بحث بعنوان

تنازع القوانين في عقد الاستهلاك الالكتروني الدولي

من الباحثة: آية أحمد عدوي

2024م

مساعد قانوني وباحثة في برنامج الدكتوراه في القانون الخاص في الجامعة العربية الأمريكية

الملخص

تسعى هذه الدراسة إلى تحليل مدى فاعلية قواعد تنازع القوانين التقليدية في حماية المستهلكين في عقود الاستهلاك الالكترونية، حيث أظهرت الدراسة أن القواعد التقليدية غير كافية لضمان الحماية القانونية للمستهلكين، في ظل وجود قوة من قبل المهني الذي قد يفرض قانون دولة تحقق مصالحه دون مراعاة حقوق للمستهلكين.

الأمر الذي خلصت معه الدراسة إلى أن الحماية الفعالة للمستهلكين في العقود الدولية تتطلب وجود قواعد تنازع قوانين خاصة تقيد من تطبيق قانون الإرادة، وتضع ضوابط مناسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق في حال غياب قانون الإرادة.

الفهرس

المقدمة _____ **v**

المطلب الأول:المقصود بالمستهلك في عقود الاستهلاك الدولية _____ **2**

الفرع الأول:مفهوم المستهلك _____ 2

الفرع الثاني:الصفة الدولية لعقد الاستهلاك الإلكتروني _____ 5

المطلب الثاني**:**الطبيعة الخاصة في حماية المستهلك ضمن قواعد القانون الدولي الخاص _____ **10**

الفرع الأول:مدى ملائمة قانون الإرادة على عقود الاستهلاك _____ 10

الفرع الثاني:القانون الأكثر ملائمة في التطبيق على عقود الاستهلاك في غيبة قانون الإرادة _____ 13

الخاتمة _____ **18**

المصادر والمراجع _____ **20**

المقدمة

ساهمت الانترنت والتكنولوجيا الحديثة في فتح الأسواق العالمية مما أدى إلى سهولة التسوق الالكتروني ووصول المهنيين إلى المستهلكين المقيمين في البلدان الأجنبية المختلفة، ونتيجة لذلك، تم إنشاء عقود استهلاك دولية تختلف عن العقود المحلية التي تخضع للقوانين الوطنية، بخضوعها لقواعد القانون الدولي الخاص ومبادئه.

تتمثل حماية المستهلك في هذه العقود من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية الناشئة، والتي تحتوي على عناصر أجنبية متعددة، وهذا يعني أنه في حالة وجود نزاع يتم تطبيق قاعدة تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، مما يثير مسألة قدرة هذه القواعد في توفير حماية عادلة للمستهلك كطرف ضعيف في علاقة غير متكافئة القوى، خاصة في ظل وجود اختلاف في الأنظمة الحمائية بين الدول النامية والأخرى المتقدمة.

إن قلة خبرة المستهلك في العملية التعاقدية جعلته لا يعلم القانون الواجب التطبيق إلا بعد عرض النزاع أمام القضاء، والذي قد يطبق القانون الأكثر ارتباطا في النزاع دون مراعاة عدالة القواعد الموضوعية التي تهدف إلى حماية المستهلك.

أهمية الدراسة

تعد هذه الدراسة من المواضيع الحديثة في القانون الدولي الخاص التي تتداخل فيها العلاقات التعاقدية بأنظمة قانونية مختلفة، مثيرة بذلك الحاجة إلى معرفة القواعد الحمائية الخاصة للمستهلك في المعاملات عبر الحدود وتقييم فاعليتها، والكشف عن العقبات القانونية التي تظهر عند غياب القانون المراد تطبيقه عليها في ظل القصور التشريعي بعدم نص المشرع الفلسطيني في القوانين النافذة على كيفية معرفة القانون الواجب التطبيق في العقد الإلكتروني الدولي في منازعات المستهلك.

كما وتكمن أهمية الدراسة في اعتبار جانب حماية المستهلك عبر الحدود من الجوانب الحاسمة لضمان المعاملة العادلة والمنصفة للمستهلكين خاصة في عصرنا هذا الذي يتسم بتزايد العولمة والترابط، مما يزيد من احتمالية النزاعات والممارسات غير العادلة، والتي تظهر في ظل التطبيقات القضائية المشار لها.

اشكالية الدراسة

جاءت هذه الدراسة لتعالج مدى قدرة قواعد تنازع القوانين في توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف بعقد الاستهلاك الالكتروني، مجيبة بذلك عن الإشكاليات الآتية:

1. ما المعنى الدقيق للمستهلك في عقد الاستهلاك الالكتروني؟
2. متى تأخذ عقود الاستهلاك الإلكترونية الصفة الدولية؟
3. هل يمكن تطبيق قانون الإرادة على عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي بشكل مطلق؟
4. ما هو الضابط الذي يمثل حماية أكبر للمستهلك في حال غياب ضابط الإرادة ليتم تطبيقه على عقد الاستهلاك الالكتروني الدولي؟

منهج الدراسة

للإجابة على إشكاليات الدراسة فإن المنهج المتبع هو المنهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث سيتم تحليل النصوص القانونية ذات العلاقة في القانون الفلسطيني، وأيضا النصوص ذات العلاقة الواردة في اتفاقية روما 1980 ولائحة روما في التوجه الأوروبي رقم (2008/593) المتعلقتان بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

أدبيات الدراسة

1. خليل، خالد: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2000.

2. Sophia Tang, Zheng: Private International Law in Consumer Contracts: A European Perspective, Journal of Private International Law ,2010.

3. Chen, Zhen: Internet consumer contracts and private international law: what constitutes targeting activity test, Information & Communications Technology Law ,2023.

خطة الدراسة

عالجت هذه الدراسة القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الإلكتروني ذات الطابع الدولي في مطلبين: المطلب الأول: المقصود بالمستهلك في عقود الاستهلاك الدولية. أما المطلب الثاني: الطبيعة الخاصة في حماية المستهلك ضمن قواعد القانون الدولي الخاص.

المطلب الأول

المقصود بالمستهلك في عقود الاستهلاك الدولية

تعتبر العقود الاستهلاكية ذات طبيعة وطنية إذا كانت جميع عناصر العلاقة التعاقدية من دولة واحدة، وبمفهوم المخالفة تعتبر دولية إذا تضمنت العلاقة التعاقدية عنصرا أجنبيا واحدا، ولذلك أصبحت العقود التي تتضمن عنصرا أجنبيا الأكثر شيوعا بعد التقدم الكبير في شبكة الانترنت. وقد أدى استخدام مصادر الانترنت الواسعة كمنصة لإبرام العقود اللازمة لتلبية احتياجات المستهلك إلى ظهور ما يعرف بعقود الاستهلاك الدولية، وعليه سيتم بيان المقصود بالمستهلك في الفرع الأول، فيما سيوضح الفرع الثاني متى تصبغ الصفة الدولية على عقود الاستهلاك الالكترونية.

الفرع الأول

مفهوم المستهلك

تظهر أهمية تحديد مفهوم المستهلك في تحديد الشخص المستفيد من قواعد الحماية في التشريعات المتعلقة بالمستهلك، نظرا لوضعه الضعيف وتعرضه للمخاطر أثناء التعاقد. ومع ذلك لا يوجد إجماع محدد على تعريف المستهلك[1]، مما يؤدي للبحث عن المعايير التي يجب توفرها لتحديد هذه الصفة. ولتحقيق هذا الهدف سيتم البحث في تعريف المستهلك من الناحيتين الفقهية والتشريعية.

أولا: التعريف الفقهي للمستهلك:

انقسم الفقهاء في تعريف المستهلك الى اتجاهين، فضيق الاتجاه الأول من مفهوم المستهلك باعتباره: "الشخص الذي يتعاقد لأغراض تقع خارج تجارته أو أعماله أو مهنته".[2]

وبهذه الطريقة تم مراعاة المعنى القصدي للاستهلاك؛ فلا تنطبق صفة المستهلك على كل من يتعاقد لأغراض غير احتياجاته الشخصية أو العائلية، كالشخص الذي يقوم بشراء خدمة أو سلعة إما بقصد استهلاكها فيما يخص مهنته، أو بغرض إعادة بيعها.[3]

---

[1] عدوي، آية: حقوق المستهلك والتزاماته في عقد الاستهلاك الالكتروني، المجلة العصرية للدراسات القانوني، المجلد 2، العدد 1، 2024، ص 321. https://mucjournals.muc.edu.ps/index.php/pub/article/view/77/48 , 2/4/2024.

[2] Hedegaard, Jakob Søren. Wrbka, Stefan: The Notion of Consumer Under EU Legislation and EU Case Law Between the Poles of Legal Certainty and Flexibility, Legal Certainty in a Contemporary Context, Singapore, 2016, p 78. Available at: https://www.researchgate.net/publication/305553364_The_Notion_of_Consumer_Under_EU_Legislation_and_EU_Case_Law_Between_the_Poles_of_Legal_Certainty_and_Flexibility, 14/4/2024.

عرف اخرون المستهلك بأنه: " كل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية، ويخرج من ذلك كل من يبرم التصرفات لأغراض المهنة او الحرفة". أنظر: عمران، السيد: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، ط1، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1986، ص6.

[3] فلو قام طبيب بشراء جهاز حاسوب لمنزله فيأخذ حينها صفة المستهلك، أما إذا قام بشراء ذات الجهاز لعيادته الخاصة فلا يعتبر مستهلكا ولا يتمتع بقواعد الحماية المقررة في قوانين حماية المستهلك بموجب هذا الاتجاه.

في الوقت الذي توسع فيه فقهاء الاتجاه الثاني، ليكون المستهلك: "كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك أي بمعنى استعمال او استخدام سلعة أو خدمة"[4]، وفي ذلك يعتبر كل شخص يتعاقد لتلبية احتياجاته الشخصية أو تلك التي تخدم مهنته بشكل غير مباشر مستهلكا، وهذا يعني بأن أصحاب هذا الاتجاه ذهبوا للمعنى الحرفي للاستهلاك.[5]

ثانيا: التعريف التشريعي للمستهلك

انعكست الاختلافات الفقهية في تعريف المستهلك على التشريعات العربية والغربية، فعند النظر إلى التوجهات الأوروبية المتعلقة بالمستهلك، فبالرغم من اختلاف الكلمات بين كل توجه عن الآخر، إلا أنهم وفي نهاية المطاف جاؤوا ضمن نتيجة واحدة وهي الأخذ بالاتجاه الضيق في تعريف المستهلك[6]، فعرف التوجه الاوروبي رقم 2000/31 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة (2) المستهلك بأنه: كل شخص طبيعي يتعاقد لغاية لا تدخل في نشاطه المهني والتجاري. كما وعرفه التوجه الاوروبي رقم 2011/83 المتعلق بشأن حقوق المستهلك في المادة 1/2 بأنه: كل شخص طبيعي يتصرف لغايات لا تدخل في إطار نشاطه المهني.[7]

في حين سلك قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005 مسلكا مغايرا عن التوجهات الأوروبية في تعريف المستهلك [8]، فعرفه في المادة (2) منه أنه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستعملها أو يستفيد

---

[4] عمران، السيد: مرجع سابق، ص8. كما عرفه أخرون بأنه هو: "كل شخص يقوم بعملية الاستهلاك ولو كان يتعاقد من اجل حاجاته المهنية ما دام ما يتعاقد بشأنه يخرج عن نطاق تخصصه". أنظر: بو شارب، إيمان: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، 2011، ص22.

https://dspace.univ-guelma.dz/jspui/bitstream/123456789/7175/1/. 5/4/2024.

[5] حسين، ذكرى. صبار، نصير: الحماية المدنية من الشروط المألوفة في العقود التجارية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، 2009، ص55.

https://search.mandumah.com/Record/418150/Details, 5/4/2024.

للمزيد في معرفة مبررات وانتقادات الاتجاهين الضيق والواسع، أنظر: عدوي، آية: مرجع سابق، ص 322-326. وفي معرفة معايير التمييز بين المستهلك والمهني أنظر: المرجع السابق، ص 330-332.

فالطبيب الذي يقوم بشراء جهاز حاسوب لعيادته، فالغاية من الشراء هي استهلاك الحاسوب فيما يخدم مهنته، ولكنه في ذات الوقت ليس صاحب خبرة في مجال الحواسيب، ومن الممكن أن يقع في غبن لهذا فهو يستحق الحماية في نظر مؤيدي هذا الاتجاه". أنظر: مرتجى، رامي: الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017، ص17.

https://research-solution.com/uplode/book/book-13705.pdf, 3/4/2024.

[6] Hedegaard, Jakob Søren. Wrbka, Stefan: Op.Cit., p 78.

كما وذهبت في هذا الاتجاه اتفاقية روما 1980 في المادة (5) ولائحة روما رقم (2008/593) لعام 2008 في المادة (6) بالنص على أن: " العقد الذي يبرمه شخص طبيعي لغرض يمكن اعتباره خارج تجارته أو مهنته (المستهلك) مع شخص اخر يمارس تجارته أو مهنته (المهني) ".

[7] وهذا ما أكدت عليه محكمة العدل الأوروبية في حكم لها.

See: Gruber v Bay Wa AG Case C-464/01- 2005 ECRL-439. Available at: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf., 25/4/2024.

[8] قانون حماية المستهلك اللبناني، رقم (659) لسنة 2005، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (6)، بتاريخ 2005/2/4.

منها وذلك لأغراض غير مرتبطة مباشرة بنشاطه المهني"، فاتجه المشرع اللبناني اتجاها موسعا اخذا بمعيار عدم الارتباط المباشر، فالمهني الذي يتعاقد لأغراض ترتبط بنشاطه المهني مباشرة هو فقط هو من يخرج من مفهوم المستهلك[9].

لكن عند البحث في موقف المشرع الفلسطيني بقانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005 المستهلك، والذي عرف المستهلك في المادة (1) بأنه: "كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة"[10]، يشير النص إلى أن المشرع في تعريفه للمستهلك كان مطلقا النص دون تحديده بضابط معين، وبإجراء المطلق على إطلاقه فيعتبر كل من يتعاقد بهدف الشراء مستهلكا، لكن عند الرجوع إلى تعريف المهني من ذات المادة أنه: " الشخص الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطا يتمثل بتوزيع أو تداول أو تصنيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات"، يظهر بأن المشرع أخرج من تعريف المستهلك الشخص الذي يتعاقد لأغراض مهنية فقط.[11]

وبإثارة السؤال الاتي: هل تقتصر صفة المستهلك على الشخص الطبيعي دون المعنوي؟

اختلفت النصوص القانونية محل المقارنة في الإجابة على هذا التساؤل، فكان المشرع اللبناني واضحا وصريحا في المادة (2) باعتبار الشخص الطبيعي والمعنوي مستهلكا طالما كان تعاقده لغرض خارج عن النشاط المهني متجها بذلك اتجاها موسعا. [12]

في حين جاء المشرع الفلسطيني في قانون حماية المستهلك مطلقا النص بتعريفه للمستهلك في المادة (1) منه دون تحديد طبيعة الاشخاص الذين يصبغ عليهم وصف المستهلك.

إلا أن التوجهات الاوروبية السابقة جاءت مقتصرة بمفهوم المستهلك على الاشخاص الطبيعيين فقط[13]، بشرط أن يكون تعاقدهم خارج نطاق النشاط المهني، وبالتالي فيؤخذ على هذه التوجهات الاوروبية بأنها ضيقت بشكل كبير دون وجود أي مجال للتوسع

---

[9] وقد سلك سلوك القانون اللبناني مشروع حماية المستهلك الفلسطيني بالقراءة الثالثة لسنة 2016 حينما عرف المستهلك في المادة (1) منه أنه هو: "الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يشتري السلعة او يستأجرها او يستعملها او يستفيد منها او تقدم له الخدمات وذلك لأغراض خارجة عن إطار نشاطه المهني".

[10] قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (63)، بتاريخ 2006/4/27، ص 29.

[11] الشندي، يوسف: المفهوم القانوني للمستهلك، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 44، 2010، ص150.

https://search.mandumah.com/Record/96742, 9/4/2024.

على عكس ما نشرته دراسة في معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس) عند إجراء مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني، والتي حللت بأن تعريف المستهلك في قانون حماية المستهلك جاء بموجب الاتجاه الضيق. أنظر: معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس): إجراء مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني، فلسطين، 2004، ص، 22.

https://mas.ps/cached_uploads/download/migrated_files/20142210130210-1640016545.pdf ,30/5/2024.

[12] تعد الجمعيات غير الربحية شخصا معنويا يتخذ صفة المستهلك عند إبرامه عقد استهلاك، لكونه في مركز ضعيف أيضا، مما يحق له الاستفادة من قواعد حماية المستهلك أنظر: العجمي، فلاح: الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص49.

http://thesis.mandumah.com/Record/215857 ,25/4/2024.

[13] أخذت بذلك أيضا اتفاقية روما 1980، ولائحة روما 2008.

سواء في اقتصار صفة المستهلك على من يتعاقد لغير النشاط المهني، أو في اصباغ تلك الصفة على الاشخاص الطبيعيين فقط[14].

وفي هذا الصدد، تتوجه الباحثة نحو الأخذ بالرأي الواسع في تعريف المستهلك، ليطبق على كل شخص يتعاقد لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية وحاجاته غير المرتبطة بالنشاط المهني بشكل مباشر، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا.

الفرع الثاني

الصفة الدولية لعقد الاستهلاك الإلكتروني

يختلف النظام القانوني الذي يخضع له العقد باختلاف طبيعته، فلا يعتبر كل عقد استهلاك مبرم عن طريق الانترنت عقدا دوليا، مما يستوجب البحث في مسألة المعيار الذي يمنح عقد الاستهلاك الالكتروني الصفة الدولية. [15]

يعرف العقد الإلكتروني بشكله البسيط بأنه: "العقد الذي يتلاقى فيه الايجاب بالقبول عبر الوسائط الإلكترونية المتعددة" [16]، فهناك الكثير من العقود الاستهلاكية التي تبرم عبر الوسائط الالكترونية، مما يمكن تعريف عقد الاستهلاك الالكتروني بأنه: العقد الذي يبرم عن طريق وسائل الاتصال الالكترونية من بداية التعاقد إلى حين تنفيذه بالحصول على السلع والخدمات المقدمة من قبل المهني.[17]

وبهذا الصدد فإن إبرام العقد الالكتروني عامة وعقد الاستهلاك الالكتروني بشكل خاص عبر شبكة الانترنت لا يعطيه الصفة الدولية ويخضعه لقواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص بمجرد انعقاده الكترونيا فقط بالرغم من الطابع الدولي لهذه الشبكة.[18]

---

[14] قضت محكمة العدل الاوروبية في قضية Cape Sc والتي تم بموجبها قدم ادعاء لشركة متعاقدة بأنها تأخذ صفة المستهلك، بأن صفة المستهلك مقتصرة على الشخص الطبيعي فقط دون المعنوي.

See: ECJ judgment of 22 Nov 2001. Joined cases C-541/99 and C542/99- Cape Sc.
Available at: https://curia.europa.eu/juris/fiche.jsf., 25/4/2024.

[15] ياقوت، محمود: معايير دولية العقد، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، العدد 20، 2000، ص 495.

[16] أبو القاسم، أنور: الحماية القانونية للمستهلك في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، السودان، 2017، ص69.

https://search.mandumah.com/Record/806828, 25/5/2024.

[17] أنظر التوجه الأوروبي لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد الصادر في 20 مايو 1997.

[18] المعمري، خالد: عقد البيع الدولي المبرم عبر الانترنت، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، مسقط، 2017، ص20.
https://search.mandumah.com/Record/961571, 21/5/2024.
قد يكون العقد الالكتروني عقدا داخليا يخضع لأحكام القواعد الوطنية إذا ما أبرم بين أطراف داخل الدولة الواحدة، أو عقدا دوليا خاضعا لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني في العقد، وهذا ما أكدت عليه محكمة العدل الأوروبية في قضية (دانييلا موهليتنر) بأن عقد الاستهلاك الالكتروني المبرم عن طريق الانترنت لا يعني أنه يأخذ صفة الدولية حكما، فقد يكون العقد داخلي وليس دولي، إذا ما كان المستهلك والمهني من ذات الدولة.

See: ECJ, Daniela Mühlleitner v. Ahmad Yusufi and Wadat Yusufi, C-190/11-2011, available at:
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0190. 21,5,2024.

وفي هذا الخصوص، فعند السماع بمصطلح (دولية عقد) يتبادر إلى الذهن السؤال التالي: هل يكتسب العقد صفته الدولية نتيجة شكله أم بسبب العلاقة التي ينظمها؟

عادة ما تتخذ هذه العقود صفة العقود النموذجية والتي تكتب فيها شروط التعاقد بشأن سلعة معينة بشكل كامل متكامل دون الحاجة لإضافة تفاصيل عليها، وهذا لا يستبعد في العقود المحلية، إذا لا تأخذ هذه العقود صفتها من الناحية الشكلية كونها قد تتشابه مع العقود المحلية.[19]

مما تقدم، فما دامت شكلية عقد الاستهلاك الالكتروني لا تعتبر جانبا مؤثرا في منحه الصفة الدولية، فإنه يتطلب البحث في طبيعة العلاقة التعاقدية التي يحكمها عقد الاستهلاك الالكتروني. حيث تباينت الآراء الفقهية في تكييف الصفة الدولية للعقد، مما أدى إلى ظهور عدة معايير، كما يلي:

أولا: المعيار القانوني الواسع

نظرا إلى الأسس المتعارف عليها في تنازع القوانين والتي يعالجها القانون الدولي الخاص في أن العلاقة القانونية تتصف بالصبغة الدولية إذا ما كان أحد عناصرها عنصرا أجنبيا سواء كان أطرافها أو محلها أو سببها.[20]

وفي هذا الصدد يمكن القول بأن عقد الاستهلاك الالكتروني يأخذ صفته الدولية إذا ما ابرم العقد في دولة مختلفة عن دول الأطراف المتعاقدة، أو ارتبط الايجاب بدولة مختلفة عن الدولة التي ارتبط فيها القبول، أو اختلفت أماكن عملهما، أو تم تنفيذ العقد بمكان

---

[19] محمد، الطيب: أهمية العقد الدولي في التجارة الدولية والقانون الواجب التطبيق عليه، السودان، إدارة البحوث والتنمية والتطوير، المجلد 10، العدد 21، 2018، ص6.

[20] دواس، أمين: تنازع القوانين في فلسطين، رام الله، دار الشروق، 2014، ص 13.

اعتبر هذا المعيار أن وجود عنصر أجنبي في العقد هو أمر كافي للقول بأن العقد يعتبر دوليا، وهذا ما تبنته مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لعام 2010 في ديباجتها: "بأنه تطبق هذه المبادئ على العقود التجارية الدولية"، والتي تم تفسيرها بأن العقود لكي تكون دولية يجب أن يتخللها عنصر واحد أو أكثر من العناصر الأجنبية. أنظر: دواس، أمين: شرح مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية، ط2، الجزء1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 47. وبذلك قضت المحكمة العليا في فنزويلا بتاريخ 1977/10/9: ينبغي إعطاء مفهوم دولية العقد أوسع تفسير ممكن، وذلك لاستبعاد الحالات التي لا يوجد فيها عنصر أجنبي على الاطلاق، أي عندما تكون جميع العناصر ذات الصلة في العقد المعني مرتبطة بعنصر واحد وهو البلد فقط. وبالتالي اعتبرت العقد التجاري الناشئ بين الأطراف عقدا دوليا وأحالتهم إلى التحكيم الدولي في نيويورك، بالرغم من اعتبار كلا طرفي العقد هما شركتين فنزويليتين وأن إحدى هاتين الشركتين كانت تابعة لشركة أمريكية.

See: Bottling Companies v. Pepsi Cola Panamericana, Supreme Court of Venezuela, 09-10-1997. Available at: https://www.unilex.info/principles/case/643. 8/5/2024.

اخر مختلف[21]، وبذلك عرف جانب من الفقه التقليدي عقد الاستهلاك الالكتروني الدولي بأنه: "العقد الذي يرتبط فيه الايجاب بشأن عروض السلع والخدمات بالقبول من قبل أشخاص في دول مختلفة عبر وسائل الاتصال الالكترونية".[22]

ثانيا: المعيار القانوني الضيق

اتجه جانب من الفقه الحديث نحو المفاضلة بين العناصر الأجنبية من حيث فاعليتها وتأثيرها على العقد[23]، دون اصباغ الصفة الدولية على العقد بمجرد وجود عدد من العناصر الأجنبية المحايدة غير المؤثرة. [24]

ثالثا: المعيار الاقتصادي

تقوم فكرة هذا المعيار على أساس المتطلبات الاقتصادية، والتي ظهرت على يد المحامي (ماتر)، فيعد العقد دوليا إذا كان محله متعلقا بمصالح اقتصادية تجارية خارج حدود الدولة عن طريق استيراد وتصدير للسلع[25] دون النظر لجنسية أطراف العقد أو لمكان

---

[21] صادق، هشام: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي،2001، ص74.

وفي هذا القول يعتبر العقد المبرم بين شخص فلسطيني الجنسية مع اخر لبناني الجنسية عقدا دوليا وذلك بالنظر للصفة الأجنبية لعنصر الأطراف، كما ويعتبر كذلك العقد المبرم بين فلسطينيين في دولة أجنبية لتحقق الصفة الأجنبية في عنصر محل الإبرام.

اتجهت اتفاقية روما في المادة (3/3) ولائحة روما في المادة (4/3) إلى منح أطراف العلاقة التي يتصل بها أي عنصر من العناصر القانونية حق اختيار القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة ولم تفرق بين ما إذا كانت تلك العناصر مؤثرة أم لا: " عندما تكون جميع العناصر الأخرى ذات الصلة بالوضع وقت الاختيار موجودة في دولة عضو واحدة أو أكثر، فإنه لا يخل اختيار الأطراف للقانون المعمول به".

[22] أبو مغلي، مهند. الصرايرة، منصور: القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدوي، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 2، 2014، ص 1341.

https://archives.ju.edu.jo/index.php/law/article/download/4393/4337/8957, 25/4/2024.

[23] ذهب القضاء الفرنسي في قضية تارديو Arret Tardieu إلى إضفاء الصفة الداخلية على العقد الواقع بين شركة فرنسية مقرها الرئيسي فرنسا وتخضع للقانون الفرنسي واخر شخص فرنسي مقيم في فرنسا يعتبر ممثلا عن الشركة الكولومبية، فاعتبرت بأن كلا المتعاقدين متوطنين في فرنسا وعليه يعتبر العقد داخليا بالرغم من أن مكان التنفيذ هو كولومبيا، فهي بذلك لم تعطِ عنصر الجنسية وعنصر مكان التنفيذ ذاك القدر الذي يُضفي الصفة الدولية على العقد. أنظر:

Jacquet, Jean Michel: principe d'autonomie et contrats internationaux, public avec la concours diministre des universities "ECONOMICA", 1983, p. 253. https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-19801007-7913990, 19/6/2024.

مشار إليه لدى: الشرقاوي، محمود: العقود التجارية الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية،1992، ص186.

[24] عبد العال، عكاشة: الوسيط في تنازع القوانين، ط2، أكاديمية شرطة دبي، 2003، ص 700.

أخذت بهذا المعيار اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية 1964 في المادة (3): التي اعتبرت بأن البيع لا يكون دوليا نتيجة اختلاف جنسية المتعاقدين، وإنما نتيجة اختلاف محل اقامتهم المعتادة أو اختلاف مراكز عملهم، فقد يكونا الطرفين من جنسية واحدة، ولكن تختلف مراكز عملهم أو أماكن اقامتهم المعتادة، كما واتجهت نحو ذلك اتفاقية لاهاي بشأن القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية 1986 في المادة (1): بأن عقد البيع يكون دولياً متى كان مركز أعمال طرفي العقد في دولتين مختلفتين عندما تكون السلع محلاً للنقل من دولة إلى أخرى. كما ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة أنه: لا يلتفت إلى اعتبار أماكن عمل الاطراف توجد في دول مختلفة إذا لم يتبين ذلك من العقد أو من أي معاملات سابقة بين الأطراف، أو من المعلومات التي أدلى بها الأطراف قبل انعقاد العقد أو في وقت انعقاده.

[25] حنيفي، فاطيمة: الإطار القانوني للعقد الالكتروني الدولي، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 8، العدد 1، 2022، ص 595.
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/182105, 17/4/2024.

الابرام أو التنفيذ، فقد اتجهت نحو ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مشيرة بأن العقد المتعلق بمصالح اقتصادية تجارية تصب خارج الاقتصاد الداخلي لدولة معينة يعد عقدا دوليا.[26]

رابعا: المعيار المختلط

رأى جانب من الفقه بوجود بعض من القصور عند الأخذ بأحد المعايير السابقة، فسعو إلى ضرورة دمج المعيار القانوني الواسع والمعيار الاقتصادي معا لإمكانية تحديد الصفة الدولية، فاعتبرت محكمة النقض الفرنسية بأن العقد المبرم بين شركة هولندية وشركة فرنسية من أجل تصدير البضائع الهولندية إلى فرنسا عقدا دوليا لاتصال العقد بأكثر من نظام قانوني، ولتحقق مصالح اقتصادية عبر الحدود.[27]

بعد تباين المعايير السابقة، أصبح أمر تحديد الصفة الدولية أكثر تعقيدا، فيواجه المعيار الاقتصادي جانب من الصعوبة بالتأكد فيما إذا تجاوزت المصالح الاقتصادية حدود الدولة، بالإضافة إلى أنه قد لا يصلح ليطبق على كافة العقود كتلك التي يكون موضوعها تقديم خدمة[28]، كما ويضعف رأي المعيار القانوني الضيق في تحديد الصفة الدولية، فالعنصر الأجنبي الذي يكون مؤثرا في عقد ما قد لا يكون مؤثرا في عقد اخر، فمثلا لا توجد حجة مقنعة باستبعاد عنصر الجنسية بشكل عام من العناصر المؤثرة في دولية العقد.[29]

ومن خلال ما تقدم ترى الباحثة بأنه يمكن الاعتماد على المعيار القانوني الواسع ليكون أكثر المعايير وضوحا في الكشف عن الصفة الدولية لعقد الاستهلاك الإلكتروني.[30]

---

[26] أنظر نقض فرنسي رقم (1934/73)، صادر بتاريخ 1934/2/14، مشار إليه في: عبد العال، عكاشة: قانون العمليات المصرفية الدولية، ط1، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1994، ص 101.

[27] تم الإشارة لهذا القرار لدى: بني بكار، إسلام: القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي، رسالة ماجستير، جامعة عمان الاهلية، الأردن، 2019، ص 13.

http://search.mandumah.com/Record/1026460, 24/5/2024.

[28] بني بكار، إسلام: المرجع السابق، ص 14.

[29] أمين، دربة: متى يكون العقد دوليا، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، 2016، ص 60.

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/6592, 22/4/2024.

وفي هذا السياق تم البحث في موقف المشرع الفلسطيني إلا أن المشرع لم يكن له موقف صريح لبيان المقصود بدوليه العقد، فلا توجد أي مادة تتكلم عن ذلك، ، لكن بالرجوع إلى مجال التحكيم التجاري الدولي يمكن استخلاص موقف المشرع من تعريفة لمصطلح الدولية من خلال استقراء نص المادة (3) من قانون التحكيم والتي بينت الشروط الواجب توفرها ليكون التحكيم دوليا، والتي اعتمد بموجبها المشرع معيارا مزدوجا في منح الصفة الدولية للتحكيم، فقد أوجب توفر المعيارين القانوني باشتراطه وجود عنصر أجنبي في التحكيم ذاته، وأوجب أيضا توفر المعيار الجغرافي بأن يكون هناك اختلاف في المراكز الرئيسية للأطراف او محل اقامتهم المعتادة او ارتباط موضوع النزاع بأكثر من دولة.، لكنه استبعد الأخذ بالمعيار الاقتصادي عند تعريفه للتحكيم الدولي، عندما نص على مصطلح "المدنية" في العبارة الاتية: "بأن التحكيم يكون دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية"، على الرغم من الإشارة إليه عندما عرف التحكيم المحلي في الفقرة الأولى من هذه المادة "إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية. أنظر: الشندي، يوسف: التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، ط2، جامعة بيرزيت، سلسلة المناهج الدراسية،2015، ص 52. أنظر أيضا: قانون التحكيم رقم (3)، لسنة 2000، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (33)، بتاريخ 2000/6/30، ص 25.

[30] يعتبر هذا المعيار الأكثر قدرة بالتغلب على اختلاف طبيعة الروابط العقدية، فيمكنه تحديد الطابع الدولي لعقد الاستهلاك الالكتروني بطريقة أكثر مرونة، حيث يترافق معه عادة المعيار الاقتصادي، فالرابطة التعاقدية الناشئة بين مستهلك مقيم في بلد مختلف عن البلد الذي يقيم فيه المهني، تتصل بأكثر من

نظام قانوني، وفي الوقت نفسه يترتب على التعاقد انتقال للمصالح الاقتصادية عبر الحدود، إلا أن العكس غير صحيح؛ ويركد على صحة ما ذكر على عدم وجود معيار شامل لتحديد صفة الدولية، مما يجعل الأمر تقديريا للقاضي باختيار المعيار المناسب في كل عقد على حدا. أنظر: حرب، رند: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في فلسطين، رسالة ماجستير، الجامعة العربية الامريكية، جنين، 2012، ص 26-30.
http://thesis.mandumah.com/Record/203764 24/5/2024.

المطلب الثاني

الطبيعة الخاصة في حماية المستهلك ضمن قواعد القانون الدولي الخاص

نظرا لطبيعة عقود الاستهلاك الالكترونية عبر الحدود، والتي تنفرد بخصوصية معينة عن غيرها من العقود، بعدم تساوي القوى بين الأطراف المتعاقدة، مما يثير مسألة إمكانية تطبيق نظرية تنازع القوانين (قواعد الاسناد) المعتمدة للعقود التقليدية على عقود الاستهلاك الالكترونية عبر الحدود. وعليه سيتم بيان دور ضابط الإرادة على عقود الاستهلاك الالكترونية الدولية في الفرع الأول، في حين سيتم معرفة الضابط الأكثر حماية للمستهلك في حال غياب ضابط الإرادة.

الفرع الأول

مدى ملائمة قانون الإرادة على عقود الاستهلاك

يعد مبدأ اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية الناشئة من الأمور المتفق عليها في القانون الدولي الخاص[31]، مما جعل قانون الإرادة الضابط الأول الذي يتم اللجوء إليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.[32]

وباستظهار موقف التشريعات الفلسطينية السارية بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الإلكتروني تجد الباحثة بخلو هذه التشريعات من أي تنظيم خاص لعقود الاستهلاك، وطالما لم يضع المشرع الفلسطيني قاعدة تنازع خاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، فبالإمكان إخضاع عقد الاستهلاك الالكتروني الدولي لذات الأحكام العامة التي تخضع لها عقود التجارة الدولية وهو ما تم النص عليه في المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني[33] والتي جاءت بعدة ضوابط اسناد على سبيل التدرج فكان أولها قانون الإرادة الذي يختاره الأطراف[34] من خلال إدراج نص صريح ضمن الشروط التعاقدية في العقد يبين إرادة الأطراف الصريحة باختيار القانون واجب التطبيق عليهم في النزاعات سواء كان هذا النص سابق أم لاحق على إبرام العقد.[35]

---

[31] عباينة، علاء الدين: القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، عمان، 2004، ص49.

http://search.mandumah.com/Record/573401, 20/5/2024.

[32] المطالقة، محمد: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، ط3، دار الثقافة للنشر، 2011، ص 126-127.

[33] نصت المادة (1/25) أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فان اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه".

[34] لقد ذهب مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2005 في المادة (1/25)، والقرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية لجواز تطبيق أحكام قانون الارادة على العقود بشكل عام.

[35] أبو الهيجاء، محمد: عقود التجارة الالكترونية، عمان، دار الثقافة، 2005، ص87.

كما وأخذ المشرع في الشطر الأخير من الفقرة الأولى من ذات المادة بالإرادة الضمنية[36]، والتي يترك أمر البحث عنها لتقدير القاضي من خلال دراسة الظروف والقرائن. [37]

يبقى مبدأ سلطان الإرادة المبدأ الجوهري الذي تخضع له عقود الاستهلاك الالكترونية الدولية، وعلى ذلك فإن إعمال قانون الإرادة من شأنه تحقيق الأمان القانوني للأطراف المتعاقدة، فهو يجنبهم عدم اليقين بشأن القانون الذي يمكن تطبيقه على عقدهم والسماح للأطراف باختيار قانون يؤدي إلى تحقيق الآثار القانونية المنشودة التي يرغبون في تحقيقها. [38]

لكن هل يكون للأطراف الحرية المطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد؟

نظرا للطبيعة الخاصة لعقد الاستهلاك، فمن الأفضل تقييد حرية المتعاقد القوي في توجيه الإرادة بما يخدم مصالحه على حساب الطرف الضعيف، وذلك لضمان الحماية الكافية للطرف الأخير وتحقيق الهدف الحمائئ الذي تفرضه القواعد الحمائية في عقود الاستهلاك. [39]

وفقا للمادة (2/5) من اتفاقية روما، والمادة (6) من لائحة روما[40] يجب احترام الحماية التي توفرها القواعد الامرة للمستهلك في الدولة التي يقيم فيها المستهلك بشكل دائم؛ وفي هذا السياق تم تقييد مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستهلاك بموجب هذه الاتفاقية، بهدف تحقيق نوعا من التوازن في حماية المصالح، عن طريق منح الأطراف حرية اختيار القانون المطبق على العقد[41] بشرط

---

[36] قضت محكمة الرباط لسنة 1920أنه: "لو كان العقد يتصل بقانون دولتين في نفس الوقت وكان قانون إحداهما يتضمن أحكام لتنظيم هذا النوع من العقود خلافا لقانون الدولة الأخرى والذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام فقد يبدو المنطق تطبيق الدولة الأولى بوصفه قانون الإرادة"، نقلا عن: الجواري، سلطان: عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، ط1، بيروت، منشورات الحلبي، 2010، ص106. كما وجاء في القضاء المصري بأن اتفاق المتعاقدين على تنفيذ العقد في دولة معينة قد يستنبط منه رغبتهما في إخضاع العقد لقانون هذه الدولة، نقلا عن: المرجع سابق، ص106.

[37] ناصر، حمودي: العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر، 2012، ص 472.

أنظر أيضا تقرير جوليانو ولاجارد:

Giuliano, Mario. And Lagarde, Paul: Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, Rome 1980, p.15. available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN. 20/5/2024.

نصت اتفاقية روما 1980 ولائحة اتفاقية روما المتعلقتان بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة (3) منهما بأنه:" يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف، يجب التعبير عن الاختيار أو إثباته بدرجة معقولة من اليقين من خلال شروط العقد أو ظروف القضية."

[38] خليل، خالد: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2000، ص81.

[39] Sophia Tang, Zheng: Private International Law in Consumer Contracts: A European Perspective, Journal of Private International Law ,2010, p 4. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers . , 21/5/2024.

[40] نصت المادة (5) من اتفاقية روما: "لا يترتب على اختيار القانون من قبل الأطراف حرمان المستهلك من الحماية الممنوحة له بموجب القواعد الإلزامية لقانون البلد الذي يقيم فيه بشكل اعتيادي". كما ونصت المادة (6) من لائحة روما على: "لا يجوز أن يؤدي هذا الاختيار إلى حرمان المستهلك من الحماية الممنوحة له".

[41] إن القول الذي يفيد بضرورة وجود علاقة وثيقة بين القانون الذي يتم اختياره وعقد الاستهلاك، قد انتفى في ظل المادة (3/3) من لائحة روما حيث أخذت بالاختيار لا المحدود بنصها التالي: "عندما تكون جميع العناصر الأخرى ذات الصلة بالوضع وقت الاختيار موجودة في دولة غير الدولة التي تم اختيار قانونها، فإن اختيار الأطراف لا يخل بتطبيق أحكام قانون تلك الدولة الأخرى والتي لا يجوز الانتقاص منها بالاتفاق".

See: Howells, G: The Impact of Private International Law on e-Commerce on the Internal Market and the Risk of Creating Barriers to Trade, 2001, p 55. Available at:
https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en.21/5/2024.

احترامه للحد الأدنى من الضمانات الممنوحة للمستهلك[42] في قانون دولة مقر اقامته المعتاد[43]، وبغير ذلك سيتم اعمال هذه القواعد الأخيرة [44]، لاعتبارها أكثر حماية للمستهلك من تلك التي يقررها قانون الإرادة.

وفي نقل لتجربة القانون الدولي الخاص السويسري 1987 في المادة (120)[45] يظهر باستبعاده لضابط الإرادة بشكل كلي مطبقا قانون دولة مقر إقامة المستهلك المعتاد بشكل أوّلي.[46]

لكن هل يمكن للمتعاقدين اختيار أكثر من قانون ليحكم أجزاء مختلفة من عقد الاستهلاك الدولي، أم يجب الالتزام بقانون واحد لينظم كافة جوانب العقد؟

---

[42] من الممكن تعريف عبارة "الحد الأدنى من لقواعد الإلزامية" في المادة 3/3 من اتفاقية روما، والتي هي قواعد القانون التي لا يجوز الانتقاص منها بالعقد. كالشروط غير العادلة في لوائح حماية المستهلك.، كما ونصت المادة (2/6) من لائحة روما على: " لا يجوز أن يؤدي هذا الاختيار إلى حرمان المستهلك من الحماية الممنوحة له. بالأحكام لا يجوز الانتقاص منها بالاتفاق بموجب القانون". وكذلك نصت المادة (2/7) من اتفاقية روما 1980.

[43] يقيد هذا الضابط إرادة المهني الذي لديه الدراية الفنية والقانونية من تقديم مصالحه على مصالح الطرف الضعيف والإضرار به، كما ويؤدي إلى تحقيق مصلحة الدولة في تحقيق تشريعاتها الحمائية للمستهلك المقيم على إقليمها، مما يحقق جانب من التوازن في العلاقات التعاقدية بين المهني والمستهلك. أنظر: خليل، خالد: مرجع سابق، ص 177.

[44] لم توضح اتفاقية روما المقصود بالإقامة المعتادة للمستهلك والتي اشارت اليها المادة (3/5) من الاتفاقية، وان كانت السوابق الحالية للمحكمة الأوروبية لم تعط تفسيرا موحدا لمفهوم الإقامة المعتادة، لكن ما جاء في تصريحها الأخير بأن المسكن المعتاد، هو مسكن الشخص خارج نشاطه التجاري الذي اعتمده طوعًا لأغراض ممارسة نشاطات حياته الطبيعية، سواء كانت اقامته فيه قصيرة أم طويلة.

See: C. G. J, Morse: Consumer contracts, employment contracts and the Rome Convention, International & Comparative Law Quarterly, 1992, P9. https://www.jstor.org/stable/43301569, 26/5/2024.

[45] نصت المادة (120) من القانون الدولي الخاص السويسري على أن: "العقود الاستهلاكية المخصصة لتلبية الحاجات الشخصية والعائلية والتي لا تتعلق بنشاط المستهلك المهني أو التجاري، تخضع لقانون دولة الإقامة المعتادة للمستهلك: أ- إذا ما كان المورد قد تلقى الطلب في هذه الدولة. ب- إذا سبق إبرام العقد في هذه الدولة عرض أو إعلان وقام المستهلك بإتمام التصرفات اللازمة لإبرام العقد. ج- إذا تم تشجيع المستهلك من قبل المورد الخاص به للذهاب إلى دولة أجنبية لتقديم الطلب هناك". للمزيد أنظر:

https://www.wipo.int/wipolex/ar/legislation/details/19163 .22/5/2024.

[46] اعتبر هذا القانون بأن قانون الإرادة سيؤدي إلى حرمان المستهلك من المزايا التي يوفرها له قانون محل اقامته المعتادة، مما سار على عكس المنهج الذي سارت عليه اتفاقية روما بالموازاة بين المصالح. أنظر: محمد، أشرف: عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 57، 2001، ص 216. أنظر أيضا:

Sophia Tang, Zheng: Op.Cit., p22.

ومن التطبيقات القضائية لفكرة تعطيل دور الإرادة في عقود الاستهلاك في قضية للقضاء الإنجليزي تتعلق بنزاع بين شركة انجليزية ومشتري أسكتلندي متوطن في اسكتلندا، وتضمن العقد شرط اتفاق الأطراف على اعتبار القانون الإنجليزي القانون واجب التطبيق على الرابطة التعاقدية، لكن بالرغم من ذلك طبق القاض الأسكتلندي قانونه لاعتباره يوفر حماية للمستهلك في بعض الشروط أكثر من القانون المختار. أنظر: الحكم الصادر في 1958م، المشار إليه لدى: خليل، خالد: مرجع سابق، ص 102.

وفي مثال اخر في القضاء الأمريكي في حكم صادر عن محكمة استئناف ولاية وسكنسن الأمريكية، في نزاع بين شركة أنظمة البطاقات التطبيقية في ولاية ديلا وير، ومستهلكين من ولاية وسكنسن، حيث تضمن العقد تطبيق قانون ولاية ديلا وير، ولكن لم تقم المحكمة بتطبيق قانون ولاية ديلا وير كونه القانون المتفق عليه، بل طبقت قانونها (قانون ولاية وسكنسن) لكونه يحظر تطبيق شرط التحكيم في عقود الاستهلاك، وهو بذلك يعطي حماية أكثر للمستهلك.

See: Case No: Wisconsin Court, 2005AP2770,26/8/2007 WI, available at: http://www.wicourts.gov/ca/opinion. 25/5/2024.

ذهب جانب من الفقه إلى إلزام الأطراف عند اختيارهم القانون الذي سيحكم الرابطة العقدية بتطبيقه على العقد كاملا استنادا لاعتبار العقد وحدة واحدة وبالتالي لا يجوز تجزئته ليخضع كل جزء منه لقانون معين[47]، في المقابل اتجه الفقه الحديث إلى منح الأطراف حرية اختيار أكثر من قانون ليحكم عقدهم، مع الحفاظ على انسجام الأحكام واجبة التطبيق.[48]

وهذا ما ذهبت به لائحة روما في نص المادة (1/3)[49] إلى إعطاء المتعاقدين الحق في اختيار القانون الذي سيحكم العقد سواء لمجموعه أو لإحدى جوانبه [50]. في الوقت الذي سكت فيه مشروع القانون المدني الفلسطيني بالنص على ذلك.

الفرع الثاني

القانون الأكثر ملائمة في التطبيق على عقود الاستهلاك في غيبة قانون الإرادة

يُفرض على القاضي تحديد القواعد الموضوعية واجبة التطبيق في حال سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وعدم إمكانية استخلاص الإرادة الضمنية لهم، وذلك بناء على ضوابط إسناد جامدة، كضابط قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك، وضابط قانون الدولة التي تم فيها العقد، وفقا للمادة (1/25) من المشروع.

وفي ضوء ما تقدم يجب النظر في كفالة ضوابط الاسناد الاحتياطية المذكورة بتحقيق الحماية للطرف الضعيف في عقد الاستهلاك الالكتروني الدولي، مما يتطلب البحث في الضابطين المذكورين بشكل منفصل:

أولا: ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين

أخذ المشرع الفلسطيني بالموطن المشترك[51] للمتعاقدين كضابط اسناد ثانٍ بعد ضابط الإرادة، وذلك نظرا لأهميته في المعاملات التعاقدية، ولكونه معروفا لدى الأطراف أكثر من غيرهم، فعادة ما ينظم الأطراف سلوكهم وفقا لأحكامه، وبالتالي يتوقعون الآثار التي ستنتج عن تطبيقه.[52]

---

[47] سويدان، هاشم: القانون الواجب التطبيق على الجوانب الموضوعية للعقد الدولي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، المجلد 15، العدد 2، 2022، ص 526.

[48] فعلى سبيل المثال قد يؤدي تعيين أكثر من قانون فيما يتعلق بآثار العقد والالتزامات المتقابلة للطرفين إلى أحكام متضاربة. أنظر: صادق، هشام: دروس في تنازع القوانين، بيروت، الدار الجامعية، 1980، ص 347.

تم تبرير إمكانية اختيار أكثر من قانون ليحكم عدة أجزاء في العقد بأنه طالما سمح للأطراف ابتداء اختيار القانون الواجب التطبيق ليحكم الرابطة العقدية، مما لا يمنع من قيامهم باختيار جوانب العقد التي تخضع للقانون المختار. أنظر: سويدان، هاشم: مرجع سابق، ص 526.

[49] نصت على أنه: " يمكن للطرفين حسب اختيارهما، اختيار القانون المطبق على العقد بأكمله أو على جزء منه فقط".

[50] كما تبنت ذلك اتفاقية لاهاي لعام 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع في المادة (1/7).

[51] تم تنظيم أحكام الموطن في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001، فعرفت المادة (1/4) منه الموطن بأنه: " المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، ومحل العمل هو المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارته أو حرفته أو يقوم على إدارة أمواله فيه، بالنسبة للموظف والعامل هو المكان الذي يؤدي فيه عمله عادة" كما وعرفت المادة (5) من ذات القانون موطن الشخصية المعنوية " هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته الرئيس، وبالنسبة للأشخاص الاعتبارية التي يكون مركزها في الخارج ولها فروع في فلسطين يعتبر مركز فرعها موطناً لها". أنظر: قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، رقم (2)، لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد38، بتاريخ 2001/9/5، ص 5.

[52] الرفاعي، بدران: عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، مصر، دار شتات للنشر، 2011، ص 207.

لم يسلم هذا الضابط من الانتقادات، حيث إنه غير ملائم في تحديد القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية، فقد تم الحديث فيما سبق عن ضرورة اختلاف موطن المتعاقدين لتحقق الصفة الدولية على عقد الاستهلاك الالكتروني وفقا للمعيار القانوني، وبالتالي يغلب في هذا النوع من العقود اختلاف موطن المتعاقدين[53]، كما وأنه من الصعب إثبات الموطن نظرا لصعوبة اثبات التركيز المكاني لعقد الاستهلاك الالكتروني، مما يجعل القاضي يستبعد تطبيق هذا الضابط ويتجه نحو ضابط احتياطي اخر.[54]

ثانيا: ضابط مكان إبرام العقد

في حال عدم توفر ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين، سيتم النظر إلى مكان ابرام العقد كضابط اسناد ثالث [55]، لأنه المكان الذي يتم فيه تكوين العقد، والذي يعد قرينة في ذهاب الإرادة المفترضة للأطراف وفقا لهذا القانون.

ومع ذلك تم انتقاد هذا الضابط من قبل جانب من الفقه [56] لصعوبة إعماله، حيث أن البيئة التي يبرم فيها عقد الاستهلاك الالكتروني غير محسوسة، مما يجعل فكرة الفروق الزمنية والمكانية التي تفترضها عملية التعاقد عبر الانترنت محلا للنقاش[57]، فقد يبرم العقد عبر شبكة الانترنت بواسطة اتصال مباشر، وهذا يعني بأن الايجاب قد يصدر في دولة مختلفة عن الدولة التي صدر فيها القبول، وبالتالي يصعب تحديد مكان الابرام بدقة، والذي قد يكون عَرَضيا غير مرتبط بشكل مباشر بالعقد[58]، كما وأن تباين التشريعات في تحديد مكان ابرام العقد سيؤدي إلى عدم معرفة المتعاقدين مسبقا بالقانون المطبق على العقد.[59]

وفي هذا السياق على الرغم من أن ضوابط الاسناد الجامدة المذكورة في المادة (1/25) تعتبر معلومة للأطراف بما يضمن توقعاتهم بالمعرفة المسبقة بالقانون الواجب التطبيق، وهو الأمر الذي يحتاجه الأطراف عادة لتحقيق الاستقرار في التجارة الالكترونية

---

[53] صادق، هشام: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 786.

[54] الحسني، محمد: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 2013، ص 93.

[55] أخذت التشريعات العربية في هذا الضابط ومنها القانون المدني المصري في المادة (1/19)، والقانون المدني الاماراتي في المادة (19)، والقانون المدني اليمني في المادة (29)، وكذلك بعض من التشريعات الأجنبية كالقانون المدني الإيطالي في المادة (25)، والقانون المدني الاسباني في المادة (5/10). أنظر: المرجع السابق، ص 93-94.

[56] خليل، خالد: مرجع سابق، ص 144. أنظر أيضا: الهواري، أحمد: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص 137.

[57] Chen, Zhen: Internet consumer contracts and private international law: what constitutes targeting activity test, Information & Communications Technology Law ,2023, p28.Available at: https://www.researchgate.net/publication/357233077_Internet_consumer_contracts_and_private_international_law_what_constitutes_targeting_activity_test. 26/5/2024.

[58] فضل، سليمان: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 2011، ص 200.

[59] Howells, G: Op. Cit., p 31.

أخذ المشرع الفلسطيني بنظرية العلم بالقبول في تحديد مكان إبرام العقد، فقد نصت المادة (86) من مشروع القانون المدني الفلسطيني:" يعد التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول".

في الوقت الذي يعتبر فيه المشرع الأردني مكان ابرام العقد هو المكان الذي صدر فيه القبول. أنظر نص المادة (101) من القانون المدني الأردني: "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق او نص قانوني يقضي بغا ذلك".

بشكل عام [60]، إلا أنها غير ملائمة للمعاملات التعاقدية الحديثة، خاصة في ظل عقود الاستهلاك الدولية التي تتضمن طرفا ضعيفا فيها.

لقد تم وضع ضابطي الموطن المشترك ومكان إبرام العقد من أجل الأخذ بالأنظمة القانونية ذات الصلة بالعقد بغض النظر عن محتواها لضمان الحماية الكافية للمستهلك.

أما فيما يتعلق باتفاقية روما 1980[61]، ولائحة روما 2008[62] فقد توجهتا عند عدم الاتفاق على قانون معين من قبل الأطراف، بالأخذ بضابط الإقامة المعتادة للمستهلك عند انطباق بعض الشروط، لكن مع إدخال بعض من التعديلات عليها في لائحة روما،

---

[60] الشاهد، أحمد: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص والقانون المصري، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، المجلد 105، العدد 516، 2014، ص 365.

http://search.mandumah.com/Record/810652, 29/5/2024.

[61] نصت المادة (2/5) على: " في حال عدم وجود خيار طبقا للمادة (3) يطبق قانون البلد الاعتيادي الذي يقيم فيه المستهلك إذا توفرت الشروط الاتية:

1. إذا كان العقد قد سبقه في هذا البلد عرض خاص أو دعاية، وإذا كان المستهلك قد قام باتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام العقد في هذا البلد.
2. إذا تلقى المتعاقد مع المستهلك أو ممثله الطلب من المستهلك في هذا البلد.
3. إذا كان العقد يتعلق ببيع بضائع، وانتقل المستهلك من هذا البلد إلى بلد أجنبي وابرم العقد بشرط أن تكون الرحلة منظمة بواسطة البائع من أجل حث المستهلك على إبرام عقد البيع."

وفي التعليق على الفقرة الأولى من هذه المادة هناك من فرق بين المواقع التي وجدت عليها العروض، فموقع الويب سلبي يوفر المعلومات فقط للمستهلك دون وجود أي تفاعل، والذي اعتبر البعض هذا النوع من المواقع ليس هو المقصود في هذه الفقرة، وإنما المقصود هو موقع الويب النشط الذي يتيح للمستهلك التفاعل معه؛ فبمجرد الوصول إلى موقع الويب في أي مكان بالعالم لا يعني أن القانون يجب أن يعتبرها مستخدمة في كل مكان بالعالم، بل يجب التوقف على الظروف الحاصلة، وخاصة نية صاحب الموقع وما سيفهمه القارئ حين دخوله للموقع. ثم تأتي الفقرة الأخيرة من ذات المادة لتؤكد بوضوح أن القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك في حال عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على العقد يكون هو قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

أنظر:

Waelde, Charlotte: International Private Law, Consumers, and the Net: A Confusing Maze or a Smooth Path Towards a Single European Market, Hart Publishing, 2005, p 18. Available at: https://era.ed.ac.uk/handle .28/9/2025.

لكن لم تميز لائحة روما بين المواقع الإلكترونية التفاعلية والسلبية، فيمكن للشركات التجارية توجيه أنشطتها إلى دولة المستهلك عبر المواقع الإلكترونية التفاعلية والسلبية، وتنص المذكرة التوضيحية المصاحبة المرفقة بمقترح لائحة روما الأولى: على أن مواقع الويب التي توجه الشركة من خلالها أنشطتها ليست بالضرورة مواقع تفاعلية. في الواقع يهدف موقع الويب الذي يدعو المستهلكين إلى إرسال طلب عبر الفاكس يهدف أيضاً إلى إبرام عقود عن بعد مع المستهلكين، وهذا يدعم الحجج التي تقول: بأن توجيه الأنشطة لا ينبغي أن يقتصر على مواقع الويب التفاعلية ويجب تفسير مفهوم توجيه الأنشطة على نطاق أوسع، ولذلك فإن التمييز بين المواقع التفاعلية والسلبية ليس له أي أهمية.

كما ورأت محكمة العدل الأوروبية أيضاً أن التمييز بين المواقع التفاعلية والسلبية ليس أمراً حاسما وإذا كان المستهلك لا يزال بإمكانه إبرام عقد بوسائل أخرى، فإن فرصة إبرام العقد موجودة، سواء كانت الشركة تعتزم القيام بأعمال تجارية مع مستهلكين من دول أخرى أم لا.

See: Chen, Zhen: Op. Cit., p 30-32.

[62] نصت المادة (1/6) على: "مع عدم الإخلال بالمادتين (5، 7)، العقد الذي يبرمه شخص طبيعي لغرض يمكن اعتباره خارج تجارته أو مهنته (المستهلك) مع شخص اخر، يخضع الشخص الذي يمارس تجارته أو مهنته (المحترف) لقانون البلد الذي يقيم فيه المستهلك، بشرط أن يكون المهني: (أ) يمارس أنشطته التجارية أو المهنية في الدولة التي يقيم فيها المستهلك المعتاد، أو (ب) توجيه مثل هذه الأنشطة بأي وسيلة إلى تلك الدولة أو إلى عدة دول بما في ذلك تلك الدولة"

حيث استبدلت عبارة (عرض خاص) الواردة بالشرط الأول من المادة (2/5) من اتفاقية روما 1980 بعبارة (توجيه النشاط)[63]، معطية بذلك معنى أوسع في هذا المجال.

تمثل الشروط المذكورة المطلب العام لمفهوم القواعد الإلزامية وهو أن العقد يجب أن يكون مرتبطا بشكل وثيق ببلد الإقامة المعتادة للمستهلك من أجل الاحتجاج بالنوع المحلي الإلزامي.[64]

لكن إذا لم تتوفر الشروط المذكورة في المادة المشار إليها، فلا يمكن تطبيق ضابط الإقامة المعتادة للمستهلك، بل يتم تطبيق نص المادة (4)[65] من اتفاقية ولائحة روما، التي تشير لتطبيق ضابط المكان الأكثر صلة في العقد، والذي يمثل قانون البلد الذي يقيم

---

[63] "يجب التحقق من وضوح النية قبل إبرام أي عقد مع المستهلك، من خلال مواقع التجارة الالكترونية والنشاط العام للتاجر، بأن التاجر كان ينوي القيام بأعمال تجارية مع مستهلكين مقيمين في دولة أو عدة دول، بما في ذلك دولة موطن المستهلك، اي أنه كان يفكر في إبرام عقد معهم. يمكن أن تشكل العوامل التالية دليلاً يمكن من خلاله استنتاج أن نشاط التاجر موجه إلى الدولة التي يوجد بها موطن المستهلك، وهي الطبيعة الدولية للنشاط، كاستخدام لغة أو عملة غير اللغة أو العملة المستخدمة بشكل عام في الدولة التي يقيم فيها التاجر وذكر أرقام الهواتف ذات الرمز الدولي، والنفقات المتعلقة بخدمة مرجعية عبر الإنترنت لتسهيل الوصول إلى موقع التاجر أو موقع وسيطه من قبل المستهلكين المقيمين في الدول الأخرى، واستخدام اسم نطاق المستوى الأعلى بخلاف تلك الخاصة بالدولة التي يقيم فيها التاجر، وذكر العملاء الدوليين الذين يتألفون من عملاء مقيمين في مختلف الدول. والأمر متروك للمحاكم الوطنية للتأكد من وجود مثل هذه الأدلة." فيمكن لمثل هذه القائمة المفتوحة من العوامل الموضوعية أن توفر أدلة كافية لتمكين المحكمة لتحديد ما إذا كان النشاط موجهاً إلى دولة موطن المستهلك. وهذا لا يعني أن كل هذه العوامل يجب أن تكون موجودة، بل يكفي توفر بعضا منها لإثبات وجود هذا النشاط الموجه. أنظر حكم لمحكمة العدل الأوروبية الصادر في 2010/12/7:

See: Cases No: C-585/08 and C-144/09,
https://eur-lex.europa.eu/legal content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CA0585&qid=1714399016153.

وبالتعليق على ذلك يمكن اعتبار موقع الويب المكتوب باللغة الإنجليزية بمثابة توجيه لجميع البلدان نظراً للقبول العالمي للغة الإنجليزية كلغة دولية، فقد يعتبر استخدام اللغة الإنجليزية في موقع ويب دليلاً على نشاط استهداف تقوم به شركة ما في أي دولة ناطقة باللغة الإنجليزية، لكن هذا القول غير عادل ويمكن أن يعرض الشركات لخطر كبير يتمثل في إحالتهم لأي محاكم في جميع أنحاء العالم، كما وأن مترجمي اللغات مثل (Translator Google) قد مكنت الشخص الذي يتسوق عبر الإنترنت من فهم محتوى السلع أو الخدمات التي تقدمها شركة من أي دولة أجنبية أخرى دون بذل الكثير من الجهد. مما يعني أن هناك احتمالية أكبر للشركات لإبرام عقد مع مستهلكين غير مرغوب فيهم، نتيجة اعتبارهم من بلدان لم يتم توجيه العرض إليها عمدا، والأمر ذاته ينطبق على العملات، خاصة تلك التي تستخدمها أكثر من دولة، مثل اليورو والدولار .حيث معظم العروض والمعاملات في أوروبا تكون باليورو، وبالتالي يمكن اعتبار العرض باليورو موجهاً إلى جميع البلدان في منطقة اليورو وليس لدولة أوروبية معينة، وبالتالي لا يعد استخدام لغة أو عملة معينة معياراً للملاءمة. مما يوجب على الشركة اتخاذ الخطوات اللازمة، على سبيل المثال من خلال اعتماد تقنيات تحديد الموقع الجغرافي والحجب الجغرافي أو إصدار بيان صريح على موقعها على الإنترنت لتقييد أنشطتها التجارية والتأكد من إبرام العقود مع المستهلكين من الدول التي تهدف إلى التعامل معها. أنظر:

Chen, Zhen: Op. Cit., p 37-38.

[64] Reinhard, Schu: Consumer Protection and Private International Law in Internet Contracts, Arelano Law and Policy Review ,1996, p63 . available at: https://arellanolaw.edu . .20/5/2024.

[65] أخذت اتفاقية روما في المادة (1/4): " إلى الحد الذي لم يتم فيه اختيار القانون المنطبق على العقد وفقًا للمادة 3، يخضع العقد لقانون البلد الذي يرتبط به ارتباطًا وثيقًا ".

أكدت لائحة روما بنص المادة (1/4): "أن القانون الذي يحكم العقد في حال لم يتم اختيار من جانب الأطراف وفق المادة الثالثة فإن القانون الذي يحكم العقد هو: أ- يحكم عقد بيع السلع قانون الدولة التي فيها مقر الإقامة المعتادة لهذا البائع. ب- في عقود توريد الخدمات يحكم العقد قانون الدولة التي فيها مقر الإقامة المعتادة لمقدم الخدمة".

في حين بينت الفقرة الثانية من ذات المادة بأن الرابط الأكثر صلة بالعقد هو قانون الدولة التي سيتم تنفيذ الالتزام المميز فيها: " يفترض أن العقد يرتبط ارتباطا وثيقا بالدولة التي يكون فيها للطرف الذي ينفذ الأداء المميز للعقد، وقت إبرام العقد، مكان إقامته المعتاد، أو، في حالة هيئة اعتبارية أو غير اعتبارية، إدارته المركزية. ومع ذلك، إذا تم إبرام العقد في سياق حرفة أو مهنة ذلك الطرف، فيجب أن يكون ذلك البلد هو البلد الذي يقع فيه مكان العمل

فيه المورد الملتزم بالأداء الجوهري والهام في الرابطة العقدية المسمى بمكان الأداء المميز[66]، فيعد قانون البلد الذي يقيم فيه البائع الملتزم بتسليم المبيع بعقد بيع البضائع، وقانون البلد الذي يقيم فيه مزود الخدمة مكان الأداء المميز، على أساس أن هذه الاداءات تعبر عن مركز الثقل الاقتصادي في الرابطة العقدية دون وجود أي اعتبار لمكان الملتزم بالأداء النقدي كمركز ثقل في العقد.

بالرغم من اعتبار ضابط الأداء المميز من الضوابط المرنة الي يمكن بموجبها البحث عن القانون الملائم لكل عقد حسب طبيعته [67]، إلا أنه يثير العديد من الصعوبات، فلا يستطيع الأطراف معرفة مضمون القانون الذي يحكم العقد قبل تمكن القاضي من معرفة الإقليم الذي يتحدد فيه الأداء المميز حسب نوع كل عقد [68]، كما وأن هذا الضابط يخدم مصالح المهني والذي يمثل الطرف القوي في العلاقة، حيث يكون أكثر علما بطبيعة القوانين التي ستطبق على العقد، دون الاهتمام بتوفير هذا القانون الحماية الكافية للمستهلك [69]، وبالتالي لا يمكن معالجة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية الالكترونية بالاقتصار على هذا الضابط عند غياب قانون الإرادة، وعند عدم تحقق شروط نص المادة (4) من اتفاقية روما نظرا للصعوبات المذكورة. [70]

بعد عجز قواعد الاسناد التقليدية في إعطاء الحماية للمستهلك في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية، يظهر مما تقدم أن هدف المشرع من وضع القواعد الحمائية هو تحقيق أكبر حماية ممكنة للمستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العقد، ولذلك توجهت الباحثة نحو العمل وفقا للضوابط التي جاءت بها اتفاقية روما لتحقيق المرونة المطلوبة في توفير العدالة اللازمة، حيث تهدف هذه الضوابط إلى تشجيع المستهلكين في التعامل بالتجارة الدولية الالكترونية، بعيدا عن وجود حالات التحايل والغش في القانون المطبق على العقد، وضمانا للحد الأدنى من الحماية المقررة للمستهلك.[71]

الرئيسي أو، حيث يتم التنفيذ بموجب شروط العقد من خلال مكان عمل آخر غير مكان العمل الرئيسي، البلد الذي يقع فيه مكان العمل الآخر". وأكدت على ذلك لائحة روما في المادة (4).

[66] يمكن تفسير مصطلح الأداء المميز بأنه: الأداء الفعال والظاهر في العقد، ويكون عادة موطن أو مكان الإقامة المعتادة للمورد. أنظر: خليل، خالد: مرجع سابق، ص 153.

تبنت فرنسا ضابط الأداء المميز في حكم لمحكمة استئناف جرينوبل الصادر في 31 سبتمبر 1995 عند النظر بعقد بيع بين شركة إيطالية يوجد مركزها الرئيس في إيطاليا ومشتري فرنسي، حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الإيطالي بصفته قانون المدين بالأداء المميز في العقد. مشار لدى: المرجع السابق، ص 156.

كما وأخذ بضابط الأداء المميز القانون الدولي الخاص السويسري 1987 م نصت المادة (1/117): "يحكم العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بأوثق الروابط"، ثم جاءت الفقرة الثانية من ذات المادة لتعطي توضيحاً لمعرفة أكثر القوانين اتصالاً بالعقد ونصت أنه "... وتعد هذه الروابط موجودة في الدولة التي توجد فيها الإقامة العادية للطرف الذي يجب عليه تقديم الأداء المميز، أو التي يوجد بها مقره إذا كان العقد قد أبرم في إطار ممارسة النشاط المهني لهذا الشخص".

[67] ناصف، حسام: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، القاهرة، درا النهضة العربية، 2004، ص 54.

[68] Howells, G: Op. Cit., p 56-58.

[69] خليل، خالد: مرجع سابق، ص 161.

[70] استصعب البعض إعمال ضابط الأداء المميز في العقود المركبة وعقود الخدمات الرقمية. أنظر: الهواري، أحمد: مرجع سابق، ص 150.

نصت اتفاقية روما في المادة (5/4): "لا تطبق أحكام الفقرة السابقة، إذا تعذر تحديد الأداء المميز، وتبين من الظروف أن العقد يرتبط ارتباطا وثيقا ببلد اخر"

[71] خليل، خالد: مرجع سابق، ص 176، 199.

الخاتمة

بالرغم من تميز المعاملات الاستهلاكية عبر الانترنت بالسهولة والسرعة مقارنة بالمعاملات التقليدية، إلا أن هذا التطور استند على التشريعات التقليدية النافذة، والتي لا تصلح لمعالجة العديد من جوانب التجارة الالكترونية عموما وعقود الاستهلاك الالكترونية بشكل خاص.

ناقشت هذه الدراسة قواعد الاسناد المتعلقة بالقانون الواجب تطبيقه على عقود الاستهلاك الالكترونية عبر الحدود، حيث توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات، وهي كما يلي:

أولا: النتائج

1. تتخذ عقود الاستهلاك طبيعة خاصة، فهي عقود تجري بين مهني يمتلك تفوقا فنيا وقانونيا واقتصاديا، ومستهلك يسعى لتلبية حاجاته الشخصية والعائلية دون تحقق التوازن في القوى بينهما.
2. أدى اختلاف الفقهاء في تعريف المستهلك لانقسامهم إلى اتجاهين، فاعتمد البعض على المعنى الواسع للمستهلك، بينما اخرون بتضييق النطاق في هذا الصدد.
3. أطلق المشرع الفلسطيني النص في تعريفه للمستهلك، فاعتبر المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد بعيدا عن مهنته.
4. يعد المعيار القانوني الواسع وسيلة فعال لتحديد الطابع الدولي لعقود الاستهلاك الالكترونية، حيث يعتبر اختلاف موطن الأطراف كافيا لتحقق العنصر الأجنبي.
5. يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من الضوابط الأساسية التي تحكم العقود الوطنية والدولية، الذي يسمح للأطراف الاتفاق صراحة أو ضمنا على اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاعات في عقود الاستهلاك الالكترونية الدولية.
6. نظرا لوجود طرف ضعيف في عقد الاستهلاك، فإن العديد من التشريعات الوطنية والدولية فرضت قيودا على مبدأ سلطان الإرادة لحماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك.
7. لا تصلح ضوابط الإسناد الجامدة مثل ضابط الموطن المشترك وضابط مكان إبرام العقد لحل منازعات المستهلكين الالكترونية في حال عدم وجود ضابط الإرادة، نظرا لصعوبة تطبيقها ولعدم تحقيقها الحماية المناسبة للطرف الضعيف في عقد الاستهلاك الالكتروني الدولي.
8. يعد ضابط موطن المستهلك أو محل اقامته المعتادة الضابط الأكثر فعالية في توفير الحماية اللازمة للمستهلك، لما يوفر للمستهلك العديد من الامتيازات الهامة، عند دمجه مع الضوابط الأخرى.

ثانيا: التوصيات

1. ينبغي على المشرع الفلسطيني أن يعمل على تعزيز المنظومة التشريعية من خلال إدراج قوانين خاصة تنظم القانون الواجب تطبيقه على العقود الإلكترونية عامة وعقود الاستهلاك بشكل خاص.
2. أوصي المشرع الفلسطيني بإصدار القوانين التي توفر حماية أكبر للمستهلك في مجال التجارة الالكترونية.

3. في سبيل تحقيق أكبر قدر من الحماية للمستهلك بشكل عام والمستهلك الالكتروني بشكل خاص، أوصي المشرع بتنظيم ضابط موطن المستهلك أو محل إقامته المعتادة كضابط إسناد، وفقا للنص الاتي:

"تخضع العقود المتعلقة بشراء المستهلك للسلع والخدمات لأغراض غير تجارية:

1. للقانون المختار من قبل الأطراف، مع مراعاة الحد الأدنى للحماية المقررة للمستهلك بموجب القواعد الإلزامية في قانون محل إقامته المعتادة.
2. في حال عدم وجود اختيار صريح أو ضمني من قبل الأطراف، فيطبق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك إذا تبين من ظروف التعاقد بأن العقد أبرم نتيجة استهداف المهني بنشاطه محل إقامة المستهلك بأي وسيلة.
3. إذا لم يتحقق الشرط الوارد في الفقرة الثانية، ينبغي تطبيق القانون الأكثر صلة بالعقد، وإذا تعددت، فيطبق قانون مكان تنفيذ المهني لالتزامه".

المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1. قانون حماية المستهلك رقم (21)، سنة 2005.
2. قانون أصول المحاكمات المدنية التجارية، رقم (2)، سنة 2001.
3. قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3)، سنة 2000.
4. قرار بقانون رقم (15)، سنة 2017 بشأن المعاملات الالكترونية.
5. مشروع قانون حماية المستهلك، سنة 2016.
6. مشروع القانون المدني الفلسطيني، 2005.
7. القانون المدني الأردني، رقم (43)، سنة 1976.
8. قانون حماية المستهلك اللبناني، رقم (659)، سنة 2005.
9. القانون الدولي الخاص السويسري، سنة 1987.
10. مبادئ اليونيدروا، 2010.
11. اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، 1980.
12. لائحة روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، في التوجه الأوروبي رقم (2008/593).
13. اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية، سنة 1986.
14. اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، سنة 1964.
15. التوجه الاوروبي المتعلق بشأن حقوق المستهلك، رقم (83)، 2011.
16. التوجه الاوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، رقم (31)، 2000.
17. التوجه الأوروبي لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، 1997.

ثانيا: المراجع

1. المراجع العربية

أ. الكتب

1. أبو الهيجاء، محمد: عقود التجارة الالكترونية، عمان، دار الثقافة، 2005.
2. الجواري، سلطان: عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، ط1، بيروت، منشورات الحلبي، 2010.
3. الحسني، محمد: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 2013.
4. الرفاعي، بدران: عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، مصر، دار شتات للنشر، 2011.
5. الشرقاوي، محمود: العقود التجارية الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية،1992.

6. الشندي، يوسف: التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) سنة 2000، ط2، جامعة بيرزيت، سلسلة المناهج الدراسية،2015.
7. المطالقة، محمد: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، ط3، دار الثقافة للنشر، 2011.
8. الهواري، أحمد: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.
9. دواس، أمين: شرح مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية، ط2، الجزء 1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.
10. دواس، أمين: تنازع القوانين في فلسطين، رام الله، دار الشروق، 2014.
11. صادق، هشام: دروس في تنازع القوانين، بيروت، الدار الجامعية، 1980.
12. صادق، هشام: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي،2001.
13. عبد العال، عكاشة: قانون العمليات المصرفية الدولية، ط1، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1994.
14. عبد العال، عكاشة: الوسيط في تنازع القوانين، ط2، أكاديمية شرطة دبي، 2003.
15. عمران، السيد: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، ط1، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1986.
16. فضل، سليمان: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 2011.
17. معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)، مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني، فلسطين، 2004.
18. ناصر، حمودي: العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر، 2012.
19. ناصف، حسام: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، القاهرة، درا النهضة العربية، 2004.

ب. الأبحاث المنشورة

1. أبو مغلي، مهند. الصرايرة، منصور: القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدوي، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 2، 2014.
2. أمين، دربة: متى يكون العقد دوليا، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، 2016.
3. الشاهد، أحمد: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص والقانون المصري، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، المجلد 105، العدد 516، 2014.
4. الشندي، يوسف: المفهوم القانوني للمستهلك، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 44، 2010.
5. حسين، ذكرى. صبار، نصير: الحماية المدنية من الشروط المألوفة في العقود التجارية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، 2009.

6. حنيفي، فاطيمة: الإطار القانوني للعقد الالكتروني الدولي، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 8، العدد 1، 2022.
7. سويدان، هاشم: القانون الواجب التطبيق على الجوانب الموضوعية للعقد الدولي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، المجلد 15، العدد 2، 2022.
8. عدوي، آية: حقوق المستهلك والتزاماته في عقد الاستهلاك الالكتروني، المجلة العصرية للدراسات القانوني، المجلد 2، العدد 1، 2024.
9. محمد، أشرف: عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 57، 2001.
10. محمد، الطيب: أهمية العقد الدولي في التجارة الدولية والقانون الواجب التطبيق عليه، السودان، إدارة البحوث والتنمية والتطوير، المجلد 10، العدد 21، 2018.
11. ياقوت، محمود: معايير دولية العقد، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، العدد 20، 2000.

ت. الرسائل الجامعية

1. أبو القاسم، أنور: الحماية القانونية للمستهلك في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، السودان، 2017.
2. المعمري، خالد: عقد البيع الدولي المبرم عبر الانترنت، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، مسقط، 2017.
3. بني بكار، إسلام: القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي، رسالة ماجستير، جامعة عمان الاهلية، الأردن، 2019.
4. بو شارب، إيمان: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، 2011.
5. حرب، رند: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في فلسطين، رسالة ماجستير، الجامعة العربية الامريكية، جنين، 2012.
6. خليل، خالد: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2000.
7. عباينة، علاء الدين: القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، عمان، 2004.
8. فلاح: الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011.
9. مرتجى، رامي: الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017.

ث. قواعد البيانات الإلكترونية

- https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en.
- https://www.wicourts.gov/index.jsp
- https://www.unilex.info
- https://www.wipo.int
- http://muqtafi.birzeit.edu/

2. المراجع الأجنبية

1. Chen, Zhen: Internet, consumer contracts and private international law: what constitutes targeting activity test, Information & Communications Technology Law ,2023.
2. C. G. J, Morse: Consumer contracts, employment contracts and the Rome Convention, International & Comparative Law Quarterly, 1992.
3. Hedegaard, Jakob Søren. Wrbka, Stefan: The Notion of Consumer Under EU Legislation and EU Case Law: Between the Poles of Legal Certainty and Flexibility, Legal Certainty in a Contemporary Context, Singapore, 2016.
4. Howells, G: The Impact of Private International Law on e-Commerce on the Internal Market and the Risk of Creating Barriers to Trade, 2001.
5. Giuliano, Mario. And Lagarde, Paul: Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, Rome 1980.
6. Reinhard,Schu: Consumer Protection and Private International Law in Internet Contracts, Arelano Law and Policy Review 8.2,1996.
7. Ruhl, Giesela: Consumer protection in choice of law, Cornell Int'l LJ, 2011.
8. Sophia Tang, Zheng: Private International Law in Consumer Contracts: A European Perspective, Journal of Private International Law ,2010.
9. Waelde, Charlotte: International Private Law, Consumers, and the Net: A Confusing Maze or a Smooth Path Towards a Single European Market, Hart Publishing, 2005.