International Academic
Journal for Law Studies

2(2)(2020)1-24

الرايه الدولية الالكترونية
INTERNATIONAL ELECTRONIC ALRRAYIH

المجلة الأكاديمية العالمية
للدراسات القانونية

٢(٢)(٢٠٢٠)١-٢٤

دور قواعد الاختصاص القضائي الدولي في حل منازعات المعاملات الالكترونية (دراسة مقارنة)

"The function of international jurisdiction rules in solving electronic transaction disputes

(A comparative study)

د. سماح هادي محمد

Dr. Samah H. Mohammed

الملخص

أضحى العالم اليوم أسير الثورة المعلوماتية فقد تغيرت معظم أنماط الحياة من النمط المادي الملموس إلى النمط الرقمي، فأغلب المعاملات صار من الممكن أدارتها الكترونياً ، ولم يعد من الضروري التواجد المادي لإطراف هذه التعاملات، ومن المؤكد بأن هذه المعاملات التي تُنشأ وتُنقل وتُحفظ وتُداول بين الإفراد ليست في منأى عن الإشكاليات التي تثيرها المعاملات التقليدية ، لا بل قد تكون أكثر نتيجة لطبيعتها الافتراضية و اختراقها الحدود الإقليمية بسرعة هائلة ، وبناءا على ما تقدم فقد سلطنا الضوء على دراسة مدى إمكانية قواعد الاختصاص القضائي الدولي القائمة على أساس الحدود الجغرافية من ملائمة المعاملات الالكترونية التي لا تعترف أصلاً بهذه الحدود ولا تقيم لها وزناً ، محاولين إيجاد الضابط القانوني الذي يمكننا اعتماده في تحديد الاختصاص القضائي بشكل يتوافق مع طبيعتها الرقمية .

الكلمات المفتاحية :الاختصاص القضائي ، التعاملات الالكترونية ، محكمة محل ، ضوابط الاختصاص.

Summary

The world became a prisoner of the information revolution .most lifestyles have changed from physical to digital style ,now most transaction are electronic managed ,it's no longer necessary for the physical presence parties to deal, certainly these dealings are created, transferred, saved, and traded among individual is not far from the problems that related with regular transaction, add to that will be more than that its default nature and it crossed the regional borders very quickly ,up to that we focused on studying the possibility of the rules to international jurisdiction based on geographical boundaries from fittings this dealings that does not recognize these limits and do not evaluate with its effect to try exclusion the legal standard which we can consider in determining jurisdiction consistent with its digital nature.

Key words: Jurisdiction ,Electronic dealings, Court replaced, Standard of jurisdiction

مقدمـــة

إن مسألة عرض النزاع أمام المحاكم الوطنية للفصل في قضية يشوبها عنصر أجنبي يثير بعض الإشكاليات في العقود الدولية التقليدية فكيف الحال إذا ما كنا أمام عقود ذات طبيعة معلوماتية حديثة ، فستثور عدة مسائل سواء ما يتعلق بمعايير تحديد المحكمة المختصة أو فيما يتصل بحدود ونطاق سلطتها أو في مدى فاعلية و نجاعة الإحكام التي تصدرها لفض منازعات المعاملات الالكترونية ، فقد تركت التكنولوجيا أثارها الواضحة في جميع مفاصل الحياة لاسيما في المعاملات الالكترونية التي تتخذ صيغة قانونية ، وهذا التطور والتغيير آثار إشكاليات قانونية جمة واحدة منها تحديد الاختصاص القضائي للفصل بهذه النزاعات .

أهمية البحث

تتضح أهمية الدراسة من أهمية المعاملات الالكترونية (بكافة إشكالها من إبرام العقود الالكترونية والتوقيع الالكتروني ونقل وتبادل وحفظ المعلومات الالكترونية وبرامج الحاسب الآلي وغيرها) التي خيمت ضلالها على جميع الدول ،

فالتعاملات الإلكترونية هي حتما لا تعترف بالحدود الدولية وشانها شان أي تعاملات أخرى تنتج عنها إشكالات قانونية تحتاج وقفة حقيقية من المختصين سواء على الصعيد التقني أو على الصعيد القانوني .

إشكالية البحث

مدى إمكانية إخضاع نزاعات المعاملات الالكترونية إلى القواعد التقليدية المتمثلة بالاختصاص القضائي الدولي ؟ وهل يمكن اعتماد ضابط معين من ضوابط الاختصاص القضائي لفض منازعات المعاملات الالكترونية المشوبة بعنصر أجنبي ؟

منهجية البحث

سنعتمد في أسلوب البحث على المنهج الاستقرائي والتحليلي لنصوص القوانين المقارنة والإحكام القضائية الصادرة عن محاكمها ، وقد اتخذنا من القانون العراقي والمصري والفرنسي أساسا لإجراء دراسة مقارنة في هذه البحث للوقوف على مواطن الضعف والقوة في كل قانون و بيانها.

هيكلية البحث

سنقسم البحث إلى مبحثين حيث نخصص المبحث الأول لدراسة الاختصاص القضائي لحل المنازعات التعاقدية في المعاملات الالكترونية .ويكون المبحث الثاني لدراسة الاختصاص القضائي لحل المنازعات غير التعاقدية للتعاملات الالكترونية، وصولاً إلى خاتمة البحث التي تتضمن أهم التوصيات والمقترحات ، وعلى النحو الأتي :

المبحث الأول

الاختصاص القضائي لحل المنازعات التعاقدية

في المعاملات الالكترونية

لقد آثار الاختصاص القضائي الدولي الكثير من التعقيدات عند عرض النزاعات التقليدية ذات المحل المادي لغرض حلها، فبالتأكيد ستكون هذه التعقيدات أكثر بالنزاعات الالكترونية ذات المحل الرقمي، فسنكون بحاجة ماسة إلى تطويع ضوابط الاختصاص القضائي التقليدي لتطبق على منازعات المعاملات الالكترونية التي تعرف بأنها ((انجاز الإعمال وإبرام العقود الكترونياً وتشمل جميع الأنشطة والأعمال الخاصة بتبادل البيانات والمعلومات الالكترونية وكذلك السلع

والخدمات عبر الانترنت بين المستهلكين والشركات وتسمى *(Business to Consumer) B2C* أو بين الشركات نفسها وتسمى *(Business to Business) B2B* التي تمثل طرفي العلاقة التعاقدية في بيئة الإعمال الالكترونية))[1].

فما هي الضوابط التي تحدد الاختصاص القضائي ومدى أمكانية تطويعها لتتناسب مع الطبيعة المعلوماتية للمعاملات الالكترونية ؟ لغرض تسوية تلك النزاعات واضعين بأذهاننا الفرق بين الضوابط الشخصية والضوابط الإقليمية في تحديد المحكمة المختصة فالأولى تتمثل بضابط الجنسية كمسائل الأحوال الشخصية من (زواج وطلاق ونفقة وميراث ووصية وغيرها) والحقوق الشخصية كالديون والضابط الإرادي الذي يجعل من اختصاص المحكمة طارئ لا أصلي . وتمثل الضوابط الإقليمية اتصال المحكمة بالدعوى بصلة إقليمية مكانية مثل محل وجود العقار والمال المنقول وموطن المدعى عليه ومحل حدوث الفعل الضار ومحل إبرام العقد أو محل تنفيذه ، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب يكون المطلب الأول لدراسة اختصاص محكمة محل إقامة المدعي عليه ، ويكون المطلب الثاني لدراسة اختصاص المحكمة الناجم عن الخضوع الإرادي والمطلب الثالث لدراسة اختصاص محكمة محل إبرام العقد أو تنفيذه ، وعلى النحو الأتي:

المطلب الأول

اختصاص محكمة محل إقامة المدعي عليه

1- Christoph Brenn , *Derelektronische Geschaftsverkehr* ,OJZ, Turkey ,1999,p. 481.

وعرف المشرع العراقي المعاملات الالكترونية في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ في المادة (ا/ سادساً) بأنها ((الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بوسائل الكترونية)) ولم يعرف المشرع المصري المعاملات الالكترونية في قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ وإنما اكتفى بذكر المحرر الالكتروني في المادة (١/ ب) منه وبالحقيقة يختلف مفهوم المحرر الالكتروني عن المعاملات الالكترونية كون الأخيرة ذات مفهوم أوسع وكان الأجدر بالمشرع المصري إيراد تعريفاً لها .

تأخذ العديد من القوانين بضابط اختصاص محكمة موطن المدعي عليه بالدعاوى التي ترفع عليه ، ويعد هذا الضابط من أهم الضوابط التي يقوم عليها توزيع الاختصاص القضائي الدولي في كافة الدول[١].

وقد استقر العمل بهذا الضابط عند قيام النزاعات الدولية وذلك بسبب إن الأصل بالإنسان براءة الذمة ومن يدعي خلاف ذلك عليه أن يسعى هو إلى موطن المدعي عليه ،فمن قواعد العدالة أن يتحمل المدعي مشقة البحث والانتقال إلى المحكمة الكائنة في موطن المدعي عليه لإثبات خلاف الأصل ، ويعد هذا الضابط ذا أهمية كبيرة في الواقع العملي لان اختصاص محكمة الموطن أو محل إقامة المدعي عليه تكون ذات قوة لنفاذ إحكامها الصادرة عنها لما لها من سلطة فعلية عليه[٢]، وكذلك فانه يمثل سيادة الدولة على كل ما يوجد فوق إقليمها ، ويتسم هذا الضابط بكونه ضابط إقليمي وشخصي بذات الوقت لأنه قائم على أساس الصلة بين الشخص وإقليم الدولة وهو ضابط قانوني مبني على فكرة الموطن أو محل الإقامة وكذلك فانه ضابط علم لأنه يتضمن كافة أنواع المنازعات[٣] .

قد يتبادر إلى الذهن سؤال هل إن معيار محل الإقامة هو ذاته معيار الموطن ؟ إن من وجهة نظر الفقه هناك اختلاف بين المعيارين فمحل الإقامة يعني المكان الذي يقيم به الشخص إقامة مادية لمدة محدودة دون نية البقاء فيه ، إما الموطن فيعني المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة بنية البقاء فيه[٤]. لكن الاتجاه الحديث لدى فقهاء القانون الدولي الخاص يرمي إلى جعل الإقامة كقرين أو بديل للموطن في مواضع عدة ، حيث يتفادى هذا الاتجاه الخلافات المترتبة على تعدد صور فكرة الموطن في الأنظمة القانونية المختلفة[٥]. بالنسبة للتشريعات المقارنة فلم يتناول المشرع الفرنسي الاختصاص القضائي الدولي المنعقد لمحاكم فرنسا إلا بالمادتين ١٤ و١٥ من القانون المدني الفرنسي النافذ فقد نصت المادة ١٤منه على ((إن الأجنبي حتى وان لم يكن يسكن في فرنسا يمكن استحضاره أمام المحاكم الفرنسية لإنفاذ الالتزامات التي تعاقد عليها في فرنسا مع فرنسي ويمكن إحالته أمام محاكم فرنسا من اجل الالتزامات المبرمة من قبله في البلاد الأجنبية تجاه الفرنسيين)).

---

١. د. جمال محمود الكردي، **الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الإحكام الأجنبية** ، دار النهضة العربية ،ط١، ٢٠٠١، ص.١٣

٢. نبيل زيد مقابلة ، تنفيذ ، **احكام التحكيم الأجنبية**، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦ ،ص.٨٢

٣. د. يونس صلاح الدين علي ، **القانون الدولي الخاص** ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ،٢٠١٦ ، ص٤٥٣.

٤. د. غالب الداوودي ، **القانون الدولي الخاص الأردني** ، الكتاب الأول ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٨،ص٢٢٤

٥. د. جمال محمود الكردي ، المرجع نفسه ، ص١٥ .

وتتناول هذه المادة إحكام مقاضاة الأجنبي رغم عدم توطنه في فرنسا، ونصت المادة ١٥ منه على ((يمكن مقاضاة الفرنسي أمام إحدى محاكم فرنسا بخصوص التزامات معقودة من قبله في بلد أجنبي وحتى مع أجنبي)) حيث أن المشرع الفرنسي اعتمد على الاتفاقيات الدولية كاتفاقية بروكسل وروما بهذا الشأن مما جعله بموقف انتقاد دائم من قبل الفقه الفرنسي الذي يقوم بسد النقص التشريعي بإضافة ضوابط أخرى قياساً على ضوابط الإسناد الداخلية في القانون الفرنسي واعتمادها لدى القضاء الفرنسي ، وفي قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ في المادة ٢٩ منه التي نصت على ((تختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ....)) وكذلك المادة ٣٠ من ذات القانون ((تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال الآتية ١. إذا كان له في الجمهورية موطن مختار .....٩. إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية))، ولم نجد نص تفصيلي مشابه للتشريع المصري في التشريع العراقي ، ألا أن المشرع العراقي نص في المادة ١٥ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ نص على أن ((يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية ١- إذا وجد في العراق....)) فالتواجد هنا لم يقصد منه الإقامة أو اتخاذ العراق كموطن ، ولكن اعتبر القضاء العراقي بان المحكمة العراقية هي المختصة بالنظر في النزاع الذي يكون المدعي عليه الأجنبي موجوداً في العراق سواء كان ساكناً فيه بصورة دائمة أو مؤقتة وقت رفع الدعوى ، وبمفهوم المخالفة إذا كان الأجنبي خارج العراق وقت رفع الدعوى فلا يوجد هناك اختصاص للمحكمة العراقية على الشخص الأجنبي[١].

ولكن لو كان المدعى عليه عراقياً مقيم في الخارج فيقاضى بالمحاكم العراقية عملا بالمادة ١٤ من القانون المدني العراقي وإلى هذا أشار القضاء العراقي بحكمه الصادر في مبدأ الحكم ((يكون الاختصاص القضائي في نظر النزاع الحاصل بين طرفين عراقيين خاضعاً لولاية القضاء العراقي ويجوز للمدعي مقاضاة المعترض أو كفيله أو كليهما في

---

١ – د. غالب علي الداوودي ، د. حسين محمد الهداوي ،**القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الإحكام الأجنبية** ،ج٢،العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ،بلا سنة طبع، ص٢٤٦ .

٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم ٦٠٥ في ٢٠١٨/٤/٣ (غير منشور).

٣ـ قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم ١٠٨٢ في ٢٠٠٦/٨/٢٨ (غير منشور).

أي مكان يقيم فيه هؤلاء أو أي منهما أو يوجد لهما أو لأي منهما أموال منقولة وغير منقولة فيه))[٢] ، وكذلك حكمه الصادر في قضية أخرى بنصه ((أن محاكم العراق هي المختصة بالنظر في المنازعات التي تحدث بين الطرفين حتى ما نشأ منها بالخارج عملا بنص المادة ١٤ من القانون المدني العراقي))[٣].

ونجد ان المشرع العراقي قد اختار موطن المدعى عليه كضابط يحدد الاختصاص القضائي.

ونصت المادة ٤١ من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ (المعدل) على ((إذا لم يكن للمدعي عليه موطن ولا سكن في العراق فتقام الدعوى في المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو سكنه ، فان لم يكن للمدعي موطن ولا سكن في العراق فتقام الدعوى في محاكم مدينة بغداد)) واستنادا إلى هذا النص هل يمكن إعمال ضابط اختصاص محكمة موطن أو إقامة المدعي عليه في مجال منازعات المعاملات الالكترونية ؟ نجيب على هذا التساؤل بأنه أصبح من المعروف إن عقود منازعات المعاملات الالكترونية عبارة عن مجموعة البيانات والمعلومات والبرامج التي تنتقل من دولة إلى أخرى ضمن منظومة الكترونية مما يجعل من موطن المدعي بعيدا عن موطن المدعي عليه ، فهنا نكون أمام عدد من الاحتمالات وهي :

١ـ قد يجد المدعي إن محل إقامة المدعي عليه بعيداً وهذا أمر معتاد في مجال هذا النوع من العقود، مما يجعلها تتقاعس عن السعي في الحصول على الحماية القضائية لها أحيانا[١].

٢. أو قد يكون قضاء هذه المحكمة وقانونها الوطني لا يعترف بالحقوق الناجمة عن هذه العقود أصلا فبالتالي لن يتمكن من الحصول على حقوقه التي يروم إليها .

٣. أو أن المدعي يقيم دعواه في موطن المدعي عليه إلا أنها ستواجه مشكلة الموطن الافتراضي[٢] لأنه قد تكون للجهة المدعى عليها موطن أو محل إقامة فعلي يختلف عن الموطن الافتراضي الذي ترسل برامجها من خلاله . وهنا لابد أن يتم تحديد موقع المورد الالكتروني وذلك ضمن البيانات الخاصة به وهذا ما تفرضه الاتفاقيات والقوانين الحديثة لغرض تحديد الموقع الجغرافي لكلا الطرفين .

---

[١] . احمد عبد الكريم سلامة ، **القانون الدولي الحاص الزراعي** ، دار النهضة العربية .٢٠٠٣. ص٩٣.

٢-عادل ابو هشيمة ،عقزد معلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ،٢٠٠٤،ص٢٣١-٢٣٢.

٣- د. يونس صلاح الدين علي ، المرجع السابق ، ص٤٥٤.

المطلب الثاني

اختصاص المحكمة الناجم عن الخضوع الإرادي

ويسمى أيضا الاختصاص القضائي الدولي الطارئ ، ويقصد به قبول الخصوم في الدعوى عن اختيار وإرادة اختصاص محكمة دولة معينة ضمناً او صراحة الخضوع لولايتها رغم عدم اختصاصها بالأصل ، ودون الدفع بعدم اختصاصها[٣].

وقد أخذت الاتفاقيات و التشريعات بضابط الخضوع الإرادي في تحديد الاختصاص القضائي لمحكمة دولة ما فقد أقرت اتفاقية الإقامة والصلاحية العدلية المرتبطة بمعاهدة لوزان عام ١٩٢٣ بهذا الضابط في المادة ١٦ منها شرط إبداء الخصوم موافقتهما على المحكمة غير المختصة خطياً ، وقد اصدر الاتحاد الأوربي التوجيه رقم (٤٤) لسنة ٢٠٠١ الذي أصبح واجب التنفيذ في ٢٠٠٢ /٣/١ في أوربا عدا دولة الدانيمارك ، الخاص بالاختصاص القضائي والاعتراف بالإحكام القضائية في المسائل التجارية والمدنية بالمادة (الثانية) منه التي نصت على ((الأشخاص الذين يوجد محل إقامتهم في إحدى الدول الأعضاء أيا كانت جنسياتهم يمكنهم رفع دعواهم أمام محاكم أي دولة عضو إما الأشخاص اللذين ليسوا من مواطني دولة عضو ويقيمون في دولة من دول الاتحاد تطبق عليهم فقط قواعد الاختصاص القضائية التي تقررها تلك الدولة على مواطنيها))[١] فنلاحظ بان عبارة (يمكنهم رفع دعواهم أمام محاكم إي دولة عضو) تدل على مسألة الخضوع الإرادي وإمكانية الترافع أمام أي محكمة من محاكم الاتحاد الأوربي بحرية ، ويعد هذا الضابط من أهم الضوابط وأكثرها صلاحية لحل منازعات المعاملات الالكترونية لما يقدمه من تسهيل وتخطي لعقبة الحدود والمسافات التي تعتمدها الضوابط الأخرى ، وكذلك نص المواد (١٧، ١٨) من اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٦٨ الخاصة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الإحكام في المسائل المدنية والتجارية والتي أدخلت لحيز التنفيذ سنة ١٩٧١ وخضعت لعدة تعديلات بعدها. وكذلك اتفاقية لوكانو التي دخلت حيز التنفيذ سنة ١٩٨٩ ، وكذلك مذكرة المجلس

---

[١] – مشار إليه لدى د. عبد الرسول عبد الرضا جابر ، **الاختصاص القضائي الدولي الطارئ** ، **القانون الدولي الخاص** ، موقع نظام التعليم الالكتروني لكلية القانون، جامعة بابل، متاحة على الموقع الالكتروني www.uobabylon.edu.iq تاريخ الزيارة في تاريخ ٢٠١٨/١/٢٠ في الساعة9:10 p.m.

الأوربي رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠٢ التي حلت محل الاتفاقيتين المذكورتين أعلاه فبموجب المادة ٢٣ منها أجازت منح الاختصاص لمحاكم دولة عضو في الاتحاد هي في الأصل غير مختصة ولكن بشرط أن يكون احد المتعاقدين على الأقل عند إبرام الاتفاق متوطن في دولة عضو بالاتحاد الأوربي وان لا يمس الاتفاق القواعد الآمرة المتعلقة بالاختصاص القاصر لمحاكم دول الأعضاء ويستلزم امتناع الدول الأخرى من الاتحاد أن تنظر بالنزاع نفسه مادام تم اختيار المحكمة المختصة من قبل الإطراف ولم ترفض تخصصها[١] .

وفي التشريعات المقارنة فنلاحظ بان المشرع الفرنسي لم يضع قواعد منظمة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية في القانون المدني الفرنسي سوى بالمادتين (١٤،١٥) وقانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر في ١٩٧٥/١٢/٥ ألا إن هذا القانون تضمن نص على قدر كبير من الأهمية يحدد مبدأ الخضوع الاختياري بنص المادة ٤٨ ((بان كل شرط يخالف بطريق مباشر أو غير مباشر قواعد الاختصاص المحلي يعتبر عديم الأثر هذا ما لم يكن قد اتفق عليه بين أشخاص لهم صفة تاجر)) ، فيلاحظ على هذه المادة بان كل اتفاق يخالف مقتضى قواعد الاختصاص المحلي يعد باطل وعديم الأثر مما يبطل اتفاق الخضوع الإرادي لولاية القضاء، وبمفهوم المخالفة كل اتفاق لا يخالف قواعد الاختصاص المحلي بسلب الاختصاص من المحاكم الفرنسية يمكن إعماله . إلا إن الفقه الفرنسي اجمع على ضرورة عدم سريان ذلك الحظر في أطار العلاقات الدولية كونه حظر محلي داخل فرنسا فقط ، لا وجود له إذا ما تعلق الأمر بالنزاعات الدولية المشوبة بالعنصر الأجنبي[٢] . وفي مصر فقد نص قانون المرافعات

---

[١] . د. عوني محمد الفخري ، **أرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية(دراسة مقارنه)**،ط، منشورات زين الحقوقية،٢٠١٢، ص٢٧-٢٨.

[٢]- عبد الرزاق دربال، **دراسة عن ضابط الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الاختياري لجهة قضائية معينة**، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ،٢٠١٠ ، نقلا محمد قط ، **الخضوع الاختياري كضابط اختصاص قضائي دولي للمحاكم الوطنية** ،رسالة ماجستير من كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة قاصدي مرباح _ورقلة ،٢٠١٥، ص٣١.٢٩ متاح على الموقع الالكتروني https://bu.univ-ouargla.dz تم زيارة الموقع بتاريخ ٢٠١٨/١/٢٠ الساعة 10:20 p.m .

٢- نصت المادة (٧/هـ،و) من القانون أعلاه على ((تعتبر المحكمة الأجنبية ذات صلاحية إذا تحقق احد الشروط الآتية ..... هـ / كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره .و/ كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه)) .

المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ (المعدل) في المادة ٣٢على ((تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً)) .

أما في التشريع العراقي فلم ينص القانون صراحة على مسألة الخضوع الإرادي أو منح الاختصاص للمحاكم العراقية ولكن يمكننا أن نستخلص من مفهوم المخالفة لنص المادة ٧ من قانون تنفيذ الإحكام الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ التي تشير إلى حالات اختصاص المحاكم الأجنبية في الفقرتان (هـ) و (و) منها[١]، حيث لا يجوز سلب الاختصاص من المحاكم العراقية إذا كانت هي المختصة بالنظر في النزاع . ومن وجهة نظرنا كان الأجدر بالمشرع العراقي إن يرد نصاً مستقلاً بمشروعية الخضوع الاختياري للقضاء العراقي بدلاً من نصه على العكس ألا وهو سلب الاختصاص الأمر الذي يستلزم من القضاء والفقه البحث عن مفهوم المخالفة لنص المادة (السابعة) من القانون أعلاه .لاسيما وان جلب الاختصاص او الاختصاص الجالب أفضل في جانب ناحية السيادة الدولية من سلب الاختصاص أو الاختصاص السالب. وقد أورد القضاء وبعض الفقهاء عدد من الشروط لصحة الخضوع الاختياري فمنهم من اشترط وجوب أن يكون النزاع دولياً كما في القضاء الفرنسي ((بوجوب إن يكون النزاع محل الاتفاق المانح للاختصاص متصف بالصفة الدولية أمرا ضرورياً من اجل صحة هذا الاتفاق))[٣].

ووجوب وجود الرابطة الجدية بين النزاع المطروح ودولة المحكمة المختارة كان تكون هذه الرابطة هي جنسية احد الخصوم أو محل إقامته أو كان تقرر الإطراف إخضاع اتفاقهم لعقد نموذجي شائع في دولة ما وان تكون محاكم تلك الدولة مختصة بالنظر بالنزاعات الناجمة عنه [٤] . ونجد ان القضاء الفرنسي قد تنازل عن الاختصاص القضائي في عدة مناسبات وذلك بسبب وجود رابطة أوثق صلة بالقضاء الأجنبي منه ففي عام ٢٠١١ تنازل القضاء الفرنسي عن الاختصاص القضائي لصالح القضاء الايطالي باعتباره (البلد المنشأ للعلامة التجارية)[٢] وكذلك تنازله عن اختصاصه القضائي وذلك حسب إرادة طرفي العقد اللذين تمسكوا بحقهم في الفصل بدعواهم بأي محكمة من محاكم

---

[٣]– قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٨٥/١٢/١٨ / مشار إليه لدى د. هشام علي صادق ، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي** ، القاهرة ،٢٠٠١ص١٦٦

٤– د. حسن الهداوي ، **القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين ، دار الثقافة للنشر ، عمان ،٢٠٠١، ص٢٥٣.

[٢] – قرار محكمة استئناف باريس رقم ٧١٤٣٦.٠٩ في ٢٠١١/٣/٢٧ (غير منشور).

دول الاتحاد الأوربي عملا بالمادة ٢٣ من اتفاقية لوكانو رغم إصرار المحكمة الفرنسية في بادئ الأمر بالنظر بالدعوى بسبب محل إبرام العقد حيث أن العقد كان مبرم في فرنسا بين بنك (كريدي سويس) السويسري وبين شركة (NJRH) الانكليزية ، إلا أنها قبلت بسلب الاختصاص من محاكمها بسبب مبدأ الخضوع الإرادي لطرفي العقد[١]. وهناك جانب من الفقه والقضاء يرى لا أهمية لشرط الصلة الوثيقة الذي نادى به البعض فيمكن إن تكون المحكمة المختارة ليست على صلة لا من بعيد ولا من قريب بالنزاع كما في حكم محكمة النقض الفرنسية التي أشارت إلى صحة الاختصاص القضائي الوارد في العقد المبرم بين الشركة الألمانية EUROPA CARTON والشركة الفرنسيةCIFAL [٢].

وهناك من يشترط إن لا تكون المحكمة المختارة مختصة أصلا بنظر النزاع .فإذا كانت المحكمة المختارة هي صاحبة الاختصاص أساسا فلا يجوز إن يعتبر هناك جلب للاختصاص إليها عن طريق الخضوع الإرادي لأنها هي المختصة بالنظر في النزاع منذ البدء. وفي القضاء العراقي أشار إلى مفهوم الخضوع الاختياري في محكمة التمييز العراقية في قرارها الذي نص على ((إذا أُبرم العقد في العراق واتفق الطرفان على تنفيذه فيه وان تكون المحاكم في ألمانيا الغربية هي التي تنظر النزاع باعتبار إن احد طرفي العقد شركة أجنبية فان هذا الاتفاق لا يسلب اختصاص المحاكم العراقية من رؤية النزاع إذا لجأ إليها احد الطرفين))[٤].

وغيرها من المحاكم الأجنبية التي أكدت بدورها على أهمية الأخذ بمعيار الخضوع الإرادي لاختصاص قضائي لدولة ما ، ولأهمية هذا المعيار سنشير بعض قرارات المحاكم التي أخذت به رغم كونها ليست ضمن الدراسة المقارنة التي تتضمنها منهجية البحث [٥].

---

١ – قرار محكمة استئناف باريس رقم ١٦–٢٤٤٩٧في ٧\١٢\٢٠١٨ (غير منشور).

٣–هشام علي صادق و د. حفيظة السيد حداد ،الموجزفي القانون الدولي الخاص،دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ،٢٠١٥،ص٤٠٤–٤٠٥.

٤– قرار رقم ٢٤٥ ، الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز العراقية ٨٣. ٨٤ المؤرخ في ١٩٨٥/٢/٢٧. مشار إليه لدى د. عوني محمد الفخري ،المرجع السابق ، ص٢٩ .

٥. وقد أشارت إلى مبدأ الخضوع الاختياري أيضا المحاكم الأجنبية مثل القضاء الانكليزي الذي أكد بأكثر من مناسبة على اختصاص المحكمة الانكليزية إذا ما خضع ذوي العلاقة إلى ولايتها مع التشديد في حالة سلب الاختصاص منها ، ففي عام ١٩٧٠ حكم بذلك القاضي Randon في قضية The Eleftheria ، حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة الانكليزية في هذه القضية بان ١. عند قيام المدعي الدعوى في انكلترا بالرغم من وجود اتفاق على اختصاص محكمة أجنبية لنظر النزاع فتبقى المحكمة الانكليزية=

وهناك دراسات حديثة جدية في الولايات المتحدة وكندا لاعتماد أنظمة حديثة لهذا الضابط بشكل تتلاءم مع طبيعة العقود المعلوماتية محل الدراسة ، وتتمثل بالاتي:

١ . نظام القاضي الافتراضي : وهو نظام تبنته دراسة أمريكية تم إرساء دعائمها في ١٩٩٦ من قبل بعض أساتذة مركز القانون وامن المعلومات في الولايات المتحدة الأمريكية حيث تقدم الدعاوى إلى القاضي الافتراضي المتخصص بحل النزاعات ذات الطابع ألمعلوماتي خلال ٧٢ ساعة فالإطراف الدعوى اختيار القاضي المتخصص وخبراء في مجال تكنولوجيا المعلومات .

٢ـ نظام المحاكم الافتراضية : وهي (عبارة عن نظام خارج الحدود الوطنية ولا يتركز في موقع جغرافي محدد ويكون متاحا لأي شخص بالعالم)[١]. وهذا النظام نشأ في كلية الحقوق جامعة مونتريل الكندية في عام ١٩٩٦ والغرض من إنشائه هو فض المنازعات الناجمة عن استعمال العالم الافتراضي ، ونجد إن هذه الأنظمة رغم عدم إعمالها بشكل واقعي وفعلي في هذا المجال ، إلا أنها تمثل قفزة في النظام القضائي لما تقدمه من سرعة في الانجاز وقلة التكاليف و قلة الجهد المبذول في فض هذه النزاعات ، حيث أنها تفتح أمام رجال القانون أفاق جديدة وحلول لم تكن في الحسبان.

وان ضابط الإرادة من وجهة نظرنا هو الضابط الأكثر مرونة واستجابة لمتغيرات الواقع سواء بالعالم الرقمي أو بالعالم التقليدي ، فحيثما تكون الإرادة سواء باختيار القانون الواجب التطبيق أو باختيار المحكمة المختصة للفصل بالنزاع ، نكون أمام مساحة واسعة من الحرية تسهل عملياً حل النزاعات بشكل أسرع وأسهل وأفضل من اعتماد الضوابط الأخرى التي عادة ما تصطدم بعقبات وإشكاليات مما يؤثر سلباً على سرعة فض النزاع وضمان مبدأ العدالة والسيادة .

=هي المختصة وهي غير ملزمة بهذا الاتفاق فلها السلطة التقديرية بإعماله أو إهماله ٢ـ على المحكمة بموجب سلطتها التقديرية إعمال الاتفاق ما لم يقدم لها من الأسباب ما يمنعها من ذلك ٣ـ إن المكلف بتقديم هذا الأسباب هو المدعي ٤ـ على المحكمة ان تأخذ بنظر الاعتبار كافة ظروف القضية ٥ـ عليها مراعاة كون الأدلة متوفرة في أي بلد وهل يوجد اختلاف بين المحكمة التي ستطبق قانونها على العقد وبين القانون الانكليزي من ناحية القواعد الموضوعية وبأي بلد يرتبط إطراف الدعوى ارتباطاً أوثق وهل هناك منفعة حقيقة أو مصلحة مشروعه للمدعي عليه من محاكمته لدى محكمة أجنبية أو انه يسعى للحصول على فوائد إجرائية ، وهل يضار المدعي من التقاضي أمام محكمة أجنبية فهل سيحرمه الأمر من دعواه كان يكون بسبب التقادم الذي لم يحين موعده بعد حسب القانون الانكليزي أم انه سيواجه مشاكل إجرائية تؤدي إلى نتائج غير عادلة بسبب سياسي أو ديني أو عرقي))، وكذلك قرار المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٧٢في قضية The Bremen V.Zapata off-shore co.فتشير هذه القضية إلى حرية المتعاقدين في عقود التجارة الدولية إلى اختيار المحكمة المختصة ويكون هذا الشرط ملزم يقضي تنفيذه وان كان لمصلحة محكمة ليست على علاقة بالنزاع ما دام الشرط لا يخالف النظام العام الأمريكي وغير مشوب بالغش ، ولازال رأي المحكمة العليا هذا متبعا في المحاكم الفيدرالية الأمريكية . مشار إليه د. عوني محمد الفخري ، المرجع السابق ، ص٣١.

1. Catherine Kessedjian ,*Electronic data interchange ,internet and electronic commerce*, Hague conference on private international law ,p16-18.

وفي معرض دراستنا لهذه المواضيع وجدنا تساؤلاً مهماً يجدر بنا الإشارة إليه والإجابة عنه ما هو القانون الواجب التطبيق على الخضوع الاختياري للمحاكم ؟ فلو رفعت الشركة الموردة للمعلومات دعوى أمام القضاء المختار وأثيرت مسألة صحة هذا الاتفاق المانح للاختصاص القضائي من عدمه ، فما هو القانون الذي يجب إن تطبقه هذه المحكمة ؟ هل تطبق قانونها الوطني ؟ أم تطبق القانون الذي يحكم العقد الأصلي الذي نُص فيه على الشرط المانح للاختصاص

يرى جانب من الفقه الفرنسي بان القانون الواجب التطبيق على الاتفاق المانح للاختصاص القضائي أمر متعلق في تحديد طبيعة الاتفاق المانح للاختصاص فهو بناءاً على ذلك يخضع تحديد القانون الواجب التطبيق إلى قانون القاضي باعتباره قواعد إجرائية رتبها الاتفاق الذي يهدف إلى جلب الاختصاص إلى المحكمة التي طُرح النزاع أمامها[1] ، بينما يرى فريق أخر منهم بوجوب اعتماد الطبيعة العقدية لاتفاق المانح للاختصاص وبذلك فهو يخضع للقانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية ، ولكن ارتأى فريق أخر من الفقه إلى وجوب عدم التفرقة بين الطبيعة الإجرائية أو العقدية للشرط المانح لان الشرط المانح يجد مصدره في اتحاد إرادتين في العقد إلا إن محله وأثره ينصبان على سلب الاختصاص من محكمة وجلبه لأخرى ، وهذا يعني عدم إمكانية تطبيق قانون واحد بل يجب تطبيق قانونيين فيكون احدهما يفصل في مسألة صحة العقد والأخر يفصل في الآثار التي يرتبها العقد ، وهذا الرأي الذي نؤيده بدورنا لما يحمله من موازنة حقيقية بين الرأيين السابقين.

المطلب الثالث

اختصاص محكمة محل إبرام العقد أو تنفيذه

يعتبر هذا الضابط ضابطاً احتياطياً فهو يلي بالمرتبة ضابط محل إقامة المدعي عليه وضابط الخضوع الإرادي ، فإذا انعدم ضابط الاختصاص القضائي القائم على محل إقامة المدعي عليه و ضابط الخضوع الإرادي أو الاختياري فلا يوجد أمام القاضي سوى اللجوء إلى ضابط اختصاص محكمة محل إبرام العقد أو تنفيذه لغرض فض منازعات المعاملات الالكترونية ، ففي التشريعات المقارنة نصت المادة (١٤) من القانون المدني الفرنسي النافذ على ((أن الأجنبي حتى لو لم يسكن في فرنسا يمكن استحضاره أمام المحاكم الفرنسية لإنفاذ الالتزامات التي تعاقد عليها في

---

[1] -د. هشام علي صادق ،د. حفيظة السيد الحداد، **الموجز في القانون الدولي الخاص**،المرجع السابق، ص٤٠٧.

فرنسا....)) ،ونصت المادة (٢/٣٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ (المعدل) ((تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال الاتية٢ـ إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية كانت بالتزام نشأ ونفذ أو كان واجب تنفيذه فيها...)).

وكذلك فان المادة ١٥ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ أيضا نصت على ((يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية... ج / إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق)) ، فنلاحظ بان المشرع العراقي قد جعل محل إبرام العقد أو تنفيذه ضابط من ضوابط اختصاص المحاكم العراقية للنظر في الدعوى ، ونصه ((..عن حادثة وقعت في العراق)) إشارة منه إلى اختصاص المحاكم العراقية أيضا عن الالتزامات غير التعاقدية التي تحدث فيه إلا إن هناك مشكلة تواجهنا في اعتماد هذا الضابط إلا وهي عدم القدرة على تحديد محل إبرام العقد أو تنفيذه في التعاملات الالكترونية.

ففي هذه العقود يتم إرسال المعلومات من مواقع الكترونية على شبكة الانترنت لا تشير إلى محل وجودها الفعلي أو يتم تنفيذ العقد في أكثر من دولة نتيجة لطبيعة محل هذا العقد المعلوماتية المختلفة عن العقود ذات المحل المادي ، فيبرم العقد بين طرفين قد لا يشير كلاهما إلى موقعهما الحقيقي.

حيث يستطيع مورد الخدمات أو الجهة التي ترسل البيانات إن ترسلها لأكثر من دولة ، فلأي محكمة ينعقد الاختصاص للنظر بالنزاع ؟ للإجابة على هذا السؤال من وجهة نظرنا يتحتم على القاضي الرجوع إلى محل إبرام العقد لاعتماد محكمة محل الإبرام كمحكمة اختصاص للنظر في الدعوى ، فكل عقد ينفذ لابد من وجود محلاً له قد ابرم فيه وان استصعب الأمر على القاضي بسبب طبيعة هذا العقد فانه يبحث عن المحكمة الأكثر ارتباطاً وصلة بالعقد كان يكون احد مواطن التنفيذ هو نفس موطن جنسية احد طرفي العقد او بناءاً على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فالاختصاص القانوني يجلب الاختصاص القضائي وغيرها من الظروف التي يجب إن يبحث القاضي عنها ، لأنه ليس من العدالة إحجام القاضي عن النظر بالدعوى المرفوعة إليه من الجهة المتضررة بحجة عدم وضوح الاختصاص لمحكمته فان وجد اختصاصه فعليه الفصل فيها ،وإلا فعليه إحالتها للمحكمة المختصة التابعة للدولة الأخرى.

المبحث الثاني

الاختصاص القضائي في حل المنازعات غير التعاقدية

في التعاملات الالكترونية

عند وقوع الفعل الضار أو الفعل غير المشروع كالاعتداء على حقوق ملكية المعلومات وتداولها عبر المواقع الالكترونية فان المعتدى عليه قد لا يكون طرفاً بالعلاقة التعاقدية القائمة بين الطرف مورد الخدمة وبين الطرف المستفيد منها ، فهنا إي محكمة ستكون هي المختصة بالنظر في الدعوى عن هذه الإعمال الضارة ؟ وما هي الضوابط التي يتعين إعمالها لتحديد اختصاصها القضائي ؟

ولابد أن نشير ابتداءً إلى انه لا يفضل اعتماد ضابط موطن المدعي عليه أو محل إقامته في المنازعات الناجمة عن المسؤولية التقصيرية في العالم الرقمي لما يحمله من ازدواجية فما كان مشروع في بلد قد لا يكون كذلك في بلد أخر وإلى هذا المفهوم أشارت المادة (٢/٢١) من القانون المدني المصري والمادة (٢/٢٧) من القانون المدني العراقي[1]. وتأكيدا على ما أوردناه فان مشكلة الازدواجية التي نحن بصددها ليست مشكلة خاصة

---

[1] - نصت المادة (٢/٢١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ تشير إلى ((على انه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري إحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر وان كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه)). ونصت المادة (٢/٢٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ إلى ((على انه لا تسري إحكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه)).

[1] - نصت المادة (٢/٢٢) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦((ولا تسري إحكام الفقرة السابقة بالنسبة إلى الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في المملكة الأردنية الهاشمية وان كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه)) وقد نصت المادة (٢/٢٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ ((ولا تسري إحكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع وذلك بالنسبة للوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في دولة الإمارات العربية المتحدة وان عدت غير مشروعة في البلد التي وقعت فيه)) وكذلك المادة (٢/٢١) من القانون المدني الليبي الصادر في ٢٠ فبراير لسنة ١٩٥٤ أيضاً نصت على ذات المفهوم ((على انه في الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري إحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في ليبيا وان كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه))، فنلاحظ من هذه النصوص المتشابهة للتشريعات العربية الازدواجية في عدم المشروعية فيمكن إن يكون العمل مشروعا وغير مشروع في إن واحد أمام محكمتين تابعتين لدولتين مختلفتين ففي ما تعده محكمة دولة مشروعا قد تعده محكمة دولة أخرى عمل غير مشروع مما يعني ضياع حق المعتدى عليه في ضل اعتماد هذا الضابط ، لذا يفضل اعتماد ضابطاً أخر في العالم الرقمي لغرض ضمان المضرور حقه كان يعمد إلى الاتفاق على اختيار المحكمة التي ستنظر بالنزاع ، على غرار اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاعات المعلوماتية .

بالقوانين المقارنة في محل الدراسة وإنما هي في اغلب القوانين العربية التي نود الإشارة إليها رغم أنها ليست من ضمن الدراسة المقارنة[١] ،

ونعمد إلى دراسة الضوابط الأخرى التي تحدد الاختصاص القضائي في حل منازعات المعاملات الالكترونية في أطار المسؤولية التقصيرية ، وذلك في ثلاثة مطالب يكون المطلب الأول لدراسة اختصاص محكمة محل وقوع الفعل الضار والمطلب الثاني لدراسة اختصاص محكمة محل ارتكاب الخطأ والمطلب الثالث لدراسة اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المضرور وكما يلي :

المطلب الأول

اختصاص محكمة محل وقوع الفعل الضار

قد يقع الفعل الضار في مكان جغرافي واحد وقد يقع في عدة أماكن ، كان يحدث الفعل الضار في منطقة جغرافية ما ويمتد الضرر الناجم عنها في مناطق جغرافية أخرى عائدة لدول مختلفة .

مثل إضرار التلوث البيئي الذي يمتد إلى العديد من الدول، وكذلك إضرار الصيد وإضرار التي تحدثها الطيارات والسفن وغيرها الكثير من الأمثلة ، فتكون محكمة دولة مصدر التلوث ومحكمة دولة الصيد هي صاحبة الاختصاص وفق هذا الضابط .

وإلى هذا المعنى أشارت المادة (٣/٥) من اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٦٨ المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الإحكام في المجالين المدني والتجاري ، وكذلك المادة (٣/٥) أيضا من اتفاقية لوكانو المتعلقة

بالاختصاص القضائي وتنفيذ الإحكام في المجالين المدني والتجاري اللتان إشارتا إلى إمكانية مقاضاة المدعي عليه أمام محكمة محل حدوث أو وقوع الفعل الضار[٢] .

ويرى مجلس العدل الأوربي إن محل حدوث أو وقوع الفعل الضار يمكن إن يقصد به إما مكان وقوع الفعل المسبب للضرر أو مكان وقوع الضرر الذي تسبب الفعل المرتكب به ، وهذا يعني حسب وجهة نظر المجلس انه بإمكان

١-نص الاتفاقيتين مع التعديلات متاح على الموقع الالكتروني : www.droit-technologie.org

٢- د. احمد عبد الكريم سلامة، **القانون الدولي الخاص النوعي** ، المرجع السابق ، ص٩٩.

المتضرر ملاحقة مرتكب الفعل الضار حسب رغبته إما أمام محكمة محل ارتكاب الخطأ أو أمام محكمة محل وقوع الضرر . لذا فان الضرر الذي يحدث في مكان ما سيكون هو المعيار الذي يستند إليه في تحديد اختصاص محكمة ذلك المكان إلا إن هذا الضابط لا يلقى التأييد الكاف وذلك لعدة أسباب :

١. إن اعتماد هذا المعيار لم يراع مصلحة المدعي عليه لأنه سيلزمه بالحضور أمام محكمة محل وقوع الضرر والتي قد تكون بعيدة عن محل إقامته ومقره.

٢. إمكانية تعدد الدعاوى التي ترفع من المتضررين بكافة إنحاء العالم نتيجة لتعدد مواقع الضرر ومحال حدوثها وهذا نتيجة طبيعية لإضرار التعاملات الالكترونية العابرة للحدود ، مما يعني اختلاف في تقدير الضرر الذي يقود بدوره إلى تعارض الإحكام في ذات الموضوع من محكمة إلى أخرى .

٣. إن اعتماد هذا الضابط في تحديد اختصاص المحكمة للنظر بالدعوى قد يقود إلى إجحاف الحقوق فقد لا يعتبر الفعل ضار في دولة ما بينما هو يعتبر فعلاً ضاراً في دولة أخرى، فلا يستطيع المضرور بالدولة الأولى المطالبة بحقه أمام محاكمها لأنه أصلا فعلا غير مجرم لديها[٢] .

المطلب الثاني

اختصاص محكمة محل ارتكاب الخطأ

تأخذ التشريعات المقارنة بضابط محل ارتكاب الخطأ في تحديد الاختصاص القضائي للنظر في دعاوى المنازعات ، حيث تعتبر محل ارتكاب الفعل المنشئ للالتزام بالتعويض هو المعيار الذي يجعل من محكمة ذلك المحل هي المختصة للنظر بالدعوى .

كما في نص (٢/٣٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ (المعدل) ((تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى...إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود بالجمهورية كانت بالتزام نشأ أونفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها ...))، والمادة ١٥ من القانون المدني العراقي النافذ أيضا نصت على ((يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية ... ج / إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق)).

ويرتكز هذا الضابط على فكرة أساسية فيما يخص التعاملات الالكترونية وهو اعتماد محكمة دولة مكان المنشأ فانه يقوم على أساس اختصاص محكمة الدولة التي انطلقت المعلومات او البيانات المرسل منها، إي مكان إشارة الانطلاق. ويعد هذا الضابط هو الحل الذي أوجده الفقه المعاصر لحل منازعات الملكية الفكرية الأدبية التي تُنتهك عن طريق التعاملات الالكترونية فاعتبروا إن دولة الصادر عنها المعلومات الالكترونية هي القرينة البسيطة باعتبارها محل ارتكاب الخطأ في تحديد اختصاص محكمة تلك الدولة وعند عدم كفايتها يجب البحث عن المحكمة الأكثر ملائمة بالاختصاص[١].

وقد رأى بعض الفقه الفرنسي بان التسليم بمبدأ اختصاص محكمة محل ارتكاب الخطأ تشوبه سلبية مؤثرة ، إذ انه يحمل في طياته مخاطر تقود إلى أوضاع تعسفية بالنسبة إلى الدول الأقل تشدداً في قوانينها وتشريعاتها من الدول الأخرى ، فالدول النامية عادة ما تفرض حماية اقل من تلك التي تفرضها الدول المتقدمة في حفظ حقوق الملكية الفكرية في العالم الرقمي . بينما يرى البعض الأخر بان اعتماد هذا المعيار هو الأفضل وذلك لان تحديد نقطة الخطأ في قضايا نقل المعلومات والبيانات يكون سهلاً لذا فان اعتماد هذا المعيار يعد أسرع واضمن من غيره في بقية المعايير[٢].

إلا إن هذا الرأي غير دقيق من وجهة نظرنا لان حدوث الخطأ في عالم نقل المعلومات عبر الانترنت يعني حدوثه في جميع الدول التي يمكنها الوصول إلى الموقع محل الخطأ لاسيما سرعة نقل تلك المعلومات عن طريق نقلها وحفظها وإعادة إرسالها ونسخها فستكون بذلك جميع تلك المواقع هي محال ارتكاب الخطأ.

وقد قدم مجلس العدل الأوربي حلاً وهو اعتماد هذا المعيار من قبل المتضرر ولكن في حالة لجوء المتضرر إلى محكمة محل ارتكاب الفعل الضار فهذا يحجب حق الأخير من اللجوء إلى محكمة موطن الدعي عليه أو محكمة محل وقوع الضرر وكذلك يحجب اختصاص هذه المحاكم عن النظر في الدعوى[٣].

---

1 –Toshiyuki Kono , *Intellectual Property Rights Conflict of laws and International Jurisdiction Applicability of ALI principles in Japan ,* Brooklyn Journal of International Law, volume 30,No3,p871

٢. د. عادل أبو هشيمة ، **عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص** ،المرجع السابق ، ص٣٤٤.

٣–د. جيهان حسين الفقيه، **عقود البث الفضائي** ،ط١، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ،٢٠١٣، ص١٩٩.

المطلب الثالث

اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المضرور

وفقاً لهذا المعيار ينعقد الاختصاص القضائي إلى محكمة موطن المضرور أو محل إقامته . ولم تشر الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ولا التشريعات الداخلية لاعتماد هذا المعيار وإنما أشار إليه القضاء في عدة مناسبات[١]. يتميز هذا الضابط بمميزات عدة تجعله الأكثر حظاً وقبولا لحل منازعات المعاملات الالكترونية وذلك لعدة أسباب تتمثل بالاتي :

١ـ عادة ما يكون تحقق الضرر في محل إقامة المضرور أو موطنه ، و الثابت أن الضرر هو الركن الأساسي في المسؤولية ومن غير هذا الضرر لا توجد المصلحة التي تبرر رفع الدعوى .

٢. إن هذا الضابط يوفر حماية كبيرة للمدعى عليه فهو يجنبه نتائج الاختيارات الممنوحة للمدعي المضرور عند تمتعه بمثل هذه الاختيارات .

٣. إن تقدير الضرر سيكون أسهل بالنسبة إلى المضرور لأنه سيكون وفق قانون دولته .

٤ـ يعد هذا الضابط أكثر ملائمة مع منازعات المعاملات الالكترونية وذلك لأنه لا يتطلب البحث عن مكان ارتكاب الخطأ الذي قد تشترك مع عدد كبير من الدول ، ولا يتطلب البحث عن محل وقوع الفعل الضار الذي قد يقع بدول عديدة أيضا ، ولا البحث عن محل إقامة المدعي عليه والذي يصعب تحديده في العالم الرقمي الذي يجعل كل جهة تتخذ مواقع وهمية وليست حقيقية . فوفق هذا الضابط حيثما يتضرر شخص أو جهة فله رفع دعواه أمام محاكم موطنه أو محل إقامته .

ولكن انتقد بعض الفقه هذا الضابط بحجة انه يجعل من الصعب على المضرور الحصول على كافة حقوقه فقد لا توفر دولته حماية لحقه بشكل كامل، وانه يشجع المعتدي بارتكاب المزيد من المخالفات دون مسائلته [٢].

ونرد على ذلك إن لم يحصل المضرور على الحماية التي يرجوها فيكفي إمكانية لجوئه إلى محكمة دولته التي سيوفر من خلالها الجهد والوقت والتكاليف التي كان سيخسرها في اعتماده لمحاكم دول أجنبية قد تشير إليها الضوابط

---

[1] - Andre Ker ever, *Satellite broadcasting and copyright , published research in Copyright bulletin* ,No.3 1990,p22

[٢] - د. احمد عبد الكريم سلامة، **القانون الدولي الخاص النوعي**، المرجع السابق ، ص١٠٠

الأخرى، ناهيك عن أهمية أخرى تتمثل في منحة حق رفع دعواه أمام محاكم دولته يعني تجنبه التقاعس عن رفع دعواه والمطالبة بحقه خاصة ما إذا كان المضرور شخص طبيعي وليس شخصاً معنوياً. وان كان الضرر يتوزع في دول مختلفة من إنحاء العالم فان الضرر الأوثق صلة بالمضرور يكون في محل إقامته أو موطنه في الغالب الأعم.

ومن الجدير بالذكر انه يجب علينا إن نفصل بين الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم لدولة المضرور وبين تنفيذ إحكام هذه المحاكم لان اغلب دول العالم لديها اتفاقيات ثنائية وجماعية ونصوص تشريعية داخلية التي تبين الكيفية التي يتم تنفيذ الإحكام الأجنبية وفقها.

وقد طرحت معايير أخرى لغرض اعتمادها مثل تطبيق الاختصاص القضائي الملائم الذي يعني البحث عن نقطة الاتصال المميزة في الاختصاص الملائم والأكثر صلة بالنزاع المطروح وكذلك معيار ارتقاب الضرر الذي اعتمدته مسودة مشروع اتفاقية لاهاي حول الصلاحية القضائية في المجال المدني والمجال التجاري لسنة ١٩٩٩ لغرض المساهمة في الحد من حالات الإفراط في الاختصاص القضائي المحتمل للمحاكم في مجال نقل المعلومات عبر الانترنت وقد طبقته الولايات المتحدة الأمريكية ، والذي يعني حق لجوء المتضرر إما إلى محكمة محل وقوع الضرر أو إلى محكمة محل ارتكاب الفعل مع قيد حجب اختصاص المحكمة ذا اثبت المدعي عليه انه لم يكن قادراً على الارتقاب بصورة معقولة إن الفعل أو الامتناع عن الفعل كان من شانه إحداث ضرر مماثل في دولته.

وهناك رأي فقهي يقول إمكانية الأخذ بالاختصاص القضائي لبلد الانبعاث وبلد الاستقبال قياساً على الأخذ بقانون دولة الإرسال والاستقبال . والتي تسمى بنظرية (بوكش) (*Bokash*)[١] إلا إن هذا المعيار في تحديد الاختصاص القضائي يعاني من نفس الانتقادات التي وجهت إلى الاختصاص التشريعي . وأننا نرى بان معيار محكمة موطن أو محل إقامة المضرور هو الأصلح من وجهة نظرنا لما ذكرناه أنفا لغرض حل المنازعات الالكترونية .

---

[١] - Andre kerever , *op cit*,p24-25

الخـاتمــة

في نهاية البحث توصلنا إلى مجموعة من الاستنتاجات، ونوصي ببعض المقترحات وعلى النحو الآتي :

الاستنتاجات:

١ـ المعاملات الالكترونية تتميز باختراقها الحدود الجغرافية وعليه لا تتناسب معها قواعد الاختصاص القضائي التي تقوم أساسا على مسالة الإقليمية والحدود الجغرافية ، إلا أن رغم قصور قواعد الاختصاص القضائي في هذا الصدد فهذا لا يعني عجزها الكلي ولا يعني إمكانية الاستغناء عنها كونها الأساس القانوني المتفق عليه بجميع التشريعات القانونية الدولية ولو في اقل تقدير بالوقت الراهن إلى حين إيجاد حلول قانونية تلاءم طبيعة المعاملات الالكترونية ذات المحل ألمعلوماتي .

٢. يعد ضابط موطن أو محل إقامة المضرور في تحديد الاختصاص القضائي الدولي هو الضابط الأنسب كونه يحفظ حقوق الجهة المتضررة جراء انسياب المعلومات والبيانات الكترونيا عبر شبكة الانترنت.

المقترحات :

١. نقترح على المشرع العراقي والتشريعات المقارنة ضرورة تشريع قوانين جديدة تتلاءم وطبيعة هذه التعاملات فلا يعتبر تعديل القوانين واستحداث نصوص أو قوانين جديدة امرأ معيباً بالتشريع القانوني لأي دولة بل الخطأ هو ترك المسائل والمنازعات الحديثة دون تنظيم تعاني من فراغ تشريعي واضح .

٢ـ نوصي القضاء العراقي باعتماد ضابط الخضوع الإرادي لتحديد الاختصاص القضائي في المنازعات الالكترونية التعاقدية قياساً على قانون إرادة الأطراف ليحكم العقد الدولي المبرم بينهم كون الأطراف تبحث عادة عن القانون الذي يؤمن لها الحماية المرجوة فتخضع بإرادتها لقانون واختصاص قضائي معين ، واعتماد ضابط موطن أو محل إقامة المتضرر في المنازعات غير التعاقدية.

٣ـ نوصي المشرع العراقي بضرورة تعديل نص المادة (٧/هـ ، و) من قانون تنفيذ الإحكام الأجنبية رقم٣٠ لسنة ١٩٢٨العراقي ليشير إلى مشروعية الخضوع الاختياري للقضاء العراقي بدلا من العكس حيث أنه يشير فيها إلى مشروعية سلب الاختصاص القضائي من المحاكم العراقية ، لاسيما وان هذه المسألة تمثل سيادة الدولة.

٤. إنشاء محاكم دولية الكترونية حيث تمثل هذه المحاكم قفزة نوعية مما توفره من حلول سريعة للنظر في المنازعات ذات الطابع الالكتروني من مرافعة وإصدار أحكام الكترونياً ، وتفرض على الجهات المتعاملة بهذا المجال الكشف عن جنسيتها ومحل إقامتها والموقع الجغرافي الحقيقي لإدارتها بالإضافة إلى موقعها الالكتروني لمعرفة هويتها الحقيقية .

المراجع

أولا: الكتب :

١. د. احمد عبد الكريم سلامة ، **القانون الدولي الخاص والنوعي** ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣.

٢. د. جمال محمود الكردي، **الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الإحكام الأجنبية** ، دار النهضة العربية،ط١، ٢٠٠١.

٣. د. جيهان حسين الفقيه، **عقود البث الفضائي** ،ط١، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ،٢٠١٣.

٤. د. حسن الهداوي ، **القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين ، دار الثقافة للنشر ، عمان ،٢٠٠١.

٥. د. عادل أبو هشيمة،**عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص**،دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

٦. د. عوني محمد الفخري،**أرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية(دراسة مقارنه)**،ط، منشورات زين الحقوقية،٢٠١٢

٧. د. غالب الداوودي ، **القانون الدولي الخاص الأردني** ، الكتاب الأول ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٨.

٨. د. غالب علي الداوودي ، د. حسين محمد الهداوي ،**القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الإحكام الأجنبية** ،ج٢،العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ،بلا سنة طبع.

٩. نبيل زيد مقابلة ، تنفيذ ،**حكام التحكيم الأجنبية**، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦.

١٠. د. هشام علي صادق ، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي** ، القاهرة ،٢٠٠١.

١١. د.هشام علي صادق ود. حفيظة السيد الحداد،**الموجز في القانون الدولي الخاص** ، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية، ٢٠١٥.

١٢. د. يونس صلاح الدين علي ، **القانون الدولي الخاص** ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ،٢٠١٦ .

ثانياً: الرسائل والبحوث:

١. د. عبد الرسول عبد الرضا جابر ، **الاختصاص القضائي الدولي الطارئ ، القانون الدولي الخاص** ، موقع نظام التعليم الالكتروني لكلية القانون، جامعة بابل.

٢. محمد قط ، **الخضوع الاختياري كضابط اختصاص قضائي دولي للمحاكم الوطنية** ،رسالة ماجستير من كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة قاصدي مرباح _ورقلة ،٢٠١٥،

ثالثاً: المراجع الأجنبية:

1. . Andre kerever, *Satellite broadcasting and copyright , published research in Copyright bulletin*,No.31990.

2. Catherine Kessedjian ,*Electronic data interchange ,internet and electronic commerce*, Hague conference on private international law .

3. Christoph Brenn , *Der elektronische Geschaftsverkehr* ,OJZ ,1999.

4. Toshiyuki Kono , *Intellectual Property Rights Conflict of laws and International Jurisdiction Applicability of ALI principles in Japan ,* Brooklyn Journal of International Law, volume 30,No3

رابعاً : القوانين :

١. القانون المدنـي الفرنسـي لسنة ١٨٠٤ (المُعدَّل).

٢. قانون تنفيذ الإحكام الأجنبية العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨.

٣. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

٤. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٥. قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ (المعدل) .

٦. قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي الصادر في ١٩٧٥/١٢/٥.

٧. المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ (المعدل).

٨. قانون المعاملات الالكترونية في قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ .

٩. قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ .

خامساً : الاتفاقيات والمعاهدات والتوجيهات :

١. اتفاقية الإقامة والصلاحية العدلية المرتبطة بمعاهدة لوزان عام ١٩٢٣.

٢. اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٦٨ الخاصة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الإحكام في المسائل المدنية والتجارية .

٣. اتفاقية لوكانو المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الإحكام في المجالين المدني والتجاري.

٤. اتفاقية لاهاي حول الصلاحية القضائية في المجال المدني والمجال التجاري لسنة ١٩٩٩.

٥. الاتحاد الأوربي التوجيه رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠١.