جامعة المنصورة
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص

الاختصاص القضائيّ الدّوليّ بمنازعات المعاملات المصرفيّة الإلكترونية

"دراسة مقارنة"

بحث مقدم كجزء من متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق

إعداد الطالب
مصطفى عطية إبراهيم التميمي

بإشراف
الأستاذ الدكتور
رشا علي الدين
أستاذ ورئيس قسم القانون الدّوليّ الخاص
كلية الحقوق – جامعة المنصورة

١٤٤٣هـ ٢٠٢٢م

المقدمة

إنّ انتشار المعاملات المصرفيّة الإلكترونيّة عبر شبكة الانترنت أدّى الى زيادة الكثير من المشكلات القانونيّة التي تكون متعلقة بهذا النوع من المعاملات، ومن أهم هذه المسائل تحديد الاختصاص القضائيّ الدوليّ بالمنازعات التي تنشأ عنها، عبر معرفة الضوابط والقواعد التي تساعد بالكشف عن تحديد المحكمة المختصة التي تنظر بالنزاع، ولاسيما أنّ أغلب الضوابط في تحديد الاختصاص يوجد لها طابع مكاني مثل تنفيذ العقد ومكان إبرامه والموطن، وهو ما يكون متعارضا مع الخصوصية للمعاملات المصرفيّة الإلكترونية التي ترفض التّعامل بكل ما يكون ملموسا وماديّا.

إنّ زيادة التعاملات بالمعاملات المصرفية الإلكترونية ادى الى ظهور مثل هذه النّزاعات والخلافات بين الأطراف الى عدم الوجود الماديّ عند إبرام العقد، ففي أغلب الأحيان يكون الأطراف موجودين في دول تكون مختلفة، ويقومون بتنفيذ هذه االلتزامات إلكترونياً عبر الحدود الجغرافية للدولة، ونظراً لهذه العلاقات التي تحدث بين الأطراف المتباعدة جغرافياً، واستعمالهم لوسيلة مفتوحة عبر العالم، الأمر الذي يجعل العلاقات مفتوحة لتنازع الاختصاص القضائيّ الدّوليّ للنّظر في هذه المنازعات، وهذا يجعل من الصعوبة تحديد الجهة القضائيّة التي تفصل في النّزاع القائم بينهما، فالأطراف المتعاقدون يتعيّن عليهم البحث عن الجهة القضائيّة التي تختص بالنّظر في الخلاف الذي يحدث في العقد من بين محاكم الدول التي يكون لها صلة بالعقد، مما يعرض مسألة التنازع الاختصاص القضائيّ، وبالنتيجة يفرض تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع[1].

إنّ المعاملات المصرفيّة الإلكترونيّة تتم بين المؤسسة المالية او المصرف والزبون عبر الوسائط الإلكترونيّة من غير حضور الزبون للمصرف للقيام بالمعاملة، وقد يكون العميل في ذات الدولة التي بها مقر المصرف، وفي هذه الحالة اذا كان هناك نزاع بين المصرف والعميل، فإنّ القانون الواجب التطبيق لا يكون حوله اشكال؛ لأنّ المنازعة تخضع للقانون الوطنيّ للطرفين

---

[1] د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة االلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص323.

المتعاقدين، لكن قد يقوم الزبون بالتعاقد إلكترونياً مع المصرف من أي مكان على تراب الوطن؛ وذلك لأنّ المعاملة إلكترونية، وهذا ما يثير التساؤل عن المحكمة المختصة للنظر في النزاع[٢].

وقد تكون المعاملة المصرفية الالكترونيّة خارجيّة، أي إنّ العميل والمصرف يقيمان في دولتين مختلفتين، وفي حالة النزاع عند تنفيذ هذه المعاملة، نكون أمام حالة تنازع الاختصاص القضائيّ الدوليّ، كما أنّه نكون أمام حالة تنازع القوانين، ومن هنا يثير تساؤل بشأن القضاء المختص للفصل في نزاع المعاملات المصرفيّة الإلكترونيّة.

- أهمية الدّراسة:

ترجع أهمية موضوع البحث من الناحية العملية الى انتشار التعامل عبر شبكة الأنترنت ونزايد المنازعات الناجمة عن هذه المعاملات، مما يقتضي التعرف على المحاكم المختصة بنظر هذه المنازعات، عن طريق كيفية تطبيق ضوابط الاختصاص الدّوليّ طابع مكاني مثل الموطن ومكان ونشأة الالتزام، وهو ما يتعارض مع الطابع المكاني للمعاملات المصرفية الإلكترونيّة، لذلك سنحاول عرض المحاولات لتحديد الأماكن في العالم الإلكترونيّ، من أجل مساعدة مستخدمي الأنترنت على تحديد المحكمة المختصة التي قد يلجأون اليها عن النزاع.

- منهج الدّراسة:

تقوم منهجية الدراسة على منهج البحث العلمي تحليلي مقارن في عرض الإفكار وبيان مواقف القوانين الوطنية المقارنة من ضوابط تحديد الاختصاص القضائيّ الدّوليّ.

- مشكلة الدّراسة:

نظرا لما تعرفه المعاملات الدّوليّة الإلكترونيّة من تطور، فمن البديهي أن تظهر المنازعات في المعاملات المصرفيّة الإلكترونيّة التي يجب استقبالها بقواعد قانونيّة منظمة تنظيما جيدا، كما هو الحال في العالم غير الإلكترونيّ، غير أنّه في ظل غياب هذه القواعد يبقى الحلّ المعمول به هو إعمال الضوابط التقليديّة للاختصاص القضائيّ الدّوليّ على المنازعات الإلكترونيّة، وعليه فإنّ هذا الموضوع يثير العديد من الإشكاليات التي يمكن صياغتها في إشكالية مركزيّة على

---

[٢] د. صليح بونفلة، النظام القانوني للعمليات المصرفية الالكترونية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ماي قالمة، 2019، ص330.

النحو الآتي: استيعاب الضوابط التّقليديّة في الاختصاص القضائيّ الدّوليّ لمنازعات المعاملات الإلكترونيّة؟

- خطة الدّراسة:

سنقوم بتقسيم دراستنا الى مبحثين: البحث الأوّل نتعرض فيه لضوابط العامة للاختصاص القضائيّ الدّوليّ بمنازعات المعاملات المصرفيّة الإلكترونيّة، والمبحث الثاني الضوابط الإراديّة للاختصاص القضائيّ الدّوليّ بمنازعات المعاملات المصرفيّة الإلكترونيّة، وعلى النحو الآتي:

المبحث الأوّل: الضوابط العامة في تحديد الاختصاص القضائيّ الدّوليّ بمنازعات المعاملات المصرفية الإلكترونيّة.

المطلب الأوّل: الاختصاص القضائيّ القائم على الضوابط الشّخصيّة

المطلب الثاني: الاختصاص القضائيّ القائم على الضوابط الموضوعيّة

المبحث الثاني: الضوابط الاختيارية في تحديد الاختصاص القضائيّ الدّوليّ بمنازعات المعاملات المصرفيّة الإلكترونيّة.

المطلب الأوّل: ماهية الخضوع الاختياري.

المطلب الثاني: دور الخضوع الاختياري في منازعات المعاملات المصرفيّة الإلكترونيّة.

المبحث الأوّل

الضوابط العامة في تحديد الاختصاص القضائيّ الدّوليّ بمنازعات المعاملات المصرفيّة الإلكترونيّة

تمهيد وتقسيم:

أغلبية الدّول تتفق على تحديد الاختصاص القضائيّ الدّوليّ في ظلّ عدم وجود اتفاق صريح للأطراف المتعاقدة، على اختيار الجهة القضائيّة المختصة وفق معايير منها اختصاص محكمة محل إقامة المدعي عليه أو موطن المدعي عليه، ومكان تنفيذ التزام العقد او مكان ابرام العقد، بالإضافة الى تحديد المحكمة المختصة، وجنسية الطرفين المتعاقدين لتحديد الروابط القانونيّة بينهم، وهذه تعدّ القاعدة العامة للاختصاص الدّوليّ للمحاكم، كما هو المستقر في القانون الدّوليّ والقوانين الدّاخليّة[٣].

كل دولة تعمل على تنظيم قواعد الاختصاص على إقليمها بحسب القوانين المنظمة لهذا الحال في الدّاخل، فإنّ أغلب الأنظمة القانونيّة للاختصاص تتطلب محاكم الدّولة بالنّزاع على وجود نقاط اتصال او ارتباط بين العقد والدّولة المعنية، كما يجري تنفيذ العقد او ابرامه على اقليمها او يكون أحد الاطراف المتعاقدين له وجود قانوني على هذا الإقليم، ومن ذلك يظهر أنّ المبدأ السائد هو يتعلق بتحديد الاختصاص للمحاكم هو الوجود المادي للأشخاص او الأشياء التي تكون دائرة للاختصاص المحكمة المعنية التي تنظر بالنزاع[٤]. والتساؤل يثير بشأن مدى ملائمة كل من الضوابط الشخصية والضوابط الموضوعيّة في تحديد الاختصاص القضائيّ الدّوليّ بمنازعات المعاملات المصرفيّة الإلكترونيّة، سنتناول في هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأوّل: الاختصاص القضائيّ الدّوليّ القائم على الضوابط الشخصيّة.

المطلب الثاني: الاختصاص القضائيّ الدّوليّ القائم على الضوابط الموضوعيّة.

---

[٣] د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الالكتروني السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص70.

[٤] د. احمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2003، ص9.

المطلب الأوّل

الاختصاص القضائي القائم على الضوابط الشخصيّة

تمهيد وتقسيم:

أغلب التّشريعات تتشابه في تنظيمها للاختصاص القضائيّ لمحاكمها، غير أنّها اختلفت من حيث تنظيم موضوع الاختصاص القضائيّ الدّوليّ، ففي الوقت الذي سارعت بعض التشريعات إلى تنظيم الاختصاص الدّوليّ لمحاكمها كالتشريع الفرنسي عن طريق المادتين (14) و (15) من قانون المسطرة المدنية، نجد بعض التشريعات سكتت عن تنظيم هذا المجال ودفعت القضاء إلى تمديد قواعد الاختصاص المحلي لتحديد الاختصاص القضائيّ الدوليّ كالتشريع المغربيّ، وهذه القواعد لا تجيب في غالب الأحيان عن المشاكل القانونية المرتبطة بمنازعات المعاملات الإلكترونية. ومن بين أهم الضوابط العامة لتحديد الاختصاص القضائي الدولي المعروفة في القانون المقارن اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه.

وقد أخذت بهذا المبدأ العديد من الدول لعدة اعتبارات تتجلى أهمها في أنه لكي يكون الحكم ساريا على المدعى عليه وملزما له يجب أن يصدر من محاكم دولة لها الولاية عليه، وإلا كان تنفيذه غير ممكن ومن أسباب هذه الولاية كون الشخص من رعايا الدولة، أو مستوطنا فيها أو على الأقل مقيما أو موجودا بأرضها أو خضع باختياره لقضائها[٥].

ومع ذلك يجب الوقوف عند هذا الضابط في مجال المنازعات الإلكترونية نظرا للعديد من الصعوبات التي يمكن أن تواجه المدعي عند رفع دعواه، مثل صعوبة بل استحالة تحديد موطن أو محل إقامة المدعى عليه، سنتناول هذا المطلب على النحو الآتي:

الفرع الأوّل: ضابط جنسية المدعى عليه في منازعات المعاملات المصرفية اللكترونية.

الفرع الثاني: ضابط موطن المدعى عليه في منازعات المعاملات المصرفية اللكترونية.

---

[٥] د. فؤاد عبد المنعم رياض، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1995، ص304.

الفرع الأوّل

ضابط جنسية المدعى عليه في منازعات المعاملات المصرفية الإلكترونيّة

ينعقد الاختصاص القضائي وفقا لهذا الضابط لمحكمة الدولة التي ينتمي اليها المدعى عليه بجنسيته، وهو يكون ضابطا شخصيا، ولا يكون إقليميا مبنيا على صفة الشخص والدولة التي ينتمي اليها، ويتمتع بجنسيتها من غير الأخذ بالإقليم، فإنّ هذا الضابط يكون مبنيا على فكرة قانونية مؤداها الحق للدولة في نظر النزاع الذي يكون خاصا برعاياها، كما إنّ هذا الضابط يكون عاما لا يقتصر على طائفة معينة من النزاعات من دون غيرها[٦].

فإنّ الكثير من التشريعات تأخذ بجنسية المدعى عليه، نصت المادة ٢٨ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية المصري على أنّ "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن او محل اقامة في الجمهورية " هذا يعني انه يكفي لعقد الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية على ان يكون المدعى عليه مصرياً، ولو إنّ لم يكن له محل إقامة في مصر او موطن، يعاب على هذا المعيار انه قد يكبد المواطن المصري الذي يكون مقيما بالخارج نفقات كبيرة، ولاسيما فيما يتعلق بالدعاوى التي تكون كيدية بالأساس، فوفقا لهذا النص نرى أن المشرع اكتفى بمجرد ان يكون الشخص قد يتمتع بالجنسية المصرية للعقد[٧].

والاختصاص القضائي لمحاكم الجمهورية سواء معنويا كان هذا الشخص أو طبيعيا، ولم ينص المشرع على أي ضابط يتعلق بالمدعي، وإنّ هذه القاعدة عامة في الاختصاص القضائي الدولي، فغالبا ما تشير محكمة جنسية المدعى عليه بأنّ تكون محكمة جنسية المدعى عليه او محكمة القاضي [٨]. أما المشرع العراقي فإنّه أخذ بضابط الجنسية في المادة (14) من القانون المدني العراقي التي نصت على أن " يقاضي العراقي امام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من الحقوق حتى ما نشأ منها في الخارج"[٩].

---

[٦] د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1972، ص27.

[٧] د. فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص438.

[٨] د. بدر الدين منعم شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، 1990، ص69.

[٩] القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

أما فيما يخص الاستناد الى ضابط جنسية المدعى عليه حتى يتم تحديد الاختصاص القضائي الدّوليّ للمحاكم الوطنية فلم يتبناه الا المشرع الفرنسي، فقد اعطى للمحاكم الفرنسية السلطة في الفصل بالدعوى التي يرفعها الفرنسي على الأجنبي وإن لم يكن مقيما في فرنسا لتنفيذ االلتزامات التي تم عقدها مع الفرنسي او فيما يتعلق باالتزامات التي تم عقدها في الخارج مع الفرنسيين[١٠].

إنّ التنظيم الدولي للمعاملات االلكترونية يتضح بشكل لا لبس فيه بأنّ هناك نوعا من عدم الاكتراث بضابط الجنسية بالنسبة للمواقع االلكترونية، ففي اتفاقية استخدام الخطابات االلكترونية في العقود الدولية لعام2005، الصادرة عن لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة (الاونسيترال)[١١] نلاحظ أن المادة (14) من الاتفاقية تفرض على المواقع االلكترونية التي تتم بطرح العروض على شبكة الانترنت بيان الموقع الجغرافي الفعلي لها والقصد من ذلك بيان الموقع المادي للمستخدمين او القائمين على المواقع، من غير أن ترد أي إشارة في الاتفاقية الى (جنسية) الموقع او الاشخاص القائمين عليه ولا المكان المادي لتأسيس الموقع، وذلك يشير الى عدم امكانية الجزم بجنسية الموقع االلكتروني بدقة[١٢].

يرى الباحث من الصعوبة الاعتماد على ضابط الجنسية في تحديد الاختصاص القضائي في المنازعات التي تنشأ عن المعاملات المصرفية االلكترونية؛ لأنّه لا يعبر عن اية رابطة تكون جدية بين النزاع وبين الدول التي تقوم محاكمها للنظر في النزاع من جهة ومن جهة اخر ان الجنسية تشهد تراجعا كبيرا في معاملات التجارة الدّوليّة التي تنعقد عبر شبكة الانترنت في الوقت الحاضر.

---

[١٠] اذ تنص المادة (15) من القانون المدني الفرنسي على انه (يمكن رفع الدعوى امام المحاكم الفرنسية على الاجنبي، ولو لم يكن مقيما في فرنسا، لتنفيذ االلتزامات التي عقدها في فرنسا مع فرنسي كما يمكن مقاضاته امام فرنسا من اجل االلتزامات التي عقدها في بلد اجنبي مع فرنسيين).

[١١] اتفاقية استخدام الخطابات االلكترونية في العقود الدولية لعام 2005 للاطلاع على الموقع االلكتروني https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications

تاريخ الزيارة 14/10/2021 الساعة 7:30ليلاً

[١٢] د. حسام اسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة االلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2008، ص50_51

الفرع الثاني

ضابط موطن المدعى عليه في منازعات المعاملات المصرفية الإلكترونيّة

إنّ الكثير من التشريعات تأخذ بالارتباط الذي يكون بين الشخص والإقليم، فالمادة (29) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري تنص على أن: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن او محل اقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج"[١٣]، وكذلك الفقرة (أ) من المادة (15) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه: "يقاضي الاجنبي امام المحاكم العراق في الاحوال الاتية :(أ) اذا وجد في العراق"[١٤]، يلاحظ من هذه النصوص ان المشرع المصري يتفق مع المشرع العراقي متى كان المدعي موجود في الدولة، الا انه يخرج من ذلك نطاق الاختصاص الدعاوى العقارية التي تكون متعلقة بعقار كائن في الخارج[١٥].

إنّ أمر تفسير الموطن يكون متعلقاً بالقاعدة الوطنية، التي يلزم بشأن تفسيرها الرجوع الى قانون القاضي الذي عرض النزاع امامه. سنتطرق في هذا الفرع الى تحديد الموطن وأنواعه، ومحل الاقامة، وذلك على النحو الآتي:

أوّلاً: تعريف الموطن وأنواعه في مجال الاختصاص القضائي الدولي:

نعرض في هذه النقطة تعريف الموطن مع بيان أهميته، وبعد ذلك نعرض أنواعه، وعلى النحو الآتي:

1- تعريف الموطن:

المقصود بالموطن هنا الموطن بصورتيه الحكمي والوقعي، وله أهمية كبيرة من الناحية القانونية، فيكتسب أهمية كبيرة في القانون الدولي الخاص، فلمعرفة الموطن أثر مهم، ولاسيما اذا تعلق بوضع الأجانب في الدولة، فتختص المحاكم المصرية بالدعاوى التي تقام على الأجنبي الذي أخذ من مصر مكانا لإقامته التي تكون فعلية بنية الإقامة، وأيضا تختص المحاكم المصرية

---

[١٣] قانون المرافعات الدنية والتجارية الصري رقم(13) لسنة 1968 المعدل.

[١٤] القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

[١٥] د. ناصر عثمان محمد عثمان، الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات الدولية الخاصة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م، ص30.

بالدعاوى التي ترفع على المحجور عليهم والقصر اذا كانت مصر موطناً يكون عاماً لهؤلاء الاشخاص، متى كان الشخص النائب عنهم مقيما في مصر على سبيل الاستمرار والدوام. وعلى صعيد آخر لا يمكن اللجوء للموطن الخاص حتى يتم التأكد بأن الأجنبي المدعى عليه لم يقم باتخاذ مصر محلا لإقامته او موطناً له[١٦]. فقد نصت المادة ١/٣٠ من قانون الاجراءات المدنية والتجارية المصري على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الاجنبي الذي ليس له موطن او محل اقامة في الجمهورية وذلك في الاحوال الآتية: اذا كان له في الجمهورية موطن مختار"[١٧]. اما فيما يخص القانون العراقي فقد نصت المادة (٤٢) من القانون المدني ان" الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة او مؤقتة، ويجوز ان يكون للشخص اكثر من موطن واحد"[١٨].

كما أن الموطن يعد ضابطا للاختصاص القضائي في الاتفاقيات الدولية، منها: اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي 1983، والتي نصت في المادة (٢٨) الفقرة (أ) على أنه:" اذا كان موطن المدعى عليه او محل اقامته وقت النظر في الدعوى (افتتاح الدعوى) في اقليم ذلك الطرف المتعاقد"[١٩].

2- أنواع الموطن:

إنّ للشخص يكون له الحرية الكاملة في الاختيار للموطن الذي يريده، كذلك تكون له الحرية في تغير موطنه الى موطن آخر، او أن يأخذ لنفسه الكثير من المواطن، إلا أنّه يوجد مواطن خاصة تم فرضها في القانون او اجازها اتفاقا، سنتناول هذا على النّحو الآتي:

1- الموطن المختار: هو المكان الذي يتم اختياره عن طريق شخص لتنفيذ عمل قانوني بعينه، وعلى ذلك فإنّ الموطن المختار يعطي الاختصاص للمحاكم المصرية، فيما يكون متعلقا

---

[١٦] د. رشا علي الدين، النظام القانوني لحماية عنوان الموقع الالكتروني: دراسة على ضوء قواعد تنازع القوانين، كلية الحقوق- جامعة المنصورة، العدد(٦٧)، 2018، ص 462.

[١٧] قانون المرافعات الدنية والتجارية المصري رقم(13) لسنة 1968م المعدل.

[١٨] القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م.

[١٩] نص اتفاقية الرياض للتعاون القضائي 1983، من الشبكة الدولية للمعلومات الانترنت:
https://adala.justice.gov.ma/production/conventions/ar/conv_arabe/ca_entraide_judiciaire.htm
أخر زيارة بتاريخ 2021 \ 6 \ 11 الجمعة، الساعة 11::48م

لمنازعات التي تنشأ بخصوص التصرف الذي تم تعينه للتنفيذ في مصر، فالمشرع المصري عمل على تقييد أعمال الموطن المختار حتى يكون ضابطا من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية في عدم أخذ الأجنبي مصر محل اقامة جديد، فالأساس في القضاء المصري أن ثبوت الاختصاص بالفصل في المنازعات التي يكون طابعها دوليا، وهي قاعدة محل اقامة المدعى عليه [١].

2_ موطن الأعمال: اذا وجد للمدعى عليه موطن عام في مصر، فإنه يكفي بعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بشأن الدعاوى التي يتم رفعها عليه، وذلك وفقا للمادة(41) من القانون المصري التي تنص على أن: "يعد المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة او حرفة موطناً بالنسبة الى ادارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة او الحرفة"[٢]، وكذلك المحاكم العراقية وفقاً للمادة للمادة (44) من القانون المدني العراقي التي جاءت بالمعنى نفسه.

3_الموطن الحكمي او القانوني: توجد طائفة من الأشخاص يكونون مقيمين في مكان، لكن يوجد مكان آخر يعد موطناً لهم، فهؤلاء الأشخاص لا يتمكنون من مباشرة حياتهم القانونية لوجود يمنعهم من ذلك، ولابد ان يباشروا أعمالهم القانونية عن طريق شخص آخر، ويطلق عليه اسم الموطن بفعل القانون في الفقه الانجلو أمريكي، فموطن من يكون نائبا عن المحجوز عليه والقصر والغائب والمفقود يكون موطناً لهؤلاء، فرعاية مصلحة الأشخاص عديمي الأهليّة أو ناقصيها، وكذلك الغائب والمفقود تبرر عقد الاختصاص بالدعاوى التي ترفع، فقرر ذلك صراحة في المادة (42) الفقرة (2) من القانون المدني المصري، والمادة (43) الفقرة (2) من القانون المدني العراقي، القانون اجاز للقصر من بلغوا ثماني عشرة سنة (ومن في حكمها) ان يباشروا نشاطا او تصرفا، فيكون ذلك موطنه الفعلي، ولا يكون موطن نائبه، موطن يكون خاصا للأعمال والتصرفات التي يحتسبها القانون أهلا لمباشرتها، فالدعاوى التي ترفع على القاصرين والتي

---

[١] د. رشا علي الدين، مرجع سابق، ص٤٦٢.

[٢] د . أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة،2010، ص122.

تكون متعلقة بهذه التصرفات والأعمال تكون من اختصاص المحكمة التي يكون الكائن في دائرتها موطنه الفعلي[1].

ثانياً: محل الإقامة:

في واقع الأمر هناك صعوبة في ايجاد حدود تكون واضحة بين محل الاقامة والموطن نظرا للتدخل في التعريفات فيما بينها في الكثير من التشريعات، فالموطن هو المكان الذي يقيم فيه الانسان ومحل الإقامة أيضا، قد يقيم الشخص في الدولة التي نشأ فيها، او قد يكون في دولة أخرى يعمل فيها، وينقسم العالم على مجموعتين في اعتمادها على تعيين الموطن، تحدد الأولى أن هذه الأسس تعتمد على محل الاقامة، والثانية تقوم بتحديدها بالمركز الإدارة الرئيس أو بمقر الأعمال، وبالرغم من ذلك من الممكن أن يتم تحديد محل الإقامة ومقر العمل، فيكونان شيئا واحدا بالنسبة للشخص الأجنبي، او قد يختلفان، فيكونا شيئين منفصلين او مختلفين، ومن الممكن أن تتداخل الحدود فيما بينها او تتلاشى، ومن الممكن أن يتم تعيين الموطن عن طريق محل الاقامة، فيسمى بالتصور الواقعي، و يعتمد ذلك على التصوير الواقعي للموطن، فيكون ذلك من تقييم الموطن عبر الواقع العملي، فالدولة التي يوجد فيها محل إقامة الشخص تمثل دولة موطنه، وقد أخذت بذلك التشريعات الأجنبية، كما أنّه أخذت به التشريعات العربية، ومنها التشريع العراقي، والتشريع المصري[2].

يرى الباحث أن التعاقد الذي يكون عبر شبكة الانترنت، لا يكون منسجما بالكامل مع ضوابط قواعد الاختصاص التي تكون ذات طابع إقليمي، فإنّه من الصعوبة تحديد الموطن او محل الاقامة على شبكة الانترنت؛ لأنّ العقد الذي يبرم عبر الوسائل الالكترونية لا يتضمن بالغالب عنوان المتعاقد، وإن وجد فقد يكون غير حقيقي، أو يكون غير دقيق، كما أنّه لا يمكن الأخذ بالعنوان الحقيقي للمتعاقد، في العقود التي يكون تنفيذها عبر شبكة الأنترنت.

---

[1] د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 122 وما بعدها.

[2] ريا سامي سعيد الصفار، دور الموطن في الجنسية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق،2005م، ص24.

المطلب الثاني

الاختصاص القضائي القائم على الضوابط الموضوعية

تمهيد وتقسيم:

الصعوبة في تحديد المحكمة المختصة التي تنظر بالنزاع، وفق الضوابط التي يكون معتمدا عليها بموجب القواعد العامة، فيمكن اللجوء الى ضابطين موضوعين، هذان الضابطان لا ينظران الى أشخاص الخصوم، وإنما يتم تحديدهما بإقليم دولة معينة، سواء الدولة التي كانت يتم فيها ابرام العقد، او الدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد، فإنّهما يمتازان بالخصوصية؛ لأنّها يتعلقان بخصوص الموجب(الالتزام) سواء في تنفيذه ام يكون في مصدره[١].

وقد تضمنت التشريعات والقواعد القانونية التي تنظم المعاملات الالكترونية نصوصا، توضح المكان الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام، وايضا المكان الذي ينشأ فيه الالتزام، وبالنسبة للتنفيذ؛ إذ فرقت بين العقود التي يتم ابرامها على الخط، والعقود التي تنفذ على الخط، وتنفذ خارجه بالوسائل التقليدية التي يكون متعارفا عليها للتنفيذ المادي للالتزام[٢].

يمكن أن يطرح السؤال هنا يخص مكان ابرام العقد المصرفي الالكتروني، هل هو المكان نفسه في العقد التقليدي، ام انه يوجد مكان آخر يختلف عنه؟ ثم السؤال الذي يثأر هل مكان تنفيذ العقد المصرفي الالكتروني هو مكان (المستهلك)، ام إنّه مكان(التاجر)؟ ولذلك ننظر

---

[١] د. حفيظه السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص58.

[٢] د. مايربيار و هوزية فانسان، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمود مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2010 ص316-317.

الى ضابط محل ابرام العقد حينما يكون العقد الذي يبرم بالوسائل الالكترونية عبر شبكة الانترنت الدولية (فرع أوّل) وضابط مكان تنفيذ هذه المجموعة من العقود(فرع ثاني)، وكما يأتي:

الفرع الأوّل: ضابط مكان ابرام العقد في المعاملات المصرفية الالكترونية.

الفرع الثاني: ضابط مكان تنفيذ العقد في المعاملات المصرفية الالكترونية.

الفرع الأوّل

ضابط مكان ابرام العقد في المعاملات المصرفية الإلكترونية

لا تبتعد العقود الالكترونية بمضمونها عن العقود التقليدية وأطرافها، في حين تختلف عنها في آلية الابرام وطريقة التنفيذ، فيكون ذلك الكترونيا عن طريق الانترنت من دون الحاجة الى الوسيط المادي الفعلي للأطراف العقد، ويمكن قبول العقود الالكترونية الكترونيا عبر الانترنت شرط ان يكون كلاهما قد احدثا أثرا قانونيا في ابرام العقد الكترونيا، بالإضافة الى أنّ العقود الالكترونية قائمة في الأساس على مبدأ الرضائية المستندة على مبدأ التوافق الايجاب مع القبول والتلاقي، فاذا غاب التراضي بطل العقد؛ لأنّه الكتروني رضائي، وليس اذعانيا، وإنّ ذلك يحتاج الى إثبات إلكتروني أيضا بالاعتماد على المخرجات الحديثة للتقنية بالإثبات؛ لأنّها عقود تنفذ، وتبرم عبر الانترنت من دون الوجود الفعلي للمتعاقدين في ذات المكان، ما يحتاج الى اثباتها الكترونيا، وهذا الأمر يساعد، ويشجع على ازدهار التعاقدات الالكترونية بالنظر الى سهولة وسرعة انجازها واثباتها، سنتناول هذا الفرع على النحو الآتي:

أولّا: ضابط محل الابرام المعاملات المصرفية بموجب القواعد العامة:

العقود الالكترونية شأنها شأن كل عقد آخر، فهي تنعقد بالتراضي، من الالتزامات فيها رضا البنك ورضا العميل. ويلاحظ في هذا السياق أن الإعلانات التي يطرحها البنك لا تعدّ إيجاباً بل هي مجرد دعوة للتفاوض بهدف التعاقد، ذلك بأنّ العقود المصرفية يلاحظ فيها الاعتبار الشخصي، فعبارة الإعلان تكون غير محددة؛ لأنّها لا تعني كل عناصر التعاقد، وإنّما قد يعدّ إيجاباً من البنك المطبوعات التي يقدمها للعملاء متضمنة في ذلك عناصر التعاقد تفصيلاً[1].

---

[1] د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص32.

فيما يتعلق بموقف التشريعات الوطنية من موضوع منح الاختصاص القضائي لمحكمة ابرام العقد، فإنّ المشرع المصري نصّ في قانون المرافعات المدنية في المادة (3) منه واتفاقية بروكسل في عام 1968 في المادة(5) منها وضع قاعدة عامة تعطي الاختصاص للمحكمة التي حدث فيها الالتزام او المكان الذي ينفذ فيه من دون تحديد المكان [١].

أما موقف المشرع العراقي فقد كان واضحاً عن طريق النص صراحة في المادة (١/٢٥) مدني على أنّه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه). يتبين من هذا النص أن المشرع قد يحيل الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يقوم باختياره المتعاقدان بإرادتهما الصريحة، إذ أعلنا عنها في العقد، وإلا يكون بإرادتهما الضمنية، التي يمكن للقاضي أن يأخذها من ظروف الحال، وعبر معرفته للإرادة الضمنية وإلا أنّها تخضع لرقابة محكمة التمييز؛ لأنّها من المسائل التي تتعلق بتفسير العقد[٢].

أما المشرع الفرنسي فقد أورد ذلك في قانون الإجراءات المدنية، الذي تضمن نصا في المادة (46) مقارب لما جاء به تشريع اتفاقية بروكسل لعام 2001 في المادة (5) والذي فرق بين عقود اداء الخدمات وعقود بيع البضائع[٣].

يكسب محل الابرام الخاص بالعقد أهمية كبيرة من جانب القضاء، وذلك على خلاف القضاء الفرنسي الذي منح لقانون مكان الابرام الأولوية في التطبيق؛ إذ يتم اخضاع العقد من حيث صحته وتكوينه الى مكان انعقاده، ففكرة الرجوع الى ضابط محل الابرام كانت في حالة غياب قانون الإرادة التي تتجسد فيها الإرادات والتي يمكن لأطراف العقد الرجوع اليها في اي وقت وبكل سهولة، ولهذا كانت فكرة خضوع العقد لمحل ابرامه هي الفكرة السائدة باعتباره المكان الذي نشأت فيه التصرفات القانونية [٤].

---

[١] د. بيار ماير وفانسان هوزية، مرجع سابق، ص315.

[٢] د. عز الدين عبد الله، محاضرات في تنازع القوانين في العقد، (طلبة الدكتوراه في الكويت)، للعام الدراسي 1973، ص 22.

[٣] د. بيار ماير وفانسان هوزية، مرجع سابق، ص316-317.

[٤] د. محمد عبد الكريم عدلي، مدى انطباق قاعدة قانون الارادة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، مجلة المعيار، العدد(52)، 2011، ص811.

ولهذا، فإنّ محل انشاء الالتزام وتنفيذه مرتبطان بقانون الدولة التي ابرم فيها العقد، لاعتبار القانون الواجب التطبيق على مسائل التفسير[١]، كما أنّ الهدف من تحديد معنى تنفيذ الالتزامات التعاقدية، هو قانون دولة القاضي، بشرط أن يكون ذلك في ضوء نية الأطراف المتعاقدة، وعادات التجارة الدولية، وطبيعة العقد، كل هذا في حالة تعلق العقد بإحدى قواعد الاختصاص الوطنية[٢].

ثانيا: ضابط محل الإبرام في العقود المصرفية الإلكترونيّة:

محل إبرام العقود الإلكترونيّة عبر الانترنت يكون عن طريق تلاقي الإيجاب والقبول، ويتم ذلك في الزمان والمكان اللذين يتم الاتفاق عليه بين طرفين العقد، وأما إذا لم يتم تحديد مكان وزمان العقد، فيتم ذلك بالرجوع إلى القواعد العامة، فإنّ العقد الإلكتروني يتسم بعدم الوجود المادي لنظرية العقد ولأحكامه الواردة في قانون التجارة والمعاملات الإلكترونية، إضافة الى أطرافه لحظة تبادل التعبير عن إرادتهم (الإيجاب والقبول)، فيكون هناك فاصل زمني بين من صدر عنه الإيجاب، واتصاله بمن وجه إليه، وكذلك بالنسبة لمن يصدر منه القبول، فقد تكون هناك فترة زمنية بين إعلان القبول ومن وجه اليه الإيجاب، وعلم الموجب بهذا القبول، فلتحديد مكان و زمان إبرام العقد االلكتروني دور رئيس في هذا النوع من العقود التي يمكن أن تبرم بين غائبين، لذا كان من الصعوبة تحديد مكان ووقت استقبال وارسال رسالة البيانات االلكترونية. وتعدّ مشكلة تحديد محل إبرام العقد االلكتروني من أهم المشاكل القانونية وأكبرها التي يثيرها التعاقد ولا سيما أنّ القانون النموذجي للتجارة االلكترونية لعام 1996، والتوجيه الأوروبي الذي كان بشأن التجارة االلكترونية لسنة 2000، لم يحدد محل إبرام العقد االلكتروني في التجارة االلكترونية تحديدا

---

[١] د. حفيظه السيد الحداد، مرجع سابق، ص127.

[٢] د. محمد امين الرومي، النظام القانوني للتحكيم االلكتروني، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2008، ص87.

صريحا، ما قد يؤدي ذلك إلى اختلاف التشريعات في تبني مفهوم موحد لمحل إبرام العقود االلكترونية عبر الإنترنت[١].

إنّ القواعد التي تقوم بحكم ابرام العقود المصرفية التي تكون على شبكة الانترنت لا تختلف عن القواعد الخاصة بالعقود المصرفية التي تبرم بالقواعد التقليدية، إنما تختلف عنها بالوسيلة في إبرام التعاقدات، مثلا التراضي يكون في العقود المصرفية االلكترونية التي تكون عبر شبكة الانترنت يكون ذات مضمون لا يختلف عن التعاقدات المصرفية التقليدية، إلا أن الوسيلة التي تستخدم في التعاقدات االلكترونية التي تبرم على شبكة الانترنت تكون بوسيلة الكترونية[٢].

أما فيما يخص المحل والسبب، فإنّهما ركنان لازمان وضروريان في جميع العقود المصرفية االلكترونية التي تبرم على شبكة الانترنت إلا أنّهما لا يتمتعان بخصوصية معينة، فيتم تطبيق القواعد التقليدية على العقود، فالسبب يجب أن يكون مشروعا وموجودا، اما المحل يجب ان يكون معينا ومشروعا[٣].

يثار تساؤل كيفية التعبير عن الإيجاب والقبول في المعاملات االلكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت؟ سنتناول هذا على النحو الآتي:

أ- الإيجاب في العقود المصرفية الإلكترونيّة:

مفهوم الايجاب في العقود المصرفية االلكترونية، لم يوجد تعريف خاص يكون للإيجاب وذلك على أساس أنّه لا يختلف عن الإيجاب االلكتروني الذي يكون بصورة عامة، فعرف الايجاب االلكتروني بانه عبارة عن" تعبير جازم عن الارادة، يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال- سواء كانت مسموعة ام مرئية ام كلتيهما- ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد ابرامه، بحيث ينعقد به العقد اذا ما تلاقى القبول"[٤].

---

[١] د. ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود االلكترونية على شبكة الانترنت بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية القانون، الجامعة العراقية، 2012، ص236.

[٢] د. حسام اسامة شعبان، الاختصاص بمنازعات التجارة االلكترونية، دار الفكر الجامعي، 2019، ص105.

[٣] د. فايز عبدالله الكندري، التعاقد عبر شبكة الانترنت في القانون الكويتي، مؤتمر الاعمال المصرفية االلكترونية بين الشريعة والقانون، 2003، غرفة تجارة وصناعة دبي, ص1112.

[٤] د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد االلكتروني، دار الفكر الجامعي، 2006، ص52.

أما المشرع المصري، فإنّه لم يقم بوضع نص صريح يفيد امكانية التعبير عن الإيجاب الذي يكون باستخدام الوسائل الالكترونية، ومع ذلك من الممكن أن تكون إرادة المشرع الضمنية التي تقرر التعبير عن الايجاب باستخدام الوسائل الالكترونية، عبر ما هو مقرر في المادة (15) من قانون التوقيع الالكتروني، فنص على أنّه: " للكتابة الالكترونية وللمحررات الالكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والادارية ذات الحجية المقررة للكتابة في المحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية التقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"[١].

أما المشرع العراقي، فإنّه لم يتطرق الى موضوع العقود الالكترونية على الرغم من أنّه يوجد بعض الإشارات التي من الممكن الاعتماد عليها في العقد الالكتروني، وذلك بأنّ أسلوب التعاقد الذي يتم عن طريق الهاتف قريب جدا على الاتصال بالأنترنت، فجميع العقود التي تبرم بين غائبين اذا كان هنالك فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به، وهنا يجب تدخل وسيط لإيصال إرادة أحد الطرفين الى الآخر سواء كانت برقية، او رسولا، او رسالة، او كانت هنالك طريقة أخرى[٢].

أما على الصعيد الدولي، فإنّ العديد من الدول استقرت على امكانية التعبير عن الإيجاب عن طريق شبكة الانترنت، وكان من ضمن هذه القوانين القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الذي صدر عن لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة سنة (١٩٩٦) في المادة (١٢) التي أقرت أنّه " في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل اليه، لا يفقد التعبير عن الارادة او غيره من اوجه التعبير مفعوله القانوني او صحته او قابليته للتنفيذ لمجرد ان في شكل رسالة بيانات"[٣].

ب- القبول في العقود المصرفية الإلكترونيّة:

---

[١] قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004.

[٢] د. اقدس صفاء الدين رشيد، التعاقد عبر الانترنت ومدى مشروعيته في القانون العراقي، مجلة الجامعة العراقية، الجامعة التكنلوجية، المجلد(٢٧)، العدد(١)،2011، ص320.

[٣] د. علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2012، ص377.

القبول في العقود المصرفية الالكترونية لا يختلف عن القبول بشكله العام سوى أنّه يتم عن بعد، ويكون التعبير عنه عبر شبكة الانترنت؛ لأنه يخضع لذات الشروط التي تطبق على القبول بشكلة التقليدي، خاصة اذا تعلق بمطابقة القبول بالإيجاب من كل جوانبه [١].

وهذا ما تضمنته التشريعات الدولية من إمكانية في التعبير عن الإيجاب والقبول عن طريق شبكة الانترنت على نحو يرتب لها الاثر القانوني عليهما في الحالة التي يعبر عنها بالوسط المادي، فقد نص قانون الأمم المتحدة النموذجي فيما يتعلق بشأن التجارة الالكترونية في المادة١/١١ على أنّه "في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته او قابيلته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض"[٢].

المتعاقد مع البنك هو يكون الموجب في العقد المصرفي، فالبنك في العقد المصرفي الالكتروني هو القابل؛ لأنّه لا يكتمل البنيان القانوني للعقد المصرفي الالكتروني على أساس قيام المتعاقد بالضغط على التوقيع الالكتروني او أيقونة الموافقة على العقد، بل إنّه يحتاج الى موافقة البنك للتعاقد، وذلك بعد أن يتأكد من جميع المقومات محل الاعتبار بالنسبة للشخص العميل، وغالبا ما يقوم البنك بالموافقة على هذا الإيجاب الذي وجهه المتعاقد عن قيامه بإرسال رسالة الكترونية تكون بالموافقة أو الرفض[٣].

---

[١] د. خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص267.

[٢] قانون الاونسيسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية،16 ديسمبر١٩٩٦، منشورات الامم المتحدة على الموقع:

https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce

تاريخ الزيارة 12/6/2021 الساعة 9:10 ليلاً

[٣] د. يوسف حسن يوسف البنوك الالكترونية، الطبعة الاولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2021، ص126.

الفرع الثاني

ضابط مكان تنفيذ العقد في المعاملات المصرفية الإلكترونيّة

الإسناد الى مكان تنفيذ العقد الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية لا يخلو من الصعوبات، وذلك لتعدد أماكن التنفيذ، إذ لم يقم المتعاقدان بتحديد مكان تنفيذ العقد الالكتروني ويحدث التنازع بينهم قبل العمل بتنفيذ العقد، إذ كان من الممكن أن يقوم المتعاقدان بتجنب تعدد الأماكن في التنفيذ، فتم الحصول على مكان تنفيذ العقد الرئيس للعقد، فإنّه يصعّب الموضوع اذا لم يقم أطراف العقد بتحديد مكان تنفيذ العقد[1].

تنفيذ العقود المصرفية على شبكة الانترنت هي من أكثر خدمات التجارة الالكترونية التي يكون تنفيذها على شبكة الانترنت، فمن الممكن أن يتم دفع مستحقات الخدمات والبضائع عبر شبكة الانترنت، كما أنّه يمكن تحويل الأموال من شخص الى آخر عن طريق الانترنت، كما من الممكن أن يتم تنفيذ الكثير من المعاملات المصرفية الالكترونية عن طريق شبكة الانترنت. سنتناول في هذا الفرع العقود التي يتم ابرامها و تنفيذها على شبكة الانترنت والعقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت، وتنفذ خارجها على النحو الآتي:

أوّلا: العقود التي تبرم وتنفذ على شبكة الانترنت:

تنفيذ العقود الدوليّة لها أهمية بالغة في فقه القانون الدوليّ الخاص، فتبن الكثير من التشريعات الدولية ضابط قانون دولة تنفيذ العقد الإلكتروني، منها القانون الألماني الذي يرى أنّ مكان تنفيذ العقد له أهمية كبيرة في تحديد القانون الذي يحكم العقود الدولية، هذا اذا لم يتم تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقد الالكتروني من طرف من الأطراف المتعاقدة، فإنّ أوّل من نادى الى اسناد العقود الدولية الى قانون مكان التنفيذ هو الفقيه الألماني "سافيني"، وقد كانت

---

[1] د. هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، منشأة المعارف الاسكندرية، 1995، ص560-561.

الغاية من ذلك هو التقليل من الاعتماد على محل ابرام العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق، كما أخذت بذلك المحاكم الانكليزية، واخذت به بعض المحاكم القضائية الفرنسية ومكان التنفيذ هو الاوثق صلة[١]

تكون المعاملات المصرفية الالكترونية ذات طابع دولي، فالمعاملات المصرفية التقليدية لم تكون تعرفها إلا في حالات بسيطة، فمكنت شبكة الانترنت المصرف من اتساع نطاقه، وتم ربطه بأطراف العالم المترامية من الإعلان لدول العالم بخدماته، الأمر الذي أعطى الصفة الدولية لعقوده[٢].

وإنّ دولية عقود المعاملات المصرفية الالكترونية لها فائدة كبيرة، فمكنت البنوك من العمل على اتساع قاعدة عملائها، إذ تقوم بتقديم خدماتها لأية دولة من العالم، ولأي شخص، وإنّ هذه الفوائد تقوم بتسبب الكثير من المشاكل القانونية مثل القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي ينشأ عن المعاملات المصرفية الالكترونية؛ لأنه يوجد عنصر أجنبي في هذه العلاقة[٣].

فالعقود المصرفية الالكترونية يتم تنفيذها عن طريق شبكة الانترنت، ويترتب على ذلك أنه لا توجد أية وثائق تكون ورقية من اجراء التبادل وتنفيذ المعاملات المصرفية الالكترونية، فجميع مراحل التنفيذ تتم عن طريق الانترنت[٤].

ثانيا: العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت، وتنفذ خارجها:

نصّ تشريع بروكسل لسنة 2001 المتعلق بالاختصاص القضائي الدولي، على أنّ الدولة التي يلزم فيها أداء الخدمة للعميل، في العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت، هي المكان

---

[١] د. علاء الدين ذيب، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي، اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة الاردن،2004،ص54.

[٢] د. علاء التميمي، مرجع سابق، ص331.

[٣] د. عبد الله الهواري، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، 2003، ص1647.

[٤] د. رافت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، المنظمة العربية للتنمية الادارية، مكتبة المنظمة العربية، 1999 ، ص17.

الذي ينفذ فيه العقد، وتكون محاكم هذه الدولة هي التي تختص بنظر النزاع الذي ينشأ عن هذا العقد، حينما يكون إعمال ضابط محل التنفيذ[١].

أقرّ القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر عن الأمم المتحدة سنة 1996، فأقرّ في المادة (15) منه التي اختصت في بيان(زمان ومكان ارسال واستلام رسالة البيانات)، وكان ذلك بالتحديد في الفقرة (4) التي نصت على "ان رسالة البيانات تعد مرسلة من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وتعد الرسالة مستلمة في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه، فاذا كان للمنشئ او المرسل اليه اكثر من مقر عمل، عد مقر العمل، المقر الذي له اوثق صلة بالمعاملة المعنية، فان لم توجد مثل هذه المعاملة عد مقر العمل هو المقر الرئيسي، فان لم يكن له مقر عمل من الاساس فيعتد بمحل اقامته الرئيسي"[٢] مع الاشارة ان هذه الاحكام يتم تطبيقها فقط عند عدم اتفاق الأطراف.

يرى الباحث أن هذه الضوابط في تحديد الاختصاص القضائي في منازعات المعاملات المصرفية الالكترونية توجد فيها صعوبات تقلل من قدرتها كمعايير يمكن الاعتماد عليها فيها، إذ أصبح القضاء يبحث عن معايير تكون أكثر اهتمام في تحديد الاختصاص القضائي تكون بأقل قدر من الصعوبة، وإنّ الاعتماد على تحديد مكان تنفيذ العقود المصرفية الالكترونية يحتاج الى تدخل القضاء في تحديد المكان الذي ينفذ فيه العقد المبرم بالطريقة الالكترونية، ونقترح على جعل المكان إلزامي في المواقع الالكترونية التي تعطي عروضاً للتعاقد عبر الانترنت، ولصعوبة الضوابط العامة للاختصاص القضائي الدولي في التطبيق على المعاملات المصرفية الالكترونية يجب التركيز على الضوابط الارادية للاختصاص القضائي للمعاملات المصرفية الالكترونية وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني.

---

[١] د. بيار ماير وفانسان هوزية، مرجع سابق، ص317.

[٢] المادة(15/4) الفقرتين(أ، ب) من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية.

المبحث الثاني

الضوابط الاختيارية في تحديد الاختصاص القضائي الدولي بمنازعات المعاملات المصرفية الإلكترونية

تمهيد وتقسيم:

مبدأ قانون الإرادة يعدّ في المنازعات الخاصة الدولية من المبادئ المستقرة في القانون الدّوليّ الخاص، والذي تقرره الكثير من الدول والتشريعات الداخلية، والتحكيم التجاري والقضاء الوطني، كما أن المعاهدات الدولية تؤكده، وتقرر بضرورته في التعاون القضائي الدولي[١].

يعدّ ضابط الخضوع الاختياري انه من الضوابط المستقرة للاختصاص الدولي في المحاكم، وهذا الضابط يمكن الأطراف المتعاقدين الاتفاق على اختيار محكمة دولة معينة للنظر في المنازعات التي تحدث بينهم، ويقوم على أساس أنّه يراعي الحماية الخاصة لمصالح الأفراد، وأنّه يساعدهم في تيسير حريتهم على التجارة الدولية كأهداف تكون أصيلة في القانون الدّوليّ الخاص[٢].

---

[١] د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص62.

[٢] د. احمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، المؤتمر العلمي الاول حول الجوانب القانونية والامنية في التجارة الالكترونية، اكاديمية شرطة دبي، المجلد الاول، 2003، ص12.

وهذا الضابط يتم اعماله بشكل كبير في المعاملات المصرفية الالكترونية، وذلك بأنّ الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة من شأنه تجاوز الكثير من المشاكل، وإنّ أغلب النصوص القانونية نصت على حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة سواء على المستوى الداخلي او الخارجي، سنتناول ذلك على النحو الآتي:

المطلب الأوّل: ماهية الخضوع الاختياري.

المطلب الثاني: دور الخضوع الاختياري في منازعات المعاملات المصرفية الالكترونية.

المطلب الأوّل

ماهية الخضوع الاختياري

تمهيد وتقسيم:

الكتاب اختلفوا في اعطاء مصطلح ثابت لفكرة (الخضوع الاختياري)، فمن الكتاب العرب من يطلق عليها مصطلح " الخضوع الاختياري" على الفكرة هذه[١]، ومنهم من يطلق عليها مصطلح " الخضوع الارادي"[٢]، وآخرون يطلقون عليها اصطلاح "اتفاق اختيار القاضي"، وهناك من يطلق عليها اصطلاح " الشرط السالب"[٣]، وايضاً هنالك من يطلق عليها اصطلاح " الخضوع لولاية القضاء"[٤]، هذه الاختلافات سببها يرجع الى الطريقة التي يتم النظر اليها لفكرة الخضوع الاختياري، فمنهم من ينظر اليها من حيث الأثر المانح للاختصاص القضائي، ومنهم من ينظر اليها من حيث الأثر السالب للاختصاص القضائي، وهناك من ينظر اليها من حيث دور الإرادة الاختياري في تفعيلها، وفي الواقع أن جميع هذه التسميات لها فكرة واحدة هي منح

---

[١] د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص (الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الاحكام الاجنبية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1969، ص453.

[٢] د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات الدولية، مرجع سابق، ص134.

[٣] د. هشام خالد، الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012، ص18.

[٤] د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص(تنازع الاختصاص الدوليين)، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتب، 1986، ص734.

الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة معينة الذي يكون في الوقت نفسه سلب الاختصاص من المحكمة المختصة أصلاً؛ لأنّ فكرة الخضوع الاختياري تكون متمثلة بالتصرف القانوني[١]. سيتم في هذا المطلب تعريف الخضوع الاختياري من ناحية الأسس القانونية التي تقوم عليها التشريعات، ومن ثم بيان الصور التي تتجسد في هذه الفكرة في مجال تحديد الاختصاص القضائي الدولي، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأوّل: مفهوم الخضوع الاختياري.

الفرع الثاني: الصور التي يتخذها مبدأ الخضوع الاختياري.

الفرع الأوّل

مفهوم الخضوع الاختياري

فكرة الخضوع الاختياري أخذت من القواعد العامة في الاختصاص القضائي الداخلي منذ العصور الأوّلى، وإنّ أول من نادى بها هو الفيلسوف الإغريقي (أفلاطون) حينما أقرّ أنّ الكثير من المحاكم تختص بنظر الدعوى هي المحكمة التي يرتضي الخصوم الخضوع لحكمها[٢].

والخضوع الاختياري يتحقق عن طريق الاتفاق بين الخصوم للخضوع إلى محكمة دولة ما بشكل صريح، يتم ذلك عن طريق تحديد في العقد الأصلي الذي يكون موضوع النزاع، ومن الممكن أن يرد في عقد يكون مستقلا على شكل مشارطة، و في الحالتين يتم اقرار الخصوم بحق محاكم دولة لتنظر في ما ينشأ عن علاقاتهم من منازعات[٣].

هذه الفكرة تدخل في تحديد المحكمة المختصة تقرها العديد من الدول استجابة لتوقعات المتعاملين وتلبية لطموحاتهم؛ نجدها تشغل مجالا هو في الاساس مخصص للقوانين الوطنية وهذا ما يجعلها احينا تصطدم بمفهوم النظام العام و القواعد اللازامية.

---

[١] المرجع السابق، ص646.

[٢] د. احمد عبد الكريم سلامه، فقه المرافعات الدولية، مرجع سابق، ص300.

[٣] د. ماهر ابراهيم قنبر العزاوي، ضابط الخضوع الارادي لمحاكم الدولة في اطار علاقات القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنه، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018، ص55.

كما أنه يمكن أن يتحقق ذلك بشكل ضمني حينما يقوم شخص في إقامة دعوى أمام المحكمة الوطنية، وإن المدعى عليه يحضر أمامها من دون أن يقوم بدفع الأخير بعدم الاختصاص قبل ان يتم النظر في موضوع الدعوى، في هذه الحالة ينعقد الاختصاص القضائي الدولي من الناحية الدولية للمحكمة الوطنية، وذلك بأنّ العلاقة محل النزاع تحتوي على عنصر أجنبي، أي العلاقة متصفة بالصفة الدولية.

تعرف المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي فيما يخص شروط المحكمة المختصة بالمسائل التجارية لسنة 2005 مبدأ الخضوع الاختياري بأنّه "الاتفاق الحصري بين طرفين أو أكثر والذي بموجبه يتم تعيين محاكم إحدى الدول المتعاقدة او محكمة او محاكم محددة لإحدى الدول المتعاقدة من أجل النظر في الدعاوى التي نشأت او التي قد تنشأ بخصوص علاقة تعاقدية معينة، و إن كانت الدعوى أصلاً من اختصاص محاكم دولة معينة من الدول المتعاقدة "[١].

يبدو من هذه الاتفاقية أنّه لا تشترط أن يكون هناك ربط بين المحكمة المختارة وبين النزاع، عبر عدم اشتراطها ان تكون هذه المحكمة من بين محاكم الدولة التي يكون منتميا اليها أحد الأطراف المتعاقدين بجنسيته، او تكون محاكم الدولة التي يتم بها تنفيذ العقد او إبرامه، وإنّ موقف اتفاقية لاهاي لا ينسجم مع الاتجاه الفقهي الذي يدعو الى الضرورة وجود رابط حقيقي بين النزاع والمحكمة التي تم الاتفاق عليها كشرط من شروط الاتفاق على المحكمة المختصة، فإنّ بعض الفقه المصري يدعو الى الضرورة في وجود روابط فعلية بين النزاع والمحاكم المصرية من اجل قبول المحاكم الاختصاص الذي يكون مبنيا على الخضوع لأطراف العقد[٢].

---

[١] تعد اتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة في المسائل التجارية من الاتفاقيات المهمة والتي صيغت عام 2005، من اجل تامين الاساس واليقين القانوني لاتفاق او شرط المحكمة المختصة في عقود التجارة الدولية، الاتفاقية توفر الالزام القانوني لتفعيل شرط المحكمة المختصة في العقود التجارية الدولية. الاتفاقية دخلت حيز النفاذ بالنسبة للدول التي صادقت عليها في عام 2015، لمزيد من التفاصيل يرى زيارة الموقع الالكتروني للاتفاقية من خلال الرابط التالي:

https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court

[٢] د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، ص147.

أما بالنسبة للقانون المصري، فإنّ المشرع تجنب ايراد تعريف لمبدأ الخضوع الاختياري عند النص له في المادة (32) من قانون المرافعات المدنية المصري، الذي اكتفى بالنص " تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة اذا قبل الخصم ولايتها صراحة او ضمناً". ويلاحظ على النص الذي اورده المشرع المصري هو نص عام، وأنّه لم يقم بحسم العديد من المسائل المهمة مثل مدى التوافر بين الارتباط الجدي بين النزاع وبين المحاكم المصرية التي تم اختيارها من جهة، ومدى التفعيل لشرط الخضوع اذا اعدّ سالباً لاختصاص المحاكم المصري من الجهة الاخرى، تارك الأمر بذلك ليكون محلا للاجتهادات الفقهية، وإنّ هذا لم يمنع فقه القانون الدولي الخاص المصري من تعريف الخضوع الاختياري بأنّه: " اتفاق الخصوم على قبول ولاية قضاء الدولة حتى لو لم تكن محاكمها مختصة بالنزاع اصلا وفقاً لأي من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي الاخرى المقررة في قانونيها"[١].

أما القانون العراقي فإنّه خلا تماماً من تعريف الخضوع الاختياري، على عكس التشريعات القوانين المقارنة، من إشارة او تعريف عليه في مجال الاختصاص القضائي الدولي، إلا أنّ ذلك لم يمنع بعض شراح قانون الدولي الخاص من ايراد تعريف لهذا المبدأ الخضوع الاختياري بأنّه: "اتفاق الخصوم على قبول ولاية قضاء دولة معينة والخضوع لها حتى ولو لم تكن محاكمها مختصة اصلا بنظر النزاع بموجب اي ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي التي يحددها مشرع تلك الدولة "[٢].

و الخضوع الاختياري يكون مبنيا بالدرجة الأساسية على إرادة الأطراف، **هناك مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في الخضوع الاختياري سنتناولها على النحو الآتي:**

الشرط الأوّل: أن يكون النزاع ذات طابع دولي:

أغلب الفقهاء يذهبون الى اشتراط أن يكون اتفاق الخضوع الاختياري متعلقا بنزاع يكون متضمنا عنصرا أجنبيا، بمعنى أن تكون المنازعة متصفه بالصفة الدولية حتى يمكن اقبال

---

[١] د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص152.

[٢] د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2016، ص469.

الخضوع الاختياري[١]، وإنّ هذا الاشتراط لا يمكن أن يهدف الى تحديد امتداد نطاق الخضوع الاختياري، لكنه يتم اخضاع هذا الاتفاق على العلاقة التي تكون ذات علاقة قانونية دولية، فالمنازعة الدولية تكون مختلفة عن المنازعة التي تتصف بالخصوصية الداخلية التي تكون متمثلة بضرورة الأخذ في الاعتبار استقرار علاقات الأفراد القانونية التي تكون عبر الدول الأخرى التي يكون النزاع متعلقا بها، فيبدو من الضروري والأهمية أن يكون هناك تفريق بين اتفاقيات الخضوع الاختياري التي تتعلق بالعلاقات الداخلية، وتلك التي تكون متعلقة بالعلاقات الدولية[٢].

الشرط الثاني: توافر رابطة حقيقية بين النزاع والمحاكم الوطنية:

هذا الشرط مأخوذ من الحلول في نظرية تنازع القوانين، فغالبية الفقه يشترط وجود رابطة تكون جدية بين العقد والقانون الذي تم اختياره الأطراف المحكمة، ويجب ان يتم توافر هذه الصلة بين أطراف النزاع والمحكمة التي يتم أطراف الخصوم على منحها الاختصاص للنظر في الدعوى[٣].

فأحكام القضاء وغالبية الفقه تشترط وجود رابط حقيقي بين النزاع والمحاكم المصرية، اذ تعلق الأمر بالخضوع الاختياري، فجعل المشرع ارادة الخصوم تكون رابطا للاختصاص في هذه الحالة، إلا أنّه ترك الإرادة على اطلاقها من غير الممكن ضمان الحكم الذي يصدر في المنازعة، إذ يجب أن تكون مصالح الخصوم او أحد منها تكون مرتبطة بالإقليم المصري، وهو ما يكون من السهل تنفيذ الحكم الذي صدر، إذا تبين عدم وجود رابط بين المحاكم المصرية والنزاع، فأنّه يجب على المحكمة أن تقوم بالحكم من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص[٤].

الشرط الثالث: أن يكون الاتفاق جالبا للاختصاص:

---

[١] د. حفيظه السيد حداد، المرجع سابق، ص132-133.

[٢] د. عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014، ص227.

[٣] د. صفوات احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005، ص336.

[٤] د. ناصر عثمان محمد عثمان، مرجع سابق، ص76.

الاختصاص يثبت للمحاكم الوطنية بالنظر بالدعاوى سواء تعلقت بالأحوال العينية أو الأحوال الشخصية، استنادا في ذلك لفكرة الخضوع الاختياري؛ لأنّ إرادة الخصوم تجلب الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في دعوى لا تكون مختصة بها استنادا لضوابط الاختصاص القضائي الدولي التي تكون منصوصا عليها في التشريعات العربية[١].

فجانب من الفقه يذهب الى أنّ الاتفاق يكون من الضروري جالبا للاختصاص للمحاكم الوطنية، ولا يكون سالبا لها، أي لا يجوز للأطراف أن يقوموا بالاتفاق على سلب الاختصاص القضائي من المحاكم الوطنية إذا تم ثبوته لأي قواعد من الاختصاص القضائي الدولي، وهنالك جانب من الفقه يشير الى عدم وجود اي مانع يمنع الأفراد من حق سلب الاختصاص الثابت من المحاكم الوطنية لمصلحة تكون لدولة أجنبية، ووضع الأمور في موضعها الصحيح، وحتى يمنع الأفراد من حرية سلب الاختصاص في جميع الأحوال يجب أن يترك ذلك للقاضي ليقوم بتقدير مدى ملائمة الأخذ بالإرادة الخصوم في الجانب السالب، ويكون القاضي محكوما عليه بالظروف التي تكون موضوعية والتي تكون في كل نزاع على حدة[٢].

الفرع الثاني

الصور التي يتخذها مبدأ الخضوع الاختياري

من المعلوم أنّ العقود الدولية يكون لها ارتباط بأكثر من دولة حتى تكون مصاغة بصورة قانونية محكمة، يجب أن تكون متضمنة شرطي تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق الذي عن طريقها يتم تعيين محكمة معينة من محاكم الدولة تكون مختصة للفصل في النزاعات التي حدثت، او قد تحدث لاحقاً عند تطبيق العقد عبر تطبيق قانون معين لدولة معينة، وإنّ الاختصاص القضائي هنا يسمى الخضوع الاختياري[٣]. سنتناول في هذا الفرع صورتين من الخضوع الاختياري، وعلى النحو الآتي:

---

[١] المرجع السابق، ص77.

[٢] د. بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص90 وما بعدها.

[٣] د. اشرف أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص672 وما بعدها.

أوّلاً: الخضوع الاختياري الصريح:

الخضوع الاختياري يكون لمحاكم دولة معينة صريحا عبر نص صريح في العقد الذي ابرم بين طرفي العلاقة القانونية، بتعبير آخر هو القبول الصريح بالخضوع لولاية محاكم دولة معينة تتجسد في صورة الشرط (المانح) الذي يكون عبر الاتفاق على اخضاع النزاع الاحتمالي او القائم لولاية محكمة معينة في دولة او (دولة معينة) في صورة تكون على شكل وثيقة مكتوبة تدرج ضمن بنود العقد المنظم للعلاقة القانونية بين المتعاقدين، أي بمعنى القبول الصريح إما يكون بصورة اتفاق لاحق مستقل عن العقد الأصلي، ويكون في هذه الحالة الخضوع لاحقا على قيام النزاع، وإما يكون على شكل بند يدرج ضمن بنود العقد الأخرى، وفي هذه الحالة يكون سابقاً للنزاع[١].

وقد اشترطت اتفاقية لاهاي في المادة الثالثة/ج بخصوص شرط المحكمة المختصة عام 2005 صراحة، بأن يكون شرط الاتفاق بخصوص الخضوع الاختياري لمحاكم دولة معينة يجب ان يكون منصوصا عليه في العقد صراحة، عبر الكتابة او اية وسيلة أخرى يمكن عن طريقها اثبات الاتفاق بين المتعاقدين[٢].

يرى الباحث من النص أعلاه لاتفاقية لاهاي أنّ النص تمت صياغته بشكل قانوني مرن يمكن عن طريقة استيعاب شروط الخضوع الاختياري للمحاكم التي تم الاتفاق عليها بالشكل التقليدي عبر الكتابة الورقية او عبر الطرق غير التقليدية عن طريق الوسائل االلكترونية الحديثة، نظرا للتطورات الكبيرة التي تشهدها المعاملات المصرفية االلكترونية بتفوق التعاقدات االلكترونية على التعاقدات التقليدية في الوقت الحاضر، فإنّ استخدام المواقع االلكترونية التي تتضمن شرط المحكمة المختصة يكون وفق هذه الاتفاقية اتفاقا صريحا بالخضوع الاختياري يكون مشابها للاتفاق التقليدي.

أما بالنسبة للقانون المصري، فقد نص في المادة (32) من قانون المرافعات المصري النافذ بأنّها واضحة في عقد الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية اذا وافق الخصوم الخضوع لولايتها ضمناً او صراحة، وبهذا فإنّ المشرع المصري قد ساوى بين الخضوع الضمني و

---

[١] د. ناصر عثمان محمد عثمان، مرجع سابق، ص166.

[٢] د. عبد الباسط جاسم، مرجع سابق، ص235.

الخضوع الصريح في هذا الشأن، وبذلك تجاوز النقد الذي وجه للنص القديم في المادة (862) من قانون المرافعات الملغي الذي كان القانون مقتصراً على حالات القبول الصريح، وهذا على عكس اتفاقية لاهاي المشار اليها في هذا الفرع، فالقانون المصري لا يتضمن اي توضيح بشأن الخضوع الاختياري الصريح وهل يكون مفهوما من ذلك الاتفاق الكتابي او ما يعادله؟ بعضهم يجيب من فقه القانون الدولي الخاص المصري على ذلك بالقول إنّ الخضوع الاختياري الصريح لولاية المحاكم المصرية، فإنّه قد يكون إما عبر ادراج الشرط المانح للاختصاص القضائي للمحاكم المصرية ويكون في التصرف القانوني المتمثل بالعقد المبرم بين الأطراف المتعاقدين، والاتفاق بالخضوع الاختياري يكون في هذه الحالة سابقاً على قيام النزاع[١]، و إما أن الاتفاق يكون لاحقا على قيام النزاع عبر الاتفاق يكون مستقلا بين الخصوم بوثيقة تكون مكتوبة تتضمن على تعيين محاكم الدولة المعينة للنظر في الخصومة التي تكون بين طرفي التصرف القانوني[٢].

وعلى الرغم من خلو القانون العراقي من نص الخضوع الاختياري، فإنّه من الممكن أن يقوم الأطراف العقد بالاتفاق على الخضوع لولاية المحاكم العراقية، شرط أنّ هذا الاتفاق يكون بشكل كتابي في العقد الذي نظم بينهما، ونستدل بنص المادة (27) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 والمعدل بالقانون رقم (2) لسنة 2010، التي نصت في فقرتها الرابعة على أنّه "اذا كان أحد اطراف النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على الية حل النزاع بما فيها االلتجاء الى التحكيم..." يبدو من هذا واضحاً أنّ المشرع العراقي يشترط الكتابة من أجل الاعتراف بمنح الاختصاص للمحاكم العراقية او السلب منها، وهو شرط المحكمة المختصة للنظر في المنازعات[٣].

ثانياً: الخضوع الاختياري الضمني:

على العكس من الخضوع الاختياري الصريح الذي يثبت في الأغلب بالكتابة، فإنّ الخضوع الاختياري الضمني للمحاكم الدولة المعنية، هو الذي يستفاد ضمناً من السلوك لدى

---

[١] د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة لقواعد الاختصاص الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995، ص152.

[٢] د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص155.

[٣] مراد صائب محمود و هلو محمد صالح، فاعلية الخضوع الارادي في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة كركوك، مجلد العاشر، العدد الاول، 2019، ص534 وما بعدها.

أطراف الخصومة من غير الحاجة لوجود الشرط المانح في العقد الذي ينظم العلاقة القانونية، كأن أحد أطراف الدعوى يقوم باللجوء الى محاكم دولة معينة من دون أن يقوم الطرف الآخر بالاعتراض، او الطعن بعدم الاختصاص القضائي لتلك المحكمة، وبهذا التقدير يكون عدم قيام النزاع، على عكس الخضوع الاختياري الصريح الذي قد يكون لاحقاً على النزاع او سابقاً له[١].

وهنا يمكن التفرقة بين الخضوع الاختياري من جانب المدعي، والخضوع الاختياري من جانب المدعى عليه، فإنّ الخضوع الاختياري من جانب المدعي يمثل في إقامة الدعوى أمام محكمة دولة معينة لا يكون داخلا من ضمن اختصاصها للنظر في الدعوى وفق قانون تلك المحكمة، أما اذا تم حضور المدعى عليه الى جلسات المرافعة من غير الطعن بعدم الاختصاص القضائي، فإنّ ذلك يمثل خضوعاً إرادياً ضمنياً من جانب المدعى عليه للمحكمة المختارة من جانب المدعي[٢]، وجانب من فقه القانون الدولي الخاص يذهب هنا الى معارضة فكرة الخضوع الاختياري من جانب المدعي؛ لأنّ فكرة الخضوع الاختياري لا يمكن تصورها إلا المدعى عليه، وذلك عن طريق الحضور الى جلسات الدعوى، ومن دون الطعن بعدم الاختصاص القضائي، أما المدعي، فإنّ قد يقوم برفع الدعوى أمام محكمة تكون غير مختصة، وهذا لا يمكن أن يعدّ خضوعاً اختيارياً[٣].

أما موقف القانون المصري من الخضوع الاختياري الضمني، فإنّه شهد تغيراً واضحاً بعد التعديل لقانون المرافعات المدنية المصري، فكان القانون الملغى لا يعترف إلا بالخضوع الاختياري الصريح لولاية المحاكم المصرية عبر الكتابة، إلا أنّه جاء القانون الجديد لينص على الخضوع الاختياري الضمني والصريح معاً، فيما بينهم من حيث الآثار التي تكون مرتبة عليهم[٤]، وعلى ضوء فكرة الخضوع الاختياري الضمني في التشريعات المقارنة، وإنّ غالبية الفقه المصري يذهب الى فكرة الخضوع الاختياري التي تكون متمثلة بالحضور المدعى عليه أمام

---

[١] د. احمد عبد الكريم سلامه، فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص156.

[٢] د. عوض احمد الزغبي، اصول المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة، الجزء الاول، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، عمان، 2003، ص234.

[٣] د. عكاشة عبد العال و د. سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة تاريخ نشر، ص469.

[٤] راجع نص المادة (32) من قانون المرافعات المدنية المصرية النافذ رقم (13) لسنة 1986.

المحاكم المصرية من غير إثارة عدم الاختصاص القضائي للمحكمة في الجلسة الأولى من المرافعة[١].

أما القانون العراقي على الرغم من عدم نص المشرع على هذا المبدأ كضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في المحاكم العربية، فقد ذهب معظم الفقه، الى عدم جود مانع قانوني على الأخذ بالاختصاص الذي يكون جالباً للمحاكم العراقية، وذلك بدلالة المادة (30) من القانون المدني العراقي التي اعتبرت أنّ مبادئ القانون الدولي الخاص قابلة للتطبيق؛ لأنّها الأكثر شيوعاً في حالة عدم وجود نص قانوني وارد، ومن المفهوم المخالف نص المادة (7) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق رقم (30) لسنة 1928 والتي أقرت في فقرتها (ه) بأنّ للإرادة دورها في اعتبار المحكمة الأجنبية ذات اختصاص قضائي دولي كشرط من الشروط لتنفيذ الحكم الصادر عنها في العراق[٢]، فإنّ المشرع العراقي يعترف بالاختصاص للمحكمة الاجنبية اذا تم اختيارها من جانب الأطراف المتعاقدين، فإنّه من الواجب أن يعترف المشرع بهذا الحق لمحاكمة أيضا[٣]، الخضوع الاختياري الضمني هو يتمثل بالسلوك المدعي والمدعى عليه معاً لرفع الدعوى أمام محكمة دولة معينة من غير وجود شرط مسبق بينهم.

يرى الباحث أنّ الاتفاق على الاختصاص القضائي الدولي في الخضوع الاختياري للعقود التي تتم عبر الانترنت، فإنّه لتفادي انكار المتعاقد الآخر للاختصاص، فإنّه يجب أن يقوم بالتوقيع على إعلان يبن قبوله للاختصاص القضائي، ويتم طباعته على شبكة الانترنت، إن دور الخضوع الاختياري في المنازعات التي تنشأ بين المتعاقدين في المعاملات المصرفية الالكترونية الذي سنتناوله بالتفصيل بالمطلب الثاني.

المطلب الثاني

---

[١] د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص174.

[٢] د. حسن الهداوي و د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، المكتبة القانونية، الجزء الثاني، 2017، ص249.

[٣] د. عوني محمد الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقي وتنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنه في القانون الدولي الخاص، مكتبة صباح، بغداد، 2007، ص25.

دور الخضوع الاختياري في منازعات المعاملات المصرفية الإلكترونيّة

تمهيد وتقسيم:

هذه الفكرة تمثل في التصرف القانوني الذي يقوم عبره الأطراف عبر طريق الاتفاق بمنح الاختصاص الى المحكمة المختصة، هذا الاتفاق لا يسمح وحده بتقرير اختصاص المحكمة المختصة، بل يجب أن تقوم قواعد الاختصاص القضائي للمحكمة المعنية بالاعتراف للاختصاص القضائي، وحتى يكون اتفاق الخضوع الاختياري صحيحاً، وهذا الاتفاق يعد جالباً او مانحاً اذا ترتب مد الاختصاص لمحكمة معينة لتفصل بالمنازعة الخاصة الدولية، اذا لم تكن مختصة في الأصل وفق قواعد الاختصاص العامة، وعلى الرغم من ثبوت الاختصاص للمحكمة المختصة التي اختارها الأطراف المتعاقدين، إلا أنه يجب أن يكون الاتفاق مستوفيا لجميع الشروط التي يجب توافرها لهذا الاختصاص، حتى ينعقد الاختصاص للمحكمة المتفق عليها.

في معظم الأنظمة القانونية المعاصرة جرى التعامل على أن العقود ذات الطابع الدولي يسمح فيها للأطراف في العقد الاتفاق على ولاية محكمة معينة لحل النزاع القائم، ولو كان هذا النزاع يخرج من اختصاص المحكمة التي تم الاتفاق عليها، وهذا ما اخذت به اتفاقية بروكسل السارية في دول الاتحاد الأوروبي[1].

إن اتفاق الأطراف المتعاقدين على اختيار المحكمة المختص بالنزاع دولياً في منازعات المعاملات المصرفية الإلكترونيّة وفق شروط الخضوع الاختياري، هي من إحدى الضروريات التي فرضها التعامل على شبكة الانترنت، نتناول هذه الشروط على النحو الآتي:

الفرع الاول: أثر الخضوع الاختياري في المعاملات المصرفية الإلكترونيّة.

الفرع الثاني: وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة المختصة.

الفرع الأوّل
أثر الخضوع الاختياري في المعاملات المصرفية الإلكترونيّة

[1] د. الياس ناصيف، العقد اللكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص214.

تنص المادة (32) من قانون المرافعات المدنية المصري أنه: "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً". هذه القاعدة تشير إلى أنّه، يجوز للأطراف الاتفاق على عقد الاختصاص القضائي للفصل في الدعاوى التي ستنشأ بينهم في المستقبل أو الناشئة بينهم لمحكمة معينة، غير مختصة بالفصل في النزاع طبقاً للقواعد العامة للاختصاص القضائي الواردة في قانون المرافعات؛ لأنّه لا معنى لاشتراط قبول الأطراف الخضوع لولاية القضاء المصري، إذا كان هو المختص أصلاً، وفقاً لأي ضابط آخر من الضوابط العامة[١].

ويترتب على الخضوع الاختياري، كما سبقت الإشارة أثران: الأول جالب للاختصاص، والثاني: سالب له، ويتحقق الأول متى ترتب عليه تخويل محاكم دولة ما، في حالات لم يكن فيها الاختصاص ثابتاً لها أصلاً، وهذا يوسع اختصاص المحاكم الأخيرة كما لو اتفق الخصوم على الخضوع لولاية القضاء العراقي، فهنا سيجلب الاختصاص لحساب المحاكم العراقية، في حين يتحقق الأثر السلبي، عند سلب الاختصاص، أو نزعه، من محاكم دولة ما، تكون مختصة أصلاً بنظر النزاع، وبذلك سيقلل هذا الأثر من حالات اختصاص المحاكم الاخيرة، اي المختصة أصلاً، لحساب المحاكم الأخيرة، أي المختصة أصلاً، لحساب المحاكم التي جلب لها الاختصاص[٢].

وفي إطار موقف المشرع العراقي فقد نظم أحكام الخضوع الاختياري في قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 المعدل، إذ أخذ بالاتجاه الثاني، فاعترف بالأثر الجالب للاختصاص لحساب القضاء الأجنبي، وهذا يعني– بالمقابل – أنّه اعترف بالأثر السالب للاختصاص كنتيجة للأثر الأول[٣].

ولم تحدد النصوص أعلاه من هو المحكوم عليه، فقد يكون وطنياً، وقد يكون أجنبياً، وبالمقابل، يمكن أن يخضع العراقي– بمحض اختياره – إلى ولاية القضاء الأجنبي، وبأثر ذلك يترتب أثران: الأول سالب لاختصاص القضاء العراقي، إذا كان مختصاً – أيضاً– بالنظر في

---

[١] د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، مرجع سابق ص129.

[٢] د. عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق، ص232.

[٣] وذلك في المادة (7 / ه) التي نصت على انه: "تعدّ المحكمة الاجنبية ذات صلاحية اذا تحقق احد الشروط الاتية.....أن يكون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره"، ونصت المادة (7 / و) على أن: "يكون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الاجنبية في دعواه".

الدعوى، والثاني جالب لاختصاص القضاء الأجنبي، كما أن موقف القانون العراقي يشير إلى اعتماد الخضوع الاختياري الضمني المادة (7 / هـ)، والخضوع الصريح في المادة (7 /و)، من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق ذي الرقم 30 لسنة 1928[1].

الاعتراف بالخضوع الاختياري بموجب الاتفاقيات الدولية و نتيجة لانتشار التعاقد بالوسائل اللاكترونية، و لشيوع التعاقد. بموجب عقود نموذجية معدة سلفاً، أصبح الاتجاه الحديث، يسير نحو الاعتراف بشروط الاختصاص القضائي التي ترد في العقود اللاكترونية في صورة كتابة الكترونية[2]، كما فعلت اتفاقية بروكسل لعام 1968، ومشروع اتفاقية لاهاي لعام 1999، وتشريع بروكسل لعام 2001.

أولاً: اتفاقية بروكسل لعام 1968:

يمكن أن نلاحظ على نصوص اتفاقية بروكسل، فيما يتعلق بالخضوع الاختياري، أمران:

الأمر الأول: تمنع الاتفاقية المستهلك من الاتفاق مسبقاً على منح الاختصاص، في نظر الدعوى الناشئة عن النزاع إلى غير محكمة موطنه؛ لأنّه لا يجوز التنازل عن حق لم يثبت بعد، وتنازل المستهلك عن حقه في إقامة دعواه أمام محكمة موطنه، يقتضي ثبوت هذا الحق له أولا، في حين أنّه لا يثبت ما لم يقم النزاع ، كما أنّ المستهلك لو أبيح له التنازل عن حق إقامة دعواه أمام محكمة موطنه، ربما يلجأ إلى ذلك، لا عن رغبة واقتناع، بل تحت ضغط الحاجة لإتمام العقد، بغية الحصول على السلعة أو الخدمة، وفي كلتا الحالتين هناك شك في صحة رضا المستهلك، في التنازل عن حقه المتعلق بشرط الاختصاص القضائي[3].

الأمر الثاني: في الأحوال التي يكون فيها الاتفاق منصباً على منح الاختصاص إلى محكمة موطن المستهلك، أو كان الاتفاق يعطي للمستهلك حق اختيار المحكمة الأنسب لإقامة دعواه، فإنّ الاتفاق

---

[1] د. عبد الرسول عبد الرضا، أنواع الاختصاص القضائي الدولي(الاختصاص الدولي الاصلي والاختصاص الدولي الطارئ)، محاضرات القيت على طلبة المرحلة الرابعة في قسم القانون الخاص بكلية القانون جامعة بابل (العراق)، منشورة على الشبكة الدولية، ومتاحة على الموقع الاتي:

http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/action_lect.aspx?fid=7&depid.

تاريخ الزيارة 16/11/2021 الساعة 15 :10 ليلاً

[2] د. حسام اسامة محمد، مرجع سابق، ص142.

[3] د. بيبار ماير وفانسان هوزيه، مرجع سابق، ص323.

في هذه الحالة جائز ولو أنصب على عقد استهلاك؛ لانسجام مضمون الاتفاق مع جوهر الاتفاقية في حماية المستهلك، والتأكد من السعي لتحقيق مصالحه تجاه التجار والمهنيين والمحترفين[١].

ثانياً: في مشروع اتفاقية لاهاي لعام 1999 :

أقرت هذه الاتفاقية في الفقرة (12 / ب) من المادة (4) منها، إمكانية اتفاق الأطراف على اختيار المحكمة التي تختص بنظر ما ينشأ عن تعاقداتهم من نزاعات، وإن مثل هذا الاتفاق يعد مشروعاً، من حيث الشكل، لو إنّه أبرم بأية وسيلة أخرى للاتصال، غير الكتابة، مادام يمكن الوصول إلى هذه المعلومات والرجوع إليها عند الحاجة[٢].

ثالثاً: في تشريع بروكسل 2001/44:

أما في تشريع بروكسل فالأمر لا يختلف كثيراً عما ورد في اتفاقية 1968، إذ تعدّ شروط الاختصاص القضائي كقاعدة عامة باطلة، إلا أنّ الاتفاق على شرط الاختصاص القضائي يقع صحيحاً استثناء عند توفر أحدى الحالتين الآتيتين:

1- إذا كان الاتفاق على شرط الاختصاص القضائي لاحقاً لنشوء النزاع[٣].

2- إذا كان الاتفاق على شرط الاختصاص القضائي معاصراً للاتفاق الأصلي بخصوص العقد موضوع النزاع. وتم تضمينه بنداً يمنح الاختصاص القضائي إلى محكمة الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً[٤].

---

[١] د. طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص194.

[٢] د. عادل أبو هشيمه محمود، عقود خدمات المعلومات اللكترونية في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص336.

[٣] د. عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق، ص236.

[٤] اشار الية: المرجع نفسه، ص 237.

وبذلك يكون تشريع بروكسل بحق أكثر حماية للمستهلك من اتفاقية بروكسل، فيما يخص شروط الاختصاص القضائي؛ لأنّه لا يجيز الاتفاق على شرط الاختصاص القضائي إلا في حالات محددة على سبيل الحصر، تحقق أيضاً حماية كافية للمستهلك[١].

أما ما يراه بعض الفقهاء، من أن تشريع بروكسل 2001، لم يحقق الحماية الكافية للمستهلك الالكتروني، قياساً بما قرره التوجيه الأوربي المرقم (13 / 3) (93 / CE)، الذي عد الشروط التي لا يتم بشأنها مفاوضات بين الطرفين المتعاقدين، شروطاً تعسفية، وقرر بطلانها، ومنها شروط الاختصاص القضائي التي ترد في عقود الاستهلاك الالكترونية، التي لا يحدث فيها مفاوضات بين البائع والمشتري؛ لأنّها ترد بصورة مطبوعة معدة سلفاً، وليس بمقدور المستهلك المفاوضة لتعديلها، بمعنى أنّه أما أن يقبل بالعقد كله، بما في ذلك شروط الاختصاص القضائي، أو أن يرفضه كله، فإنّ هذا الرأي غير دقيق خصوصاً إذا عرفنا أنّ التوجيه المذكور قد احتاط لمثل هذه الحالة، في إطار معالجة ما يعرف بـــ "البنود غير العادلة في عقود الاستهلاك"[٢].

الفرع الثاني

وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة المختصة

يجب أن تكون هناك رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة، بعدّها المحكمة التي اتفق الأطراف على الخضوع لولاية قضائها، وذلك لأن إرادة الخصوم تعدّ ضابطاً للاختصاص القضائي الدولي، فيلزم أن تكون مصالح الخصوم او أحدهم تكون مرتبطة بالمحكمة، ما يسهل من اتخاذ الاجراءات اللازمة[٣].

إنّ غالبية الفقه يشترط على وجود رابطة جدية بين النزاع والمحكمة التي اختارها الأطراف، وهذه الرابطة تستمد من عناصر شخصية كالجنسية الأطراف أو موطنهم، أو من

---

[١] د. حسام اسامه محمد، مرجع سابق، ص143.

[٢] المرجع السابق، ص147.

[٣] د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص147.

عناصر موضوعية مستمدة من العلاقة محل النزاع كان يكون محل تنفيذ العقد مثلا بالدولة التي تتبعها المحكمة المختارة[١].

فاذا تبين أن المحكمة المختارة للنظر في النزاع منعدمة الصلة به، فإنّها سوف تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، وهو الجزاء الذي يترتب على عدم وجود صلة بين النزاع والمحكمة التي يختارها الأطراف المتعاقدون، فإن حق القاضي يرجع في التخلي عن اختصاصه، والحكم بعدم اختصاص محكمته رغم الخضوع الاختياري للخصوم لولاية محاكم دولته الى مبدأ نفاذ الاحكام وفاعليتها في المجال الدولي، فلا يصح أن يقوم الخصوم بالتنازل عن الدفع بعدم الاختصاص وقبولهم ولاية قضاء دولة معينة ما يجبر القضاء على التواصل والنظر في هذا النزاع الذي لا يرتبط بإقليم دولة المحكمة وبالنتيجة لا يستطيع القضاء أن يضمن آثار الأحكام التي ستصدر في شأن هذه المنازعة[٢].

والواضح على ما تقدم أن وجود الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة هو شرط لازم لاعتبار الحكم الأجنبي الصادر عن محكمة مختصة، حتى يمكن الأمر بتنفيذه، وهذا الشرط تأخذ به غالبية التشريعات المقارنة، مثلا القانون الدولي الخاص السويسري لسنه 1987، والقانون الدولي الخاص اليوغسلافي لسنة 1983[٣].

هذا، ويذهب الفقه الذي يرى ضرورة وجود رابطة جدية بين النزاع وبين المحكمة التي اتفق الأطراف على الخضوع لولايتها الى تعليل ذلك بالحجج الآتية:

أولاً: إذا كان من المقبول أن يتفق الخصوم على الخضوع الاختياري لمحاكم دولة ما، فإنّه من اللازم أن يكون ذلك في حدود المقبول، وعلى أسس ثابتة حتى لا ينتهي الأمر لأهوائهم أو مجرد رغبتهم في التهرب من أحكام قانون معين، وهو ما يخلّ بحق الدولة الأصيل في تنظيم اختصاص محاكمها، وبما يتفق وسيادتها على إقليمها[٤].

---

[١] د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2009، ص313.

[٢] د . هشام علي صادق، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص171-170

[٣] د. ماهر ابراهيم قمبر، مرجع سابق ص102.

[٤] مرجع السابق, ص104-103.

ثانياً: احترام قوة النفاذ الذي يتطلب أن تكون محاكم الدولة قادرة على الفصل في النزاع وكفالة أثار الحكم الصادر في شأنه على الصعيد الدولي[١].

ثالثا: إنّ انعدام الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المختصة المعهود إليها بالاختصاص يعني وفقا لمفهوم النظرية الأنجلو أمريكي، إنّ المحكمة غير صالحة أو غير ملائمة للفصل في النزاع مما يستتبع أن تتخلى عن نظرها، فإنّ هذه النظرية تجيز للقاضي أن يتخلى عن نظر هذه الدعوى إذا تبين له أنّ الدعوى لا ترتبط بالمحكمة بأي رابطة معقولة، وأنّه من الملائم أن يعرض النزاع إمام محكمة دولة أخرى[٢].

ولاشك أنّ الهدف من وراء هذا الشرط (ضرورة وجود رابطة جدية) هو إغلاق باب التحايل والغش نحو الاختصاص أمام الأفراد، فإذا كان المشرع قد اعتد بإرادة الأفراد، وجعل منها ضابطاً للاختصاص، فليس معنى ذلك أن يطلق عنان إرادة الأطراف بحيث يختاروا ما يشاءون من المحاكم لكي تحكم في نزعاتهم، وما قد يبنى على ذلك من تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لأهوائهم ورغباتهم[٣].

ما لاشك فيه أن تحديد الرابطة الجدية الواجب توافرها بين النزاع والمحكمة – عهد إليها بالاختصاص– أمر ليس ميسوراً في كافة الأحوال. والواقع أن من الصعوبة وضع معيار منضبط يتحدد على أساسه مضمون هذه الرابطة، وإنّ حالات الاختصاص القضائي متعددة وقائمة على ضوابط مختلفة، وهناك حالات يتصور وجود رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختارة مثل جنسية المدعي، وأن يكون متوطنا في دولة المحكمة المختارة أو مقيما فيها، وحالة أن يكون قانون المحكمة المختارة هو الواجب التطبيق. وكذلك يمكن أن تتبع هذه الرابطة من حاجة المعاملات والتجارة الدولية، فقد يتفق الإفراد على إخضاع العقد المبرم بينهم لأحكام وشروط عقد نموذجي متعارف عليه في دولة ما، ويتفقون في الوقت نفسه على العهدة بالاختصاص بشأن المنازعات المتولدة عن هذا العقد لقضاء هذه الدولة، وان من نادى

---

[١] د . هشام علي صادق، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص173.

[٢] د. عصام الدين القصبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، في الاختصاص القانوني الدولي، الطبعة الاولى، دار نصر للطباعة الحديثة، القاهرة، 2010، ص324.

[٣] د. ماهر ابراهيم قمبر، مرجع سابق، ص103.

بضرورة توافر الرابطة الجدية بين المحكمة المختارة والنزاع القائم جانباً من الفقه الفرنسي وكذلك الفقه المصري[1].

يرى الباحث في هذا البحث أن الضوابط العامة للاختصاص القضائي الدولي تمرّ بأزمة مع منازعات المعاملات المصرفية الالكترونية، فإنّ الضوابط الشخصية للاختصاص يصعب تحديدها في العالم الالكترونية، على الرغم من المحاولات التي بذلت في هذا الإطار، كما أنّ الضوابط الموضوعية لا تتوافق مع معطيات العالم الالكتروني ما يجعلها غير ملائمة في منازعات المعاملات المصرفية الالكترونية، أما الضوابط الإرادية هي من الأكثر صلاحية والانسب في مجال المنازعات المعاملات المصرفية الالكترونية على الرغم من أنّ المتعاقد قد لا يرغب في طرح النزاع اما محكمة موطنه التي ستكلفه الكثير من المال والوقت.

[1] د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص125-123.

الخاتمة

درسنا في هذا البحث الاختصاص القضائي بمنازعات المعاملات المصرفية الالكترونية، وعن طريق هذه الدراسة اهتدينا الى مجموعة من النتائج والتوصيات نذكر منها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

1- إنّ ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية تمرّ بأزمة مع منازعات المعاملات المصرفية الالكترونية، فقد رأينا أن الضوابط الشخصية والضوابط الموضوعية يصعب تحديدها في العالم الالكتروني بالرغم من كل المحاولات الفقهية التي بذلت في هذا الإطار.

2- ان للإرادة دوراً مهماً يعتد به في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، وذلك عبر اتفاق أطراف العلاقة القانونية على الخضوع لاختصاص محكمة معينة لحلّ النزاعات، وإن كانت المحكمة غير مختصة أصلا بالنظر في النزاع.

3- إنّ السبب الأهم من وراء هذا التطور او التغيير الذي طرأ على قواعد الاختصاص القضائي الدولي، فيما يتعلق بالمنازعات المعاملات المصرفية الالكترونية في خصوصية الشبكة؛ لأنّها عالمية، مفتوحة على مدار الوقت.

ثانياً: التوصيات:

1- نقترح من الضروري أن يوجد قضاءً رسمياً وطنياً متخصصاً بنظر المنازعات الناشئة عن التقنية الحديثة، فالتخصص هي سمة حصرية تتجه نحوه مختلف العلوم في الوقت الحالي.

2- لم يتضمن القانون المدني العراقي نصاً صريحاً يقرّ بقدرة الإرادة على الاتفاق واختيار المحكمة معينة لحلّ النزاعات الخاصة الدولية، لذلك، فإنّه من الأفضل ايراد مثل هذا النص بدلاً من الاعتماد على الآراء الفقهية والقياس على النصوص الأخرى، ومسايرة العمل لما جار عليه في القوانين الدول الأخرى.

3- ضرورة استبدال قواعد جديدة بقواعد القانون الدولي الخاص، لحلّ مشكلات المنازعات المصرفية الالكترونية، على أنّ القواعد الجديدة ستمثل المنهج الجديد في حلّ هذه المشكلة، ويكون الاستبدال بقواعد موضوعية لها ذاتيتها الخاصة والتي تستجيب للمقتضيات الالكترونية في التعامل.

قائمة المراجع

أوّلاً: المراجع العامة:

د. أحمد عبد الكريم سلامة.

– القانون الدولي الخاص النوعي، اللالكتروني السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

– فقه المرافعات المدنية الدولية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

د. أشرف أبو الوفا.

– الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2009.

د. بدر الدين منعم شوقي.

– دراسات في القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، 1990.

د. بدران شكيب الرفاعي.

– عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص،(دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.

د. حسن الهداوي.

– تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص في العراق، بدون دار طبع، 1972.

د. حفيظه السيد حداد.

– النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الجزء الثاني، 2009.

– الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

د. صلاح الدين جمال الدين.

– القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008.

د. طرح البحور علي حسن.

– عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2007.

د. عز الدين عبد الله.

– محاضرات في تنازع القوانين في العقد، (طلبة الدكتوراه في الكويت)، للعام الدراسي 1973،.

– القانون الدولي الخاص(تنازع الاختصاص الدوليين)، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتب، 1986.

د. عصام الدين القصبي.

– الوجيز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، في الاختصاص القانوني الدولي، الطبعة الاولى، دار نصر للطباعة الحديثة، القاهرة، 2010.

د. عكاشة عبد العال و د. سامي بديع منصور.

– القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة طبع.

د. عكاشة محمد عبد العال.

– القانون الدولي الخاص (الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الاحكام الاجنبية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1969.

د. عوض احمد الزغبي.

– اصول المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة، الجزء الاول، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، عمان، 2003.

د. غالب علي الداودي ود. حسين محمد المهداوي.

– القانون الدولي الخاص، المكتبة القانونية، الجزء الثاني، 2017.

د. مايربيار و هوزية فانسان.

– القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمود مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2010.

د. محمد امين الرومي.

– النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2008.

د. منعم شوقي.

– دراسات في القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، 1990.

د. محمد وليد المصري.

– الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2009.

د. يونس صلاح الدين علي.

– القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2016.

ثانياً: المراجع المتخصصة:

د. أحمد شرف الدين.

– جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2003.

د. الياس ناصيف.

– العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

د. حسام اسامة شعبان.

– الاختصاص بمنازعات التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، 2019.

د. خالد ممدوح ابراهيم.

– ابرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، 2006.

د. رافت رضوان.

– عالم التجارة الالكترونية، المنظمة العربية للتنمية الادارية، مكتبة المنظمة العربية، 1999.

د. عادل أبو هشيمه محمود.

– عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005

د. عبد الباسط جاسم محمد.

– تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014.

د. عبد الفتاح بيومي حجازي.

– التجارة الالكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

د. علاء التميمي.

– التنظيم القانوني للبنك الالكتروني على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2012.

د. عوني محمد الفخري.

– الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقي وتنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنه في القانون الدولي الخاص، مكتبة صباح، بغداد، 2007.

د. فؤاد عبد المنعم رياض.

– أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1995.

د. ماهر ابراهيم قنبر العزاوي.

– ضابط الخضوع الارادي لمحاكم الدولة في اطار علاقات القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنه)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018.

د. ناصر عثمان محمد عثمان.

– الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات الدولية الخاصة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

د. نبيل زيد مقابلة.

– النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.

د. هشام خالد.

– الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012.

د. هشام علي صادق.

– تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة لقواعد الاختصاص الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995.

– تنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1972.

– تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، 2009.

– القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، منشأة المعارف الاسكندرية، 1995.

د. يوسف حسن يوسف.

– البنوك الالكترونية، الطبعة الاولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2021.

ثالثاً: الابحاث والمقالات:

د. احمد شرف الدين.

– الايجاب والقبول في التعاقد االلكتروني، تسوية منازعاته، ورقه عمل مقدمة الى المؤتمر العلمي الاول، حول الجوانب القانونية والامنية للعمليات االلكترونية، الامارات العربية المتحدة، دبي، عام 2003.

د. أحمد عبد الكريم سلامة.

– حماية المستهلك في العقود الدولية االلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، المؤتمر العلمي الاول حول الجوانب القانونية والامنية في التجارة االلكترونية، اكاديمية شرطة دبي، المجلد الاول، 2003.

د. أقدس صفاء رشيد.

– التعاقد عبر الانترنت ومدى مشروعيته في القانون العراقي، مجلة الجامعة العراقية، الجامعة التكنلوجية، المجلد(٢٧)، العدد(١)،2011.

د. رشا علي الدين.

– النظام القانوني لحماية عنوان الموقع االلكتروني دراسة على ضوء قواعد تنازع القوانين، كلية الحقوق– جامعة المنصورة، العدد(67)، 2018.

د. عبد الله الهواري.

– عقود التجارة االلكترونية في القانون الدولي الخاص، مؤتمر الاعمال المصرفية االلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، 2003.

د. فايز عبدالله الكندري.

– التعاقد عبر شبكة الانترنت في القانون الكويتي، مؤتمر الاعمال المصرفية االلكترونية بين الشريعة والقانون، 2003، غرفة تجارة وصناعة دبي.

مراد صائب محمود و هلو محمد صالح.

– فاعلية الخضوع الارادي في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة كركوك، مجلد العاشر، العدد الاول، 2019.

د. محمد عبد الكريم عدلي.

– مدى انطباق قاعدة قانون الارادة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، العدد(٥٢)، 2011.

رابعاً: رسائل الماجستير والدكتوراه:

د. حسام اسامه محمد.

– الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق،2008.

ريا سامي سعيد الصفار.

– دور الموطن في الجنسية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2005.

د. صليح بونفلة.

– النظام القانوني للعمليات المصرفية الالكترونية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ماي قالمة، 2019.

د. عبد النور احمد.

– الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2015.

د. علاء الدين ذيب.

– القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي، اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة الاردن،2004.

د. ميكائيل رشيد علي الزيباري.

– العقود الالكترونية على شبكة الانترنت بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية القانون، الجامعة العراقية،2012.

خامساً: النصوص التشريعية:

– القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م.

– قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم(13) لسنة 1968م المعدل.

– قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004.

سادساً: القوانين النموذجية والاتفاقات الدولية:

- اتفاقية الرياض للتعاون القضائي 1983:
https://adala.justice.gov.ma/production/conventions/ar/conv_arabe/ca_entraide_judiciaire.htm
- اتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة في المسائل التجارية من الاتفاقيات المهمة والتي صيغت عام 2005.
https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court
- اتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام 2005 للاطلاع على الموقع الالكتروني
https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications
- قانون الاونسيسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية 1996، منشورات الامم المتحدة على الموقع:
https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce