر حسم هذا النزاع عن طريق التحكيم .وفى مجال عقود التجارة الدولية التي تبرم بالطرق التقليدية هناك العديد من المزايا لسلوك الأطراف طريق التحكيم بدلا من القضاء الوطني لحسم النزاع القائم فيما بينهم :فيتم حسم النزاع عادة بطريق سريعة من قبل هيئة التحكيم بدلا من الطريق القضائي الذى يتسم بالبطء . كما أن المحكم عادة ما يكون من المتخصصين الفنيين مما يؤهله للتوصل إلى الحل الملائم للنزاع .ويتميز التحكيم علاوة على ذلك بالطابع السري غير المعلن فى إدارة الجلسات وأصدار قرارات التحكيم مما يساعد على الحفاظ على السمعة التجارية لكل من أطراف النزاع ، وهذا لا يتوفر في الطريق القضائي الذي يتسم بالطابع العلنى.

٨٢- ولاشك أن كافة المزايا السابقة تتحقق أيضا في مجال التحكيم الذي يجرى بالطرق الإلكترونية .ويزيد عليها في التحكيم الإلكتروني أن حسم النزاع يكون اكثر يسرا بالنسبة للأطراف في هذا النوع الجديد من التحكيم . ويرجع ذلك إلى عدم التزام الأطراف بالانتقال إلى مقر هيئة التحكيم التي تفصل في النزاع ، لان الأمر يتم بطريقة إلكترونية . كما أن إجراءات التحكيم ستكون أكثر سرعة مما هو معتاد في نطاق التحكيم العادي حيث يتم تبادل المذكرات والأوراق المتعلقة بالقضية بوسائل الاتصال الإلكتروني مما يساعد على إصدار قرار سريع لفض النزاع المتولد من تنفيذ عقد التجارة الإلكترونية ، وهو الأمر الذي يساعد على زيادة ثقة الأطراف في هذا النوع الجديد من التحكيم ، ويساعد بالتالي على ازدهار

وتطور التجارة الدولية .

٨٣- ولايعد حديثا عن التحكيم الالكترونىl'arbitrage électronique حديثا نظريا بحتا ، ذلك انة متواجد من الناحية الفعلية حيث يوجد مركز للتحكيم الالكترونى Cyber Tribunal تابع لجامعة مونتريال بكندا . ويتولى هذا المركز مهمة فض المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية التى يتم ابرامها عبر شبكات الاتصال الالكترونى ، كما يوجد فى الولايات المتحدة الامريكية مركز مماثل للتحكيم الالكترونى يطلق علية تسمية Virtual Magistrate (٧٣) .

٨٤- على انة من الملاحظ ان الاعتراف بالتحكيم الالكترونى كوسيلة جديدة لفض منازعات التجارة الالكترونية يتطلب بحث مدى شرعية وقانونية هذة الوسيلة الجديدة للتحكيم من ناحية اتفاقها مع القواعد الاساسية السائدة فى مجال التحكيم الدولى . وسوف يتضح لنا امكانية تطبيق هذه القواعد فى مجال التحكيم الالكترونى مع وجود خصوصية للتحكيم الالكترونى سواء فى مرحلة ابرام اتفاق التحكيم او فى مرحلة وضع هذا الاتفاق موضع التنفيذ .

٨٥- واستنادا الى ما تقدم نقترح تقسيم الدراسة فى التحكيم الالكترونى على الوجة الآتى :

-المطلب الأول، خصوصية التحكيم الالكترونى فى مرحلة ابرام اتفاق التحكيم .

-المطلب الثانى ، خصوصية التحكيم الالكترونى فى مرحلة وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ.

---

(٧٣) أنظر فى هذا المعنى :
Jérôme HUET et Stefania VALMACHINO Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, La Gazette du Palais, du 9 au 11 janvier 2000 , p. 6 et ss

المطلب الأول
خصوصية التحكيم الالكترونى
فى مرحلة ابرام اتفاق التحكيم
"قانونية اتفاق التحكيم الذى يجرى بالطرق الالكترونية "

٨٦- من المتعارف علية أنه يتعين لصحة اتفاق التحكيم ان يستوفى بعض الاجراءات الشكلية ، كما ينبغى كذلك استيفاء بعض النواحى الموضوعية المتعلقة بمضمون اتفاق التحكيم la convention d'arbitrage .

أ) شكل اتفاق التحكيم الالكترونى :

٨٧- يعرف اتفاق التحكيم بأنه ذلك الاتفاق بين الأطراف على اخضاع ما قد ينشأ فيما بينهم من منازعات للفصل فيها بطريق التحكيم . ويتخذ اتفاق التحكيم احدى صورتين : فأما ان يتضمن العقد شرطا يقضى بأخضاع المنازعات الناشئة عنه للتحكيم وهو ما يطلق علية اصطلاح شرط التحكيم ، وأما ان يبرم العقد دون ان يرد به اى نص متعلق بالتحكيم ثم يتدارك الاطراف هذا الأمر ويتم ابرام اتفاق التحكيم فى وقت لاحق مستقل عن العقد الاساسى وهو ما يطلق عليه اصطلاح مشارطة التحكيم .

٨٨- ويثور التساؤل حول مدى اشتراط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم. لا توجد اجابة قاطعة على ذلك وفقا لقوانين الدول الوطنية ويمكن التمييز بين اتجاهين فى هذا الشأن :

-الاتجاة الأول : وفقا لهذا الاتجاة توجد تفرقة اساسية بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى . ففى مجال التحكيم الداخلى يتعين لصحة اتفاق التحكيم ان يكون الاتفاق مكتوبا والا كان باطلا . اما فى مجال التحكيم الدولى فلا تشترط الكتابة سواء تعلق الأمر بمشارطة تحكيم او بشرط تحكيم. ويعتبر القانون الفرنسى من القوانين التى تأخذ بهذا الاتجاه.

-الاتجاة الثانى : يذهب الاتجاه الغالب فى قوانين الدول الوطنية وكذلك فى المعاهدات الدولية الى ضرورة ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا والا كان باطلا . فوفقا للمادة ١٢ من قانون التحكيم المصرى الصادر سنة

١٩٩٤ " يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و الا كان باطلا . ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا اذا تضمنة محرر وقعة الطرفان او اذا تضمنة ما تبادلة الطرفان من رسائل او برقيات او غيرها من رسائل الاتصال المكتوبة " . ومن الواضح ان نص المادة الثانية عشر من قانون التحكيم المصرى يشترط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم ويوقع جزاء البطلان اذا تخلف هذا الشرط الشكلى .

ويترتب على اشتراط المشرع المصرى للكتابة عدم صحة اتفاق التحكيم المبرم فى نطاق التجارة الالكترونية حيث لا يتم اثباتة بطريقة كتابية مادية وانما يتفق علية بوسائل الاتصال الالكترونى ، فى حين ان نص المادة الثانية عشر صريح فى تطلب الكتابة المادية عبر "وسائل الاتصال المكتوبة"[٧٤]. وللتغلب على هذه الصعوبة فأن بعض القوانين الاخرى تذهب مع اشتراطها للكتابة الى امكانية ان يتخذ اتفاق التحكيم شكل مراسلات او برقيات او فاكس او غير ذلك من وسائل الاتصالات التى تسمح بأقامة الدليل على وجود اتفاق تحكيم .

و لاشك ان هذا الاتجاة – وهو ما يأخذ بة القانون الدولى الخاص السويسرى (المادة ١/١٧٨) – يفضل الاتجاة الذى يشترط لصحة اتفاق التحكيم ضرورة اثباتة فى محرر كتابى [٧٥] .

---

(٧٤) تجدر الإشارة إلى أن مشروع القانون المقدم من الحكومة كان ينص على صحة إتفاق التحكيم "إذا ثبت وجوده مما تبادله الطرفان من خطابات أو برقيات أوغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة" . وعند مراجعة المشروع تم تعديل هذا النص وأصبح مقتضاه أن الاتفاق يكون صحيحا "إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من خطابات أو برقيات أوغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة" . ووفقا لتقرير اللجنة المشتركة التى قامت بمراجعة المشروع يتضح أن الهدف من هذا التعديل هو ضرورة وجود اتفاق مكتوب بحيث لا يكفى الاتفاق الضمنى الذى يمكن استخلاصه من المراسلات والبرقيات المتبادلة بين الأطراف .
أنظر تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الاقتصادية عن مشروع قانون فى شأن التحكيم التجارى الدولى ، مجلس الشعبت المصرى ، ملحق رقم (١) مضبطة الجلسة الحادية والخمسين من دور الانعقاد العادى الرابع من الفصل التشريعى السادس التى عقدها مجلس الشعب فى ٢٠ فبراير ١٩٩٤ ، ص ٣٦ .

(٧٥) تنص المادة ١/١٧٨ من القانون الدولى الخاص السويسرى على أن :
"Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre

٨٩- واذا بحثنا الأمر فى نصوص المعاهدات الدولية ، فأننا نجد ان البعض منها يشترط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم كما هو الحال بالنسبة للقانون النموذجى الصادر عن الأمم المتحدة سنة ١٩٨٥ ، ونجد ان البعض الآخر يتخذ موقفا اكثر تحررا وفقا له يكون اتفاق التحكيم صحيحا اذا تم بطريق كتابى او بأية وسيلة اخرى اذا كان قانون الدولة الطرف فى المعاهدة يسمح بأثبات اتفاق التحكيم بطرق اخرى غير الكتابة . وقد أخذ بهذا الاتجاة معاهدة جنيف المبرمة سنة ١٩٦١ بين دول الجماعة الاوروبية.

٩٠- ويتضح لنا مما تقدم ان اغلب القوانين الوطنية تشترط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم . ويقصد بالكتابة وفقا للمدلول الشائع الوثيقة المادية الورقية والتى تشتمل على وجود اتفاق ما ، والتى عادة ما يتم توقيعها من اطراف الاتفاق . ومما لاشك فيه ان الأخذ بهذا التعريف الضيق للكتابة سيؤدى الى وضع ظلال كثيفة من الشك حول مشروعية اتفاق التحكيم الذى يبرم عبر شبكات الاتصال الالكترونى . على ان التطور الجديد فى وسائل الاتصالات الالكترونية والذى ادى الى ظهور طائفة العقود الالكترونية يوجب تبنى تعريفا واسعا للكتابة المستلزمة لصحة اتفاق التحكيم ، بحيث يمكن الاكتفاء بأية وسيلة أكيدة دالة على اتجاة ارادة الاطراف الى حسم النزاع بطريق التحكيم .

ومما يساعد على الأخذ بهذا المدلول الواسع ان نصوص بعض المعاهدات الدولية تسمح بالأخذ بطرق أخرى لأثبات إتفاق الحكيم الى جانب الكتابة التقليدية . فقد ذكرنا ان معاهدة جنيف تأخذ بطرق اخرى الى جوار الكتابة التقليدية اذا كان القانون الوطنى للدولة الطرف فى المعاهدة يسمح بذلك . كما ان اتفاقية نيويورك للتحكيم المبرمة سنة ١٩٥٨ تضمنت النص على ان شرط التحكيم يعد صحيحا اذا ورد النص عليه فى العقد او ورد الاتفاق على التحكيم فى تبادل للرسائل او البرقيات بين الاطراف . ويستفاد من هذا – اذن – ان تلك الاتفاقية تعتد بوسائل الاتصالات الحديثة التى كانت متواجدة وقت ابرامها لتقرير صحة اتفاق التحكيم ، وهى الوسائل

---

moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte".

الاكثر شيوعا فى الاستخدام من الناحية العملية فيما بين التجار[٧٦] . ويمكن القول أنه يستفاد بطريقة ضمنية من اتفاقية نيويورك ان اتفاق التحكيم الالكترونى يعد صحيحا وذلك لأن التوقيع الالكترونى المصحوب للرسائل الالكترونية الوارد بها اتفاق التحكيم يعادل – كما سبق ان ذكرنا – الكتابة التقليدية من حيث قوة الاثبات .

٩١- وعلى أية حال فأن النص الصريح على الاعتداد بالوسائل الالكترونية لتقرير صحة اتفاق التحكيم يعد امرا لامناص منه لحسم الخلاف حول مدى اشتراط الكتابة فى هذا المجال . ويمكن القول فى واقع الأمر ان الدليل الكتابى يعد اقوى من التوقيع الالكترونى لاثبات وجود اتفاق تحكيم بين الاطراف . ذلك ان الدليل الكتابى يتم اثباتة فى وثيقة مادية يسهل الاحتفاظ بها وتقديمها فى أى وقت ، فى حين أن الرسائل الالكترونية يصعب الاحتفاظ بها ويمكن تغيير محتواها .

ولهذا فأننا نجد ان المواثيق الدولية التى أقرت أمكانية الأخذ بوسائل الاتصالات الحديثة قد اشترطت ضرورة ان يوجد بها ضمانات تبعث على الثقة فى محتواها . وفى هذا السياق تنص المادة السادسة من القانون النموذجى للتجارة الالكترونية الصادر عن الأمم المتحدة سنة ١٩٩٦ على أنه " أذا كان مقبولا أن تعد الوثيقة الالكترونيه مثل الكتابة التقليدية ، فأنة يشترط ان تكون المعلومات التى تتضمنها هذه الوثيقة يمكن ويسهل الرجوع اليها عندما يراد ذلك فى المستقبل " [٧٧] . وفى نفس المعنى يوجد نص مماثل فى لائحة التحكيم الإلكترونى الصادرة عن مركز التحكيم الإلكترونى

---

(٧٦) أنظر فى هذا المعنى :
Lionel COSETS : Vers un droit du commerce international sans papier, op cit, p. 738 .

(٧٧) تنص المادة السادسة من القانون النموذجى للتجارة الإلكترونية على أن :
"Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement".
أنظر نصوص القانون النموذجى منشورة فى :
Clunet, 1997, p. 394

التابع لجامعة مونتريال بكندا le Cybertribunal (٧٨) .

٩٢- ويتعين لصحة اتفاق التحكيم من حيث الشكل أن يكون لدى الاطراف الأهلية اللازمة لإبرامه . وتثير أهلية الأطراف صعوبات كبيرة فى مجال التحكيم الإلكترونى . ذلك أن اتفاق التحكيم يتم إبرامه بين أشخاص لا يوجد بينهم اتصال مادى مباشر ، ومن ثم يصير من العسير على أى من المتعاقدين التحقق من كمال أهلية المتعاقد الآخر عند إبرام اتفاق التحكيم .

٩٣- ويتعين كذلك لصحة اتفاق التحكيم توافر الرضا به من جانب الأطراف le consentement des parties . وفى نطاق عقود التجارة الدولية المبرمة بالطرق التقليدية يتوافر الرضاء عن طريق وجود وثيقة التحكيم . أما فى نطاق التجارة الإلكترونية فإن قبول شرط التحكيم المقترح من جانب أحد طرفى العقد الإلكترونى يتم بطريق قيام الطرف الآخر بالضغط الإلكترونى على الخانة المتواجد بها شرط التحكيم cliquer sur une icone بما يفيد قبوله له . ولا شك أن توافر الرضاء بشرط التحكيم سيكون أقل ضمانة وأكثر مخاطرة فى التحكيم الإلكترونى منه فى التحكيم العادى الذى يثبت فيه الرضاء بالتوقيع المادى على الوثيقة المكتوبة .

٩٤- ويثور التساؤل فى هذا المقام عن مدى مشروعية الاعتداء فى نطاق التجارة الإلكترونية بما يعرف بشرط التحكيم بواسطة الإحالة la clause compromissoire par référence ، وهو ذلك الشرط الوارد فى وثيقة ما يحال عليها بواسطة أحد المتعاقدين . وفقا لما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية يعد هذا الشرط صحيحا إذا توافر شرطين : فينبغى من ناحية أن يعلم المتعاقد الآخر بهذا الشرط ، كما يجب من ناحية أخرى توافر قبوله بهذا الشرط (٧٩) .

---

(٧٨) وفقا للائحة التحكيم الخاصة بمركز التحكيم الإلكترونى التابع لجامعة مونتريالت بكندا فإن :

"Les documents informatisés déposés par les parties doivent présenter des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier".

(٧٩) قضت محكمة النقض الفرنسية ، فى حكمها الصادر بتاريخ ١٧ يونية ١٩٩٧، بأن:

ويتعين للاعتراف بصحة شرط التحكيم بالإحالة فى مجال التجارة الإلكترونية أن يتم التأكد من توافر هذين الشرطين ، لأنه بدونهما لن يكون هناك رضاء بشرط التحكيم من قبل الطرف المتعاقد الموجه إليه شرط التحكيم وهو الشرط المتواجد فى وثيقة إلكترونية أخرى . ونحن نعتقد أنه يتعين ألا يتم الأخذ بشرط التحكيم بالإحالة فى مجال عقود التجارة الإلكترونية . ذلك أن هذا الشرط يثير العديد من المشاكل ويحاط بظلال كثيفة من الشك من ناحية توافر الرضاء الحقيقى به فى مجال عقود التجارة الدولية التى تبرم بالطرق التقليدية والتى يتوافر فيها دليل مادى مكتوب . وفى نطاق عقود التجارة الإلكترونية يتعين للتأكد من توافر الرضاء الحقيقى بشرط التحكيم – حيث لا دليل مادى مكتوب وإنما مجرد رسائل إلكترونية – وجود شرط تحكيم مستقل يوجه مباشرة عبر الإنترنت من أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر . أما وجود شرط التحكيم فى وثيقة إلكترونية أخرى يتم الإحالة عليها فإنها تفتح الباب لأن تقوم هيئة التحكيم بأن تنسب إلى أحد المتعاقدين رضا مفترضا بشرط التحكيم فى حين أن هذا الرضاء غير متوافر فى الحقيقة .

ب– محتوى اتفاق التحكيم :

٩٥– وفقا للمبادئ العامة فى القانون الدولى الخاص يمكن لأطراف العقد الدولى اختيار القانون واجب التطبيق على هذا العقد وذلك سواء من ناحية الإجراءات أو من ناحية الموضوع .

–فبالنسبة للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم تبدو الأهمية الكبرى لتحديد هذا العقد فى مجال التجارة الإلكترونية ، حيث يترتب عليه تحديد قواعد الإثبات ووسائل احترام حقوق الدفاع والسرية فى إدارة الجلسات عبر الشبكة الدولية للاتصالات حيث لا يشترط الحضور المادى

"En matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose a eu connaissance de sa teneur au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût – ce par son silence, accepté cette référence". V Revue de l'arbitrage, 1998 , p 539

للأطراف بحكم أن كل شئ يتم بطريقة إلكترونية . ووفقا لمبدأ سلطان الإرادة يتمتع الأطراف بكامل الحرية فى هذا المجال ، فيمكن لهم اختيار قانون دولة وطنية كى ينطبق على إجراءات التحكيم ، كما يمكن لهم الإحالة على لائحة أحد مراكز التحكيم الدولى . وفى مجال التجارة الإلكترونية يستطيع الأطراف تقرير أن النزاع الناشئ عن العقد الإلكترونى يتم حسمه وفقا للإجراءات المتبعة فى مركز التحكيم الإلكترونى فى مونتريال بكندا . وفى غيبة قانون الإرادة يتم تطبيق قانون الدولة التى يجرى التحكيم على أراضيها بالنسبة لإجراءات التحكيم . وقد نصت على هذه الحلول المادة ١/٥ من اتفاقية نيويورك للتحكيم المبرمة سنة ١٩٥٨ (٨٠) ، كما يأخذ بذات الحل القانونى النموذجى للتحكيم الصادر عن الأمم المتحدة سنة ١٩٨٥ (المادة ٣٦) .

وإذا كانت القاعدة هى تطبيق قانون دولة مقر التحكيم فى غيبة قانون الإرادة ، فإن هذا الأمر يثير صعوبات جمة فى مجال التحكيم الإلكترونى . ذلك أن هذا النوع من التحكيم يتسم بالطابع غير الجغرافى l'arbitrage délocalisé الكائن فى إقليم دولة معينة ، وهو الأمر الذى دعا البعض إلى القول بأنه فى مجال التحكيم الإلكترونى لا يمكن تطبيق قانون مقر التحكيم(٨١)، لأنه ببساطة لا يوجد مقر مادى يجرى فيه التحكيم . فكما أن العقد يبرم بطريق الوسائل الإلكترونية فإن فض المنازعات الناشئة عنه يتم كذلك بنفس هذه الطرق الإلكترونية . وفى وقع الأمر يعد تحديد مكان التحكيم أمرا هاما لتحديد القانون واجب التطبيق فى مجال الإجراءات ، لذا يمكن أن يقوم الأطراف أنفسهم بتحديد مكان التحكيم وإلا تولت هيئة التحكيم مهمة تحديد هذا المكان .

---

(٨٠) تنص المادة ١/٥ من اتفاقية نيويورك على أن :
"L'exécution de la sentence ne sera refusée qu'au cas où la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou , à défaut de convention , qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu".

(٨١) أنظر فى هذا المعنى :
Eric A. CAPRIOLI : Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (l'exemple du Cybertribunal), Revue de l'arbitrage, 1999, p. 236 .

–وفيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع يمكن للأطراف ، وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ، اختيار القانون واجب التطبيق فى هذا المجال [٨٢] . وإذا اختار الأطراف قانون دولة ما تلتزم هيئة التحكيم باحترام وتطبيق هذا القانون . وتنص بعض القوانين على أن قرار التحكيم يعد باطلا إذا لم تطبق هيئة التحكيم القانون المختار من قبل الأطراف للتطبيق على موضوع النزاع ، كما هو الحال فى قانون التحكيم المصرى (المادة ٥٣/١/د) [٨٣] .

وإذا لم يستخدم الأطراف الحق الممنوح لهم فى اختيار القانون واجب التطبيق تولت هيئة التحكيم تحديد القانون الوطنى الذى توجد بينه وبين النزع أو العقد صلة وثيقة ، كما يمكن لهيئة التحكيم أن تأخذ فى اعتبارها العادات والأعراف السائدة فى مجال التجارة الإلكترونية [٨٤] .

٩٦– وتلعب إرادة الأطراف دورا هاما فى تحديد أشخاص المحكمين la désignation des arbitres . فيمكن لهم عند إبرام اتفاق التحكيم اختيار المحكم أو المحكمين الذين يتولون الفصل فيما قد ينشأ عن تنفيذ العقد من منازعات ، كما يمكن لهم الإحالة على لائحة تحكيم إحدى مراكز التحكيم . وفى مجال التحكيم الإلكترونى يمكن للأطراف الإحالة – لتحديد المحكمين – على لائحة التحكيم الخاصة بمركز التحكيم الإلكترونى بمونتريال . على أن الملاحظ أن عدم قيام الأطراف باختيار المحكمين بأنفسهم وإحالتهم على لائحة التحكيم المذكورة يضيق كثيرا من نطاق الحرية المتاحة لهم فى هذا

---

(٨٢) أنظر فى تفصيل القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع فى مجال التحكيم رسالتنا للدكتوراة بعنوان :
Le droit applicable au fontd du litigen en matière d'arbitrage dans les pays arabes, Université de Bourgogne, 1997 .

(٨٣) تنص المادة ٥٣/١/د من قانون التحكيم المصرى على أن : "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا فى الأحوال الآتية : (د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع" .

(٨٤) هذا ما تنص عليه المادة ٢/١٧ من لائحة التحكيم الصادرة عن مركز التحكيم الإلكترونى بمونتريال .
"A défaut du choix, l'arbitre choisit le droit national avec lequel le conflit posséde les liens les plus étroits. Dans tous cas, le tribunal arbitral tient compte du contrat et des usages ayant cours dans le Cyberespace".

المجال . ذلك أن نص المادة ٤/٦ من لائحة تحكيم مونتريال ينص على أنه "يتم اختيار المحكم أو المحكمين بواسطة مكتب السكرتارية التابع للمركز" .

لذلك فإن الحل المتبع فى لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية يفضل ذلك الذى تبنته لائحة تحكيم مونتريال . ذلك أن لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية تعطى للأطراف الحق الأول فى تحديد المحكم ولا تتدخل للغرفة إلا فى حالة عدم التحديد حتى فى الحالة التى يتم فيها الإحالة على لائحة الغرفة . ولا شك أن هذا الحل يتيح حرية أكثر لأطراف العقد الإلكترونى فى اختيار شخص من يتولى الفصل فى النزاع مما يساعد على القبول الاختيارى للقرار الصادر فى النزاع (٨٥) .

المطلب الثانى

خصوصية التحكيم الإلكترونى

فى مرحلة وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ

٩٧- إذا نشأ نزاع بين أطراف العقد الإلكترونى يمكن لأى من طرفيه وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ وذلك بتقديم طلب إلى مركز أو هيئة التحكيم المتفق عليها ، وتقوم هيئة التحكيم ببحث القضية ثم تصدر قرارا لحسم هذا النزاع .

أ) طلب التحكيم :

٩٨- يتمثل طلب التحكيم فى قيام أحد طرفى العقد ، على أثر نشوب نزاع متعلق بتنفيذ العقد ، فى توجيه طلب إلى مركز التحكيم المتفق على إخضاع النزاع له . وفى نطاق التحكيم الإلكترونى يقوم الطرف المتعاقد بتوجيه طلب إلكترونى موجه إلى مركز التحكيم ، ويتعين على السكرتارية – وفقا لنص المادة ١/٤ من لائحة تحكيم مونتريال – إعلام الطرف المتعاقد الآخر بوجود طلب التحكيم .

---

(٨٥) أنظر فى هذا المعنى :
Jérôme HUET et Stefania VALMACHINO: Rèflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international,op cit,p.13.

ب) نظر النزاع من قبل هيئة التحكيم :

٩٩- تقوم هيئة التحكيم بتحديد المهمة الموكلة إليها l'acte de mission على ضوء إدعاءات الأطراف وطرق بحث وسير الإجراءات . وفى نطاق التحكيم الإلكترونى يمكن الاتفاق بين الأطراف وهيئة التحكيم على تبادل المذكرات والأوراق المتعلقة بالدعوى بطريقة إلكترونية "الرسائل" . وإذا كانت لوائح التحكيم تنص على وجوب تبادل المذكرات والأوراق المتعلقة بالدعوى بطريقة كتابية إلا أن هذا لا يتفق مع طبيعة التحكيم الإلكترونى . لذا ، فإن لائحة التحكيم الإلكترونى بمونتريال تنص على تبادل المذكرات والوثائق بطريقة إلكترونية من قبل الأطراف إلى سكرتارية المركز (المادة ٣) . ومع ذلك فإن الوثائق التى من غير المستطاع تبادلها بطريقة إلكترونية يتم إرسالها بطريق البريد السريع إلى مركز التحكيم الإلكترونى ، كما هو الحال بالنسبة للأوراق الأصلية . ويمكن فى مجال التحكيم الإلكترونى عقد جلسات للإستماع إلى دفاع الأطراف وأدعاءاتهم بطريق إلكترونى وذلك بواسطة عقد مؤتمر متلفز عبر شبكات الاتصالات الإلكترونية la téléconférence والذى تظهر فيه صورة من يحضر الاجتماع وكذلك الصوت الخاص بهم . وتعد هذه الطريقة بديلا لما تشترطه لوائح التحكيم من ضرورة الحضور المادى للأشخاص أمام هيئة التحكيم لحضور جلسات الاستماع ومتابعة سير الإجراءات [٨٦] .

ج) قرار التحكيم :

١٠٠- يشترط حتى يكون قرار التحكيم صحيحا وفقا للقواعد العامة للاعتراف بقرارات التحكيم أن يكون قرار التحكيم مكتوبا . وتقضى اتفاقية نيويورك فى هذا الشأن (المادة ٤) بأنه لا يجوز تنفيذ قرار التحكيم والاعتراف به إلا إذا تم تقديم أصل هذا القرار إلى الجهة المختصة . ولا شك أنه من غير الممكن توافر هذا فى نطاق التحكيم الإلكترونى ، حيث لا

---

[٨٦] أنظر فى تفصيل ذلك :
Jérôme HUET et Stefania VALMACHINO : Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, op cit,p. 15.

يوجد أصل وصورة فى عالم الحاسب الآلى ، فيمكن استخراج العديد والعديد من النسخ بطريق الحاسب الآلى إلى ما لا نهاية ولا تفرقة بين نسخة وأخرى .

١٠١- وبالإضافة إلى ما تقدم يشترط لصحة قرار التحكيم أن يكون موقعا من قبل هيئة التحكيم التى أصدرته . وفى مجال التحكيم الإلكترونى لا يمكن استخدام التوقيع المادى فهو لا يتفق أصلا مع طبيعة التحكيم الإلكترونى . لذا ، فإن التوقيع الإلكترونى المصحوب بشروط تساعد على التأكد من توافره يمكن أن يكون مقبولا فى هذا المجال .

١٠٢- ويتعين على هيئة التحكيم بعد إصدار قرار التحكيم إعلام الأطراف به . ويترتب على إعلان قرار التحكيم للأطراف آثار هامة منذ تاريخ هذا الإعلان ، حيث يمكن للأطراف طلب إلغاء القرار أو إبطاله خلال مدى معينة من تاريخ الإعلان ، كما يمكن لهم طلب تفسير قرار التحكيم أو جزء منه إذا كان غامضا . وتنص فى ذلك المادة ٥٨ من قانون التحكيم المصرى على أن "لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقق من أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلانا صحيحا" .

كما تنص المادة ٤٩ من ذات القانون على أن "يجوز لكل من طرفى التحكيم أن يطلب من محكمة التحكيم خلال ثلاثين يوما التالية لتسلمه حكم التحكيم ، تفسير ما وقع فى منطوقه من غموض . ويجب على طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لمحكمة التحكيم" .

وتتضمن لائحة التحكيم الصادرة عن مركز التحكيم الإلكترونى بمدينة مونتريال نصا مقتضاه أن قرار التحكيم يتم عرضه على الموقع الإلكترونى المخصص له على الشبكة ، كما تلتزم هيئة التحكيم بإخبار وإعلام أطراف النزاع بهذا القرار عن طريق الرسائل الإلكترونية المصحوبة بعلم الوصول courrier électronique avec accusé de réception.

خاتمة البحث

١٠٣- تحدثنا فى هذا البحث عن التأثير الذى يمكن أن تلعبه الوسائل الإلكترونية الحديثة لإبرام العقود الدولية على قواعد القانون الدولى الخاص. وقد كان لزاما علينا قبل أن نتعرض لقواعد القانون الدولى الخاص أن نلقى بعض الضوء على هذا النظام الجديد للتجارة الإلكترونية من ناحية التعريف به وتحديد أهم الخصائص المميزة له . وقد تبين لنا أن أهم ما يميز عقود التجارة الإلكترونية عن غيرها من العقود التى تبرم بالطرق التقليدية هو الطابع غير المادى فى إبرام العقد ، وهو الأمر الناتج عن انعدام الاتصال أو الحضور المادى بين طرفى العقد . فالعقد الإلكترونى يتم إبرامه بين شخصين لا يعرف أحدهما الآخر وكل الاتصال الذى يوجد بينهما هو الاتصال الإلكترونى عن طريق الإنترنت من خلال عرض وجه من أحدهما إلى كافة مستخدمى الشبكة وقبول أحد هؤلاء الأخيرين لهذا العرض .

١٠٤- وبما أن شبكة الإتصال الإلكترونية تتسم بالطابع العالمى غير المقيد بحدود الدول فإنه يترتب على ذلك أنه فى غالب الأحوال يتسم عقد التجارة الإلكترونية بالطابع الدولى . ولا يستثنى من ذلك سوى الحالات التى يقصر فيها التاجر مقدم العرض هذا العرض على العملاء المتواجدين فى نطاق الدولة التى يتبعها ، فنكون بصدد عقد داخلى تتركز كل عناصره فى دولة واحدة ولا يدخل بالتالى فى نطاق القانون الدولى الخاص .

١٠٥- وقد تعرضنا فى الفصل الأول من الدراسة لقواعد تنازع القوانين فى مجال عقود التجارة الإلكترونية . وتبين لنا ان القواعد العامة المتعارف علها فى تنازع القوانين تعد قابلة للتطبيق فى هذا المجال . لهذا يحتل مبدأ سلطان الإرادة المقام الأول فى تحديد القانون واجب التطبيق . وفى غيبة قانون الإرادة تحدد المحكمة المختصة هذا القانون وفقا لمعيار القانون الأكثر صلة بالعلاقة ، وقد رأينا أن القوانين والمواثيق الحديثة تتجه فى غيبة قانون الإرادة إلى تطبيق قانون الدولة التى يتوطن البائع بها باعتبار أن عقد البيع هو الصورة الأكثر شيوعا فى الاستخدام فى نطاق

التجارة الإلكترونية .

١٠٦- وقد تبين لنا ان اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين الواردة فى القوانين الوطنية وكذلك المنصوص عليها فى المعاهدات الدولية يشكل الأساس فى تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، وأن تطبيق قواعد قانونية غير وطنية - كما هو الحال بالنسبة لعادات التجارة الإلكترونية - لا يمكن أن ينفرد بحكم منازعات التجارة الإلكترونية استنادا إلى أن هذه العادات تعتبر قليلة ولا تتضمن الحلول التفصيلية الملائمة لكل ما تثيره عقود التجارة الإلكترونية من مشاكل . وانتهينا إلى القول بأن الدور الرئيسى يكون لقواعد التنازع المعتادة وأن عادات التجارة الإلكترونية يحتفظ لها بدور ثانوى يقتصر على سد ما قد يكون من نقص فى القانون الوطنى المختص بحكم النزاع .

١٠٧- وقد تعرضنا كذلك إلى تحديد قواعد تنازع القوانين القابلة للتطبيق على نوع خاص من العقود الإلكترونية ، وهو العقود المبرمة بواسطة المستهلكين ورأينا ان الحماية الواجبة لهذه الطائفة من الأشخاص توجب تقرير بعض القواعد الخاصة : فإذا قام الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق فلا محل لتطبيق قانون الإرادة إذا تعارضت قواعد مع القواعد الآمرة فى قانون دولة مقر إقامة المستهلك إذا كانت هذه القواعد الأخيرة أكثر حماية للمستهلك . وفى غيبة قانون الإرادة ينفرد قانون دولة إقامة المستهلك بحكم عقد الاستهلاك الإلكترونى .

١٠٨- ويعد الأثبات هو المجال الأكثر خصوصية فى عقود التجارة الإلكترونية سواء فيما يتعلق بوسائل الأثبات أو بالقانون واجب التطبيق فى مجال الأثبات .

-ففيما يتعلق بوسائل الإثبات لا يمكن الاعتداد بوسائل الإثبات المعتاد قبولها فى مجال العقود المبرمة بالطرق التقليدية . فقد رأينا أن أهم وسيلة للإثبات وهى الكتابة أمر غير متوافر فى العقود الإلكترونية . لذا ، ذكرنا أن هناك وسائل تتناسب مع طبيعة عقود التجارة الإلكترونية كالرسائل الإلكترونية المصحوبة بالتوقيع الإلكترونى الموثقة لدى جهة معترف بها

وقد تحدثنا عن المخاطر المصاحبة لاستخدام وسائل الاثبات الحديثة فى مجال التجارة الإلكترونية .

-وفيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق من الملاحظ أن الاثبات فى العقود العادية يخضع لأحد قوانين ثلاثة حسب المسائل المتعلقة بالأثبات : قانون شكل التصرف ، قانون الموضوع والقانون الذى يطبق على الناحية الإجرائية . ويعد قانون شكل التصرف "قانون بلد الإبرام" مستبعدا من نطاق القوانين التى يمكن أن يخضع لها إثبات العقد الإلكترونى .وهذا يرجع إلى عدم وجود مكان معين مادى يتم إبرام العقد الإلكترونى به ، بحكم أن هذا العقد يبرم بطريق الإتصال الإلكترونى عبر الشبكة المعدة لهذا .

١٠٩- وقد تعرضنا فى الفصل الثانى من الدراسة لتحديد قواعد الاختصاص القضائى فى مجال عقود التجارة الإلكترونية . فإما أن يخضع العقد فى هذا الشأن لاختصاص القضاء الوطنى إذا لم يحتوى العقد الإلكترونى على شرط تحكيم ولم يتم إبرام اتفاق تحكيم فى وقت لاحق لإبرام العقد ، وإما أن يدخل العقد الإلكترونى فى نطاق اختصاص هيئة التحكيم المتفق عليها إذا وجد اتفاق تحكيم .

١١٠- وتعد القواعد العامة للاختصاص القضائى قابلة للتطبيق فى مجال عقود التجارة الإلكترونية . فينعقد الاختصاص العام لمحكمة موطن المدعى عليه ، وإلى جانب هذا المعيار العام القابل للانطباق فى كافة أنواع المنازعات الخاصة الدولية يوجد معيار خاص بالعقود يتعلق باختصاص محكمة الدولة التى وقع الإخلال بالالتزام التعاقدى بها وذلك كمعيار متاح أمام المدعى علاوة على المعيار العام .

١١١- وفى مجال عقود الاستهلاك الإلكترونية توجد معايير خاصة تختلف بحسب شخص المدعى : فإذا كان المدعى هو التاجر وليس المستهلك يتعين رفع الدعوى على المستهلك أمام محكمة موطن المستهلك . وإذا كان المستهلك هو المدعى فهو بالخيار بين رفع الدعوى أمام محكمة الموطن التابع له هو أو أمام محكمة موطن المدعى عليه .

١١٢- ولأطراف العقد الإلكترونى الحق فى اختيار المحكمة التى تتولى الفصل فى النزاع . وقد رأينا أن هناك صعوبات فى إعمال هذا المعيار الإتفاقى للاختصاص بالنظر إلى أنه يشترط أن يكون اتفاق الأطراف مكتوبا فى هذا الشأن .

١١٣- وإذا ابرم اتفاق تحكيم بين طرفى العقد الإلكترونى خرج نظر النزاع من نطاق اختصاص القضاء الوطنى للدول المختلفة . وقد تحدثنا عن النوع الخاص من التحكيم فى مجال عقود التجارة الإلكترونية وهو التحكيم الإلكترونى ، وتبين لنا أن هذا النوع الجديد من التحكيم له العديد من الخصوصيات التى تميزه عن التحكيم المعتاد سواء فى مرحلة إبرام اتفاق التحكيم أو فى مرحلة وضع هذا الإتفاق موضع التنفيذ عند حدوث نزاع بين الأطراف . وقد رأينا أنه توجد صعوبات عديدة تعترض طريق التحكيم الإلكترونى من ناحية شرعية الاعتراف به وشرعية ما يصدر عنه من قرارات . وعلى أية حال فإن هذا الأمر يعد مصاحبا لكل شئ جديد ، حيث لا توجد قواعد مستقر عليها بعد ، وحيث لا توجد خبرة كافية لدى الهيئات القائمة على حسم المنازعات . وهذا ما يفسر ندرة اللجوء إلى التحكيم الإلكترونى فى الوقت المعاصر كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية.