

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية.

أ. حوالف عبد الصمد،

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان

ملخص:

لقد حققت شبكة الانترنت الوجود الفعلي للتجارة الالكترونية، وإزاء التفاعل الأبدي بين القانون والواقع أحدثت فعلها في مختلف فروع القانون، مسببة مشكلات عديدة غير مسبوقة فيما يخص تسوية المنازعات الناتجة عن مختلف العقود المبرمة في هذا المجال، نظرا لغياب قانون أو تشريع خاص ينظم مثل هذه العقود، ولاعتبار أن قواعد تنازع القوانين غير كافية لمواجهة الفراغ التشريعي وصعوبات تطبيق ضوابطها المكانية على عقود في الأصل تتم في فضاء غير محسوس.

وتظل مسألة تشريع قانون خاص بعقود التجارة الالكترونية في جميع مجالاتها من بين الأولويات أو الحتميات التي يجب الاضطلاع بها.

Résumé :

les réseau Internet ont établi au Commerce électronique son existence réelle, car face à l'interaction éternelle entre la loi et le réel, L'Internet a fait son effet sur les diverses branches de la loi, causant de divers problèmes, Sans précédent subjectifs au règlement des différends qui émanent des divers contrats conclus dans ce domaine. Ceci est due à l'absence d'une loi ou d'une législation qui réglemente ce genre de contrats, à l'insuffisance des règles de conflit des lois pourront remédier au vide juridique et la difficulté de l'application des normes territoriales sur des contrats conclus dans un univers virtuel.

Ce ci, le besoin d'une loi ou d'une législation réglementant le commerce électronique reste l'une des priorités pour lever les problématiques mentionnées.

مقدمة:

لقد أدى التقدم التقني الهائل في مجال الاتصالات الى طرح مشكلات قانونية لم يخبرها رجال القانون من قبل، ويات لزاما عليهم وضع الحلول المناسبة لها¹. فالواقع العملي يظهر أن عولمة وسائل الاتصال والمعلومات قد أدت الى عولمة الاقتصاد²، حيث أتاحت هذه الوسائل - والمتمثلة في شبكة الانترنت- فضاءً جديداً وهائلاً أمام الملايين من التجار والمستهلكين، والذي بات بمقدورهم، ودون حاجة للالتقاء ودون حاجة لأية وسائل مادية، الحصول على السلع والخدمات المتاحة في هذه السوق. و تتسم غالبية المعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للمعلومات - الانترنت - بطابعها الدولي، لأنها تتم بين أفراد يقيمون أو ينتمون الى دول مختلفة. فالعقود التي تبرم عبر الانترنت، غالباً ما يكون أحد أطرافها مستخدم الشبكة يقيم في دولة وطرفها الثاني مقدم خدمة الاشتراك في الشبكة مقيم في دولة ثانية، وأخيراً الشركة التي تقوم بمعالجة البيانات وإدخالها عبر الشبكة وقد تتواجد في دولة ثالثة³.

¹ - من هذه المشكلات مثلاً في القانون المدني مشكلة الوفاء الالكتروني.

E.CAPRIOLI: Preuve et signature dans le commerce électronique. Droit et patrimoine, N°55, décembre 1997. P57.

وكذلك مشكلة المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحياة الخاصة بالتسلل والكشف عن البيانات الشخصية عبر شبكة الإنترنت، راجع:

M.BRIT: La délinquance informatique, aspects de droit comparé, in, le droit criminel face aux technologie nouvelle de la communication. Actes du 8 eme. Congres de l' association française de droit pénal, Grenoble, ed Economica, 1986 p271.

وحول هذه المشكلات في مجال القانون التجاري، راجع:

ITEANU, Les contrats du commerce électronique, Droit et patrimoine, N°55, décembre, 1997, p53.

2- ITEANU: Internet le Droit, aspects juridiques du commerce électronique, Paris, éd., Eyrolles, 1996, p.35.

3-VIVANT: Informatique: Dalloz de droit international, 2e'd 1999 TZ.

VAN OVERSTRATEN: Droit applicable et juridiction compétente sur internet, Revue des droit des affaires internationales, 1998 N.3, P373.

وهكذا يتوافر لهذه المعاملات كل من المعيارين اللازمين لتمييز العلاقات الاقتصادية ذات الطابع الدولي. فاتصال هذه العلاقات من خلال جنسية أو موطن أو مركز أعمال أطرافها بأكثر من دولة يجعلها مستوفية للمعيار القانوني لدولتها، كذلك فهي تستوفي المعيار الاقتصادي الذي بصمها بهذا الطابع حيث يؤدي إلى انتقال القيم الاقتصادية بين الدول¹.

يتميز العقد التجاري الإلكتروني بسمات تختلف عن العقود التجارية التقليدية، والتي سميت كذلك، نظرا للتطورات التي عرفتتها التجارة الدولية بعد دخول نظام الاتصالات الحديثة كوسائل جديدة لتطوير مفهوم التجارة الدولية، ليمت بذلك التحول من العقود الورقية إلى العقود الإلكترونية-، وذلك نتيجة لثورة المعلومات التي نعيشها في عالم اليوم والتي أحدثت انقلابا حقيقيا للمفهوم التقليدي لعقود التجارة الدولية.

وتتكشف أهمية موضوع التجارة الالكترونية عند البحث في القانون الواجب التطبيق، خاصة وأن شبكة الانترنت التي يتم التعاقد من خلالها، هي ممتدة ومفتوحة كما لو كانت "منطقة بلا قانون"² من حيث النظرة السطحية للمتعامل مع هذه الشبكة، في حين أنها في الحقيقة تخضع للعديد من النظم القانونية تبعا لتعدد أطراف هذه المعاملات واختلاف انتماءاتهم السياسية. يذكر أن أشخاص التجارة الالكترونية لا يشعرون بأهمية أي قانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني إلا إذا حدث نزاع فعلي، وثار البحث عن كيفية حل هذا النزاع. ولا يقف الأمر عند هذا الحد فما يلبث أن يثار تساؤل بشأن ماهية

¹ - تثار مسألة القانون الواجب التطبيق في العلاقات المتصلة بالقانون الدولي الخاص، والتي تتميز بطابعها الدولي لتجاوزها حدود الدولة الواحدة في عنصر أو أكثر من عناصر العلاقة القانونية، والمتمثلة في اما الأطراف، المحل أو السبب. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 61 وما بعدها

² - نافذ ياسين محمد المدهون، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2007، ص 223.

القواعد الواجبة التطبيق هل هي قواعد الاسناد أم القواعد الموضوعية لهذا النظام القانوني.

المبحث الأول: سوء ملائمة قواعد الاسناد في عقود التجارة الإلكترونية.

يتميز العقد التجاري الإلكتروني، بسمات تختلف عن العقود التجارية التقليدية¹، وهنا تكمن الصعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثار بشأنها، وما اذا كان قانون الارادة هو المطبق أم لا؟ كما يتميز هذا الفضاء الجديد لهذا النوع من العقود بعدم اعترافه بالروابط المكانية والمرتكزات الجغرافية التي لا تجيد التعامل مع لغة الأرقام²، إلا أن البعض حاول أن يبقى على مبدأ تنازع القوانين للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، وذلك بالبحث عن الحلول اللازمة لاستمرار العمل بها، مغتتما بذلك عدم تكامل القواعد المادية للتجارة الإلكترونية وحادثة التعامل بها، وهذا ما سنتناوله في نقطة أخرى، لنبرز هذه الحلول بالتفصيل.

المطلب الأول: صعوبة تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية.

يظهر من تطبيق قواعد الإسناد الواردة في المادة 18 من القانون المدني³ على عقود التجارة الإلكترونية، تعارض مع الخصوصية التي تنفرد بها مثل هذا النوع من العقود التي تتم عبر فضاء غير ملموس، والذي يتم فيه إبرام

¹ - محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 2.

² - يشير مبدأ الاعتماد على مناهج تنازع القوانين المحددة في القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعات عقود التجارة الإلكترونية عدة صعوبات باعتبار أن ضوابط الإسناد التي تحكم تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال العقود الدولية، ضوابط تعتمد بشكل رئيسي على تحديد المكان. محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 112.

³ - تنص المادة 18 من القانون المدني المتعلقة بالالتزامات التعاقدية على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين اذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

- وفي حالة عدم امكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

- وفي حالة عدم امكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

- غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

العقود وتنفيذها بنفس الطريقة أحيانا، وهو ما يتنافى مع التركيز المكاني الذي تقوم عليه قواعد الإسناد¹، وذلك لأن التعامل من خلال التجارة الإلكترونية يتم بين نظم ومواقع إلكترونية لا تستند إلى المكان كأساس جوهري لقيامها، مما يصعب معه تحديد مكان إبرام العقد، تنفيذه وموطن وجنسية الأطراف².

الفرع الأول: صعوبة التركيز أو التوطن المكاني.

تتم عقود التجارة الإلكترونية بوسائل مختلفة منها الإنترنت³، وهذه الأخيرة تنثير صعوبة عملية تتمثل في تجاوز الشبكة كل حدود الدول، وهي في الوقت ذاته مفتوحة للاستخدام للكافة دون ارتباط بأي مكان، فليس هناك حدود تحول دون استخدام الشبكة، بين مقدمي الخدمة أو المستخدمين، وهنا تظهر صعوبة أعمال ضوابط الاسناد المكانية المنصوص عليها في المادة 18 من القانون المدني، اذ يبدو أن عنصر المكان غائبا فعليا على الشبكة، فقد يكون مقر إدارة الشبكة في مكان ومقدم خدمة الإنترنت في مكان آخر وصاحب المتجر الافتراضي في مكان ثالث، في حين يتوطن المشتري في بلد رابع، ويتم

¹ - فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 690 . وانظر أيضا: - حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل، مجلة معارف، مجلة علمية محكمة، العدد الخامس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2008، ص 155.

² - محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض المنازعات، الوساطة، التوفيق، التحكيم والمفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 126.

³ - والذي لا تشكل مكانا محددا يمكن الاستناد عليه، كونه عبارة عن فضاء مستقل بذاته، كما أن العقد قد يبرم بصفة عارضة لا تكفي لوجود رابطة قانونية بين العقد وقانون مكان إبرامه. عصام الدين مختار القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، دار النشر الذهبي للطباعة والنشر، 2002، ص 693.

تنفيذ العقد في دول مختلفة، وهذه الصعوبة تظهر كلما ارتبط الإسناد بضابط مكاني¹.

تظهر أيضا الصعوبة عند اعتماد المتعاقد لجهازه الخاص وهو في رحلة عابرة في إحدى وسائل النقل، أو أن يستغل جهاز ملك للغير من مقاهي الإنترنت²، فحتى ولو تم تحديد القانون الذي يحكم العقد، إلا أن هناك اختلاف حول المكان الذي يعتد به كمحل لإبرام العقد، من مكان المستضيف للموقع، مكان إقامة البائع أو مكان إقامة المشتري، وهذا ما يؤكد صعوبة تحقيق إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد الإبرام في مجال التجارة الإلكترونية لعدم توافر الرابطة الحقيقية والجادة بين العقد وقانون محل إبرامه³، والتركيز على عنصر المكان في تحديد القانون الواجب التطبيق يتناقض تماما مع مميزات الشبكة المعلوماتية أين يتم التعامل بين نظم ومواقع يصعب تحديد مكانها، مما جعل بعض الدراسات تصف العالم الإلكتروني غير الملموس "بلا مكان" فلا مكان هناك للفضاء الإلكتروني⁴.

¹ - سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 153. أنظر كذلك، فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 687.

² - عادل أبو هشيمه محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، 2003، ص 93.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 311.

⁴ - تبرم في أغلب الأحيان العقود الإلكترونية ويتم تنفيذها على الخط مباشرة مما يصعب تحديد مكان تنفيذه، فبالرغم من أن قانون الأونسيترال النموذجي وبصفة خاصة في الفقرة الرابعة من المادة العاشرة 4/10 نصت على أنه "رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه"، إلا أن هذه المادة تدل على المكان بصفة اعتبارية أو افتراضية، وهو ما يصعب من التحديد القانون لمكان تنفيذ العقد صراحة في مثل هذه المعاملات، أنظر في هذا الموضوع: فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 699. أنظر أيضا: سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص 154.

ويتم الاعتماد في التعامل من خلال المواقع على شبكة المعلومات بالدرجة الأولى على العنوان الإلكتروني وليس على العنوان الحقيقي للشخص، فهذا ما يثير الغموض للدلالة على العنوان الحقيقي للمتعاقد، فإذا كان من المسلم به أن استخدام المواقع التي تنتهي بـ net أو com، هي مواقع دولية لا تنتمي إلى أية دولة، فإن المواقع التي تنتهي بأسمائها برموز خاصة بدول مثل: kw.sa.fr، لا تعطي أيضا دلالة حقيقية للعنوان الحقيقي، كون التسجيل لهذه المواقع لا تحكمه القواعد الخاصة بالعمل التجاري أو الترخيص التجاري، بالإضافة إلى ذلك فإن مواقع الويب تكون في حركة دائمة والمتعاقد يمارس أنشطته الاقتصادية بصرف النظر عن توطين مواقع الويب أو مقدمي الخدمات، فهذه المواطن لم تصمم أصلا بمنظور جغرافي ولذلك فهي تتسم بعدم التوطين، لذلك فالقول بوجود موطن إلكتروني هو أمر يحتاج إلى نقاش وكثير من التمحيص، ذلك أن الفكرة في حد ذاتها لا تتفق وحقيقة المواطن كرابطة بين الشخص والمكان، فالمكان في العالم الافتراضي هو ضرب من الخيال¹.

الفرع الثاني: صعوبة تحديد جنسية الأطراف المتعاقدة.

تتميز العناوين الإلكترونية بأنها لا تبين العنوان الحقيقي للمتعاقد وأماكن تواجده لحظة إبرام العقد، باعتبار أنها لم توضع أصلا لتحديد موطن معين أو مكان جغرافي محدد، فهي تتسم بعدم التوطن، مما يصعب الاعتماد عليها في العالم الافتراضي، فالمتعاقد مثلا يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة لا تجرم الأعمال غير المشروعة وذلك للتهرب عن مسؤولياته².

- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 332.

- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، مصر، 2006، ص 145

ويغلب على الموطن عدم التركيز باعتبار أن العناوين الإلكترونية للمتعاقدين غالباً ما تكون مؤقتة، فتركيز الأداء على أساس الموطن المشترك لا يكون فعالاً، لأن المشترك قد يكون مرتبطاً من خلال حاسب يقع خارج موطنه المعتاد¹، ونجد أن إسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة في عقود التجارة الإلكترونية، يصعب تطبيقه لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقاً لهذا الأساس والعقد، وحتى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في عقود المعاملات الدولية، ولا تصلح وحدها لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود².

المطلب الثاني: تفادي صعوبات تطبيق قواعد الإسناد.

يفرض التعامل من خلال شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، وجود قانون يتلاءم مع التجارة الرقمية الجديدة، هذا ما دفع العديد من الجهات لتنظيم هذه المعاملات بعرض فكرة الأداء المميز³، لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ويتميز هذا المعيار بمرونته وسهولة العلم به وملائمه لكل طائفة من طوائف العقود، بالإضافة إلى صفة الثبات التي يتمتع بها، واحترامه لتوقعات الأطراف بتكريسه الحل الملئم حسب طبيعة كل عقد⁴.

ولقد نالت هذه الفكرة تأييد العديد من فقهاء التجارة الإلكترونية والتي لا يلجأ إليها إلا عند سكوت الأطراف عن اختيار القانون صراحة أو ضمناً، فهذه الفكرة تتميز على أنه إسناد مسبقاً يتحدد وقت إبرام العقد، أي إسناد مقيد على افتراض مسبق على أن يكون الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء¹.

¹ - عادل أبو هشيمه محمود حوتة، المرجع السابق، 95.

² - فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 700.

³ - إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص 175. عرفه الأستاذ BAPTISTE-JEAN بأنه الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى، والأستاذ VAN OVERSTRAETEN بمقتضاه دفع مقابل نقدي واجبا.

⁴ - عادل أبو هشيمه محمود حوتة، المرجع السابق، 97.

-حسب رأي العميد .BATIFOLأنظر في هذا الصدد؛ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 338.

وقد برر فقهاء القانون الدولي الخاص المؤيدين لمنهج التنازع، استمرارية العمل بهذه المناهج لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية، مؤكدين بذلك على عدم تكامل القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، التي يحاول أنصارها الانفلات من مناهج التنازع التي تتميز بالجمود والثقل، وفسح المجال لقوانين جديدة تتلاءم مع طبيعة الإنترنت، فحاولوا التأكيد على التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق قبل الدخول في مراحل إبرام العقد، على اعتبار أن العقود التي تتم بوسيلة إلكترونية غالبا ما تسبقها مفاوضات بين الأطراف المتعاقدة قبل الدخول في موضوع العقد، وذلك مع مراعاة حماية الطرف الضعيف في مثل هذا النوع من العقود¹.

تبقى أن هذه الفكرة غير كافية لمواجهة العديد من الآراء التي تنادي باستبعاد مناهج تنازع القوانين، في ظل تركيز أغلب ضوابطه على مرتكزات إقليمية وجغرافية، لتبقى عاجزة على مسايرة تطور عالم الإنترنت التي خلقت مجتمعا افتراضيا مقسم إلى شبكات ومناطق إلكترونية متحررة من مقتضيات التوطين الجغرافي أو التركيز المكاني، مطالبة في ذلك ضرورة وجود قانون موضوعي إلكتروني².

المبحث الثاني: القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (القانون الموضوعي الإلكتروني).

لقد بدأ التفكير يتوجه نحو ضرورة إيجاد آليات قانونية وتنظيمية جديدة مستقلة عن القوانين الوطنية نتيجة للمشاكل المتعلقة بتحديد القانون الملزم لمثل

¹- أحمد شرف الدين، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الإلكتروني السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 154.

²- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني - السياحي - البيئي)، دار النهضة العربية، ط 1، 2001، ص 39. وعن زوال مهمة منهج تنازع القوانين، اطلع على: حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة معارف، مجلة علمية محكمة، العدد الخامس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2008، ص 163.

هذه العقود، وتكون موجهة أساساً للمعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للمعلومات، وتقوم بتنظيم قواعد مهنية تظهر نتيجة الممارسات التجارية الدولية الإلكترونية¹، فحجم معاملات التجارة الإلكترونية في تزايد مستمر عبر العالم نظراً لتوسع استعمال الشبكة التقنية في إبرام العقود التجارية، كما يتوقف ازدهار التجارة الإلكترونية تطوير نظام قانوني يكفل الأمن للمعاملات ويحمي حقوق وحريات الأطراف².

ويؤكد غالبية أنصار التجارة الإلكترونية أن الحل البديل متوفر في القواعد التي يسّنها المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية، ويقبلونها كسلوك لهم في مجال البيئة الافتراضية، وهم القادرون على تسيير شؤونهم في ظل عجز الأدوات القانونية الوطنية منها والدولية لتنظيم وحكم العلاقات التجارية الإلكترونية³.

وهذا ما سيتم بحثه من خلال التالي:

المطلب الأول: ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني.

ظهرت أزمة منهج التنازع قبل ظهور عقود التجارة الإلكترونية، فالرغبة في تجاوز هذا المنهج تعود إلى بداية الخمسينات، بعد الجدل الذي اشتد بين الفقهاء للبحث في ضرورة إيجاد منهج آخر لحكم الروابط التعاقدية الدولية، أي إيجاد قواعد مادية مباشرة تهتم بشؤون التجارة الدولية، وهو الأمر نفسه بالنسبة

¹ - إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص 233.

² - V.GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYKHLEF, droit du commerce électronique énormes applicables: l'émergence de la lex-électronica, revue droit des affaires international, n 05, 1997 ; p. 559.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني، الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، ص 199، منشورة على الموقع

لعقود التجارة الإلكترونية التي تبحث بدورها عن القواعد المادية التي تقدم الحل المباشر لكل الإشكالات القانونية التي تتعرض لها في جميع مراحل سيرها¹، وتكون بالضرورة بعيدة عن القوانين الوطنية، والتي جاء مولدها في أوائل القرن الأخير، بعد تنامي استخدام الشبكة الدولية للمعلومات في المسائل التجارية، حيث عرفت بعدة تسميات²، مختلفة مستخدمة في الفقه للتعبير عن تلك القواعد³.

وهذا ما سيتم بحثه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف القانون الموضوعي.

يعرف القانون الموضوعي أنه: "القانون الذي يضع مباشرة تنظيمًا موضوعيًا خاصًا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصلة الدولية، وهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تشكل قانونًا ذاتيًا مستقلاً وغير مرتبط بالقوانين الوطنية"⁴، ومعناه أنه تتميز بطابعها غير الرسمي للتطبيق في نطاق التجارة الإلكترونية، كما وصفها البعض بأنها: "مجموعة القواعد التي تنشأ تلقائياً، أي وليدة الأنشطة والممارسات العادية في الوسط المهني بعيدة عن السلطات التشريعية التابعة للدول، وكذا الإلزامية التي تتميز بها الإجراءات الرسمية لخلق

¹ - محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة، 2002، ص 18.

² - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 109.

³ - سميت بقواعد التجارة الإلكترونية لتمييزها عن القواعد المادية للتجارة الدولية، التي تضع تنظيمًا مباشرًا، وخاصة للروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية، وهي قواعد تستجيب في مضمونها وأهدافها للمعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية نظراً لنشأتها واستقرارها في المجتمع الافتراضي. أنظر؛ حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009، ص 433.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 47. أنظر كذلك؛ حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة معارف، مجلة علمية محكمة، العدد الخامس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2008، ص 167.

القواعد القانونية العادية، فهي مستوحاة من الميدان التعاقدى لتكون مخاطبة لمجموعة معينة من الأشخاص المتعاملين في فضاء التجارة الإلكترونية¹. تتمثل هذه القواعد في جملة العادات والممارسات التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي، وعملت الهيئات الحكومية والمستخدمين في مجال تكنولوجيا المعلومات، والمنظمات الدولية على تطويرها²، والتي يستند بها في المسائل التنظيمية والإشكالات التي تطرأ على مراحل معاملاتهم التعاقدية في مثل هذا الفضاء الواسع، ومع تطور استعمالها وتوسع انتشارها يتم قبولها والاعتراف بها من قبل القائمين على تنظيمها، وكذا المعنيين بممارستها لتمتد إلى الهيئات القضائية لتكتسب القبول والاعتراف، تتحول من قواعد عرفية بحتة إلى قواعد قانونية تمتاز بقيمة قانونية ملزمة³.

يسلم أنصار المجتمع الافتراضي أنه يستحيل على التشريعات الوطنية وحتى المعاهدات الدولية تغطية ميادين العلاقات الإلكترونية، والتي تتصف بالسرعة وتخطوا خطوات متلاحقة يصعب مسايرتها، فالقانون القائم بالمعاملات الإلكترونية لا يمكن تنظيمه إلا بواسطة المتعاملين في هذا المجال، باعتبارهم الأكثر قدرة على تنظيم العلاقات التي تربطهم لتتناسب حسب حاجاتهم، والنجاح الكبير الذي قاموا به هو تنظيمهم لقواعد موحدة في مسائل تقنية بحتة⁴. ولتصبح القواعد الموضوعية بكل مصادرها أو مكوناتها قانوناً عالمياً، ليمثل المرجع

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 201.

² - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 112.

³ - وقد جاء في تقرير صادر في فرنسا عن مجموعة عمل يحركها الفقيه KAHN حول التنظيم الذاتي لشبكة الإنترنت أن: "التنظيم الذاتي لا يحل محل القانون أو القاضي، إنه توجيه إيجابي وعملي يجسد بموجبه اللاعبون عادات الشبكات بشكل متوافق مع القانون"، عن: بولين أنطونيوس أيوب، تحديات شبكة الإنترنت على صعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 66-68.

⁴ - GAUTRAIS Vincent, Le contrat électronique international, Encadrement Juridique, 2ème édition, Revue Academia, Bruylant, 2002, p. 231.

الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الخلافات التي قد تنشأ عن المعاملات الإلكترونية دون الدخول في إشكالات تنازع القوانين.

الفرع الثاني: خصائص القانون الموضوعي.

تمتاز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية المشكلة للقانون الموضوعي الإلكتروني بنفس مميزات القواعد المادية للتجارة الدولية، التي تخاطب فئة معينة من الأشخاص، متمثلين في التجار ورجال الأعمال، والذين يحتكرون هذه القواعد في كثير من الأحيان على أساس أنها قواعد من صنعهم، واستقرت وصارت ملزمة للأعضاء المشكلة لهم في معاملاتهم الدولية¹.

لكن ينفرد القانون الموضوعي الإلكتروني بطبيعة خاصة مقارنة بالقانون الموضوعي للتجارة الدولية، وتظهر في طبيعة المجتمع الافتراضي للمعاملات الإلكترونية الذي ظهرت فيه هذه القواعد، والتي لا نجدها في القوانين الدولية والتشريعات الداخلية، فهذا القانون يتميز بخاصية التلقائية في وضع قواعده القانونية من طرف الأشخاص المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، هذا بالإضافة إلى ميزته المحددة، أي أنه قانون ينظم علاقات قانونية خاصة بفئة محددة من الأفراد، ويخاطبهم بصفة خاصة².

وعلى غرار القانون الموضوعي للتجارة الدولية التقليدية القانون الموضوعي الإلكتروني، ظهر نتيجة توحيد الأعراف والعادات السارية في ميدان المعاملات التجارية الإلكترونية، فهذه الخصائص المميزة للقانون الموضوعي الإلكتروني نتطرق لدراستها بالتفصيل فيما يلي:

1. قانون طائفي ونوعي: تعتبر قواعد قانونية تتواجد في المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية، وهو المجتمع الذي يتميز بمعطيات خاصة به ومشكلات

¹ - طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص31.

² - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 167.

ذاتية، والتي تقتضي بالضرورة حلولاً تتوافق مع صفته الذاتية، فهذه القواعد لا تخاطب جميع الأفراد بل هي مخصصة لفئة معينة من الأشخاص، وهم المستخدمون والمتعاملون عبر الشبكة الدولية للمعلومات، لهذا الأساس سمي بالقانون الطائفي، باعتباره قانون موجه لطائفة معينة من الأشخاص، هذا بالإضافة إلى أنه قانون نوعي¹. تنظم قواعده وأحكامه نوعاً معيناً من المعاملات والمسائل المتعلقة بها، منها الدعاية والترويج للسلع والخدمات، والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، نظام التعامل مع بنوك المعلومات، الدفع الإلكتروني، البريد الإلكتروني، والعقود الدولية التي تبرم إلكترونياً².

2. **قانون تلقائي النشأة:** فهو لم يظهر بإحدى الطرق التي تتطلب الشكلية والرسمية، بل نشأ من العادات والأعراف التجارية يبرز ويتطور حسب تطور المعاملات الإلكترونية عبر الشبكة³، فجزوره تعود إلى القواعد القانونية النابعة من مجتمع ذاتي بطوائف مختلفة، ومن غير المرور عبر القناة الرسمية لسن القوانين، ولقد صارت هذه العادات والممارسات عبر الوقت بالنسبة للمتعاملين في حقل التجارة الإلكترونية، قانونهم العام المشترك الذي يلتزمون به.

يرجع أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني عدم الرسمية، إلى أن الفضاء الإلكتروني لا يقوم على تنظيمه أية جهة رسمية مركزية، ولا تهيمن سلطة دولة معينة على نشاطها أو تحدد وتنظم عملها وتوجيهه، وكذا إلى غياب الجهاز القائم على سن ووضع القواعد السلوكية للمتعاملين عبر هذا الفضاء، فتلقائية النشأة يقابله تلقائية التنظيم والتطبيق، فهو يكفل لنفسه سلطة التطبيق⁴.

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 205.

² - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 112.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد ... المرجع السابق، ص 313.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 58.

3. قانون لا يعترف بالحدود الجغرافية: يعد الوسط الذي يطبق ويسري فيه القانون الموضوعي الإلكتروني بأنه عالم خاص ومستقل عن القوانين الوطنية، والهيئات المؤسساتية والسلطات الإقليمية وحتى الهيئات العالمية والدولية، فهو قانون ينظم مجتمعا افتراضيا، يتضمن بيانات ومعلومات تقنية قصد تنظيم التبادل بالطرق السلوكية واللاسلكية، ولقد خصص أساسا لسد الفجوة الموجودة بين القانون بمفهومه التقليدي والمعطيات الجديدة التي فرضتها المعاملات الافتراضية¹.

تظهر هذه الصفة من طبيعة المعاملات التي ينظمها هذا القانون، إذ تعتبر معاملات عابرة للحدود وتتصل بأكثر من دولة واحدة في نفس الوقت²، بحيث تضمن انتقال القيم الاقتصادية فيما بينها، لكن تطرح في نفس الوقت إشكالية التنظيم والسهر على احترام القواعد التي تسري في هذا الفضاء نظرا - كما سبق وأن ذكرنا - لغياب هيئة دولية أو عالمية تحكم العلاقات القائمة في هذا المجال³، ويبقى هذا القانون خاص يختلف عن القانون الدولي العام والقوانين

¹ - حسين الماحي، نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، ص 06، مقال منشور على الموقع:

www.arablawninfo.com

أنظر كذلك؛ عادل أبو هشيمه محمود حوتة، المرجع السابق، ص 137

² - Dans les contrats de commerce électronique, la territorialité a perdu beaucoup de son importance comme «facteur de rattachement», et a été progressivement éliminée par la jurisprudence, voir : A. KOTEICHE Lama, la loi applicable aux contrat du commerce électronique, Mémoire pour l'obtention d'un Diplôme d'études approfondies en Droit Internet et International des affaires, faculté de Droit et des Sciences Politique et Administratives, Université, Beyrouth, 2005, p 35.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 60. وفي نفس الموضوع أنظر:

-GAUTRAIS Vincent, op.cit, p. 237.

الوطنية، ويختلف أيضا عن قواعد القانون الدولي الخاص باعتباره لا ينظم مسألة تنازع القوانين¹.

المطلب الثاني: تقييم القانون الموضوعي الإلكتروني.

يهدف القانون الموضوعي الإلكتروني إلى تقديم الحل الموضوعي أو المادي للمسألة محل النزاع مباشرة، دون الإحالة إلى قوانين أخرى، لكن وعلى الرغم من وجود هذا القانون الذي يحكم العمليات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية، يبقى الواقع يدفع إلى التشكيك في وجوده وقدرته على حسم المنازعات التي تثور بشأن تلك المعاملات، وهذا ما سنبينه من خلال تقييمنا لهذا القانون باعتبار أنه قانون لا يتصف بصفة النظام القانوني، نظرا لعدم توافره على عنصر الإلزام في القواعد المشكلة له، بالإضافة إلى نقص وقصور هذه القواعد (فرع أول)، وكذا النظر إلى مصادر هذه القواعد ومدى كفايتها لتشكيل نظام قانوني مستقل للقانون الموضوعي الإلكتروني (فرع ثاني).

الفرع الأول: انعدام الإلزام ونقص قواعد القانون الموضوعي.

تتميز قواعد القانون الموضوعي بالطبيعة الاختيارية، مما يعطي للأفراد الحق في اختيار بعض النصوص وتجنب البعض الآخر، أي الاختيار يكون وفقا لما يتفق مع مصالح الأطراف المشتركة، كأن يتم الاتفاق بين الأطراف على الأخذ بالقواعد الفنية التي تنظم عملية تبادل الرسائل دون غيرها من القواعد التي تختص بتنظيم الجوانب الموضوعية المتعلقة بالتزامات كل طرف، تهربا من مسائل تفرض على الأطراف وتلزم إتباعها²، كما يعتبرها البعض أنها مجرد

¹ - فاروق محمد أحمد الإباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلوماتية عبر شبكة الانترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2002، ص 127.

² - وفي هذه النقطة يظهر التناقض الذي يميز هذه القواعد، بين الطبيعة الاختيارية وبين ما تتضمنه من نصوص ملزمة لي طرح السؤال حول مدى قدرة القاضي في تطبيق هذه القواعد الاختيارية، وما حجبتها في الإثبات وقدرتها في حل النزاعات.

شروط تعاقدية وليست قواعد قانونية باعتبار أنها لا تتطوي على قيمة قانونية ذاتية، فهي تستمد سلطانها من اندماجها في العقد¹.

يتأكد أيضا نفي صفة النظام القانوني على القانون الموضوعي الإلكتروني، نظرا لعدم توفر الإلزام في قواعده بالإضافة إلى نقص وقصور القواعد المشكلة للقانون الموضوعي الإلكتروني.

أولاً: عدم توافر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي.

وضعت أو سنت قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني على أساس اتفاق اختياري بين المتعاملين في هذا المجال، أي كانت تلقائية تتكون من سلوك الأشخاص الاعتيادية ومتشكلة من قواعد عرفية وعادات اختيارية، ولا يتوفر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام الذي يعتبر ضروريا لتحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام، فمن الصعب في عالم التجارة الإلكترونية أن يقوم الأطراف بفرض الجزاء على الآخر²، فتغلب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة في ظل تزايد المنافسة الشرسة بين الشركات التجارية التي تستخدم الشبكة كوسيلة لعرض منتجاتها أو إبرام عقود تجارية أو خدماتية والتي لا تبالي إلا بمصالحها الذاتية.

ثانياً: نقص وقصور قواعد القانون الموضوعي.

يظهر هذا خاصة في حادثة القانون، باعتبار أنه قانون مازال في بداياته الأولى وهو في طور التكوين، لأن أي قانون يصعب شموله على جميع القواعد القانونية³، وبمفهوم آخر فالتنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية يحتاج قبل إصداره

- الإشكال المترتب عن تطبيق القانون الموضوعي هو عدم خضوعه للرسمية في تنظيمه، فهو قانون ينشأ خارج الجهات الرسمية المكلف بتشريع القوانين، مما يجعله قانون نموذجي لا يرقى لدرجة النظام القانوني. أنظر:

فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 136

¹ - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 64.

² - عادل أبو هشيمه محمود حوتة، المرجع السابق، ص 151

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 65 . أنظر كذلك: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص

دراسة أبعاده وانعكاساته القانونية، خاصة فيما يتعلق بشروط تكوين العقد واشتات المحررات الإلكترونية، بالإضافة إلى حماية حقوق وحرقات الأطراف وفقا لما يسمى بالقواعد القانونية القائمة¹.

وتحتاج الشبكة إلى تأمينها من محاولات اختراقها وتخريب مقوماتها أو اتخاذها كوسيلة لسلب الحقوق المكتسبة للأطراف والاعتداء على الحريات².

الفرع الثاني: مدى تشكيل القانون الموضوعي الإلكتروني لنظام قانوني مستقل.

أكد أنصار المجتمع الافتراضي على وجود قواعد تشكل نظاما قانونيا قائما، والمتمثلة في تماسك وتجانس المجتمع المنظم لمجالات التجارة الإلكترونية، وذلك عن طريق هيئات تسهر على تقنين قواعد السلوك وحمايتها، تحت طائلة فرض جزاءات صارمة عند مخالفتها، لكن يتساءل الكثير عن حقيقة هذه القواعد ومدى كفايتها لسد الثغرات القانونية وإعطاء حلول لمشاكل التجارة الإلكترونية، وهذا في ظل حجم المعاملات التي تتم في مجالها³.

للإجابة على هذه التساؤلات ينبغي العودة إلى مصادر ومكونات القواعد المادية للنظر في مدى صلاحيتها لمواجهة احتياجات العمليات الإلكترونية،

¹ - عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 07. وبالنسبة للقانون النموذجي العربي: ونصت المادة الخامسة عشر (15) من القانون العربي النموذجي في شأن مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت على أنه: " يحمي القانون ممارسة التجارة والمعاملات التجارية المشروعة التي تتم عبر أي وسيط إلكتروني بين المتعاملين، وذلك وفقا للأنظمة الداخلية لكل دولة".

² - ويبدو من الأهمية التدخل لحماية المستهلك وهو الطرف الضعيف في العقد الإلكتروني، وذلك في مواجهة استغلال المنتجين الكبار، نظرا لتنوع السلع والخدمات وصورها المعقدة، مثل استخدام أساليب الدعاية المغالى فيها والترويج، وطرق الإيهار والإغراء المقدمة عبر وسائل الاتصال الحديثة ووسائل الإعلام أنظر في هذا الموضوع: عادل حسن علي، المرجع السابق، ص 15.

³ - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 116.

وتغطية كافة جوانب النشاط القائم في مجال التجارة الإلكترونية، والمتمثلة أساساً في الاتفاقات الدولية، القوانين النموذجية، تقنيات السلوك والعرف.
أولاً: الاتفاقات الدولية وحاجة التجارة الإلكترونية.

تعمل بعض الاتفاقات على توحيد قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في شأن المسائل التي كانت محلاً للتنظيم بين الدول المتعاقدة، منها اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنفذات المادية، اتفاقية روما لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، اتفاقية مكسيكو لعام 1994 بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع¹.

من جهة أخرى ظهرت اتفاقيات تهتم بوضع تنظيم مباشر لعقود التجارة الإلكترونية، على غرار ماقامت به لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية التي أصدرت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996، والاتفاقية المتعلقة بالحقوق الأدبية والفنية بالملكية الأدبية والفنية في العالم الافتراضي في جنيف عام 1996 تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية²، والتي تطبق بصفة مباشرة على أحد جوانب علاقات التجارة الدولية، وهي الفكرة التي تعتمد عليها القواعد المادية للتجارة الإلكترونية³.

ظهرت هذه الاتفاقات بعيداً عن الواقع الذي فرضته الأنترنت، ولم توضع في الأصل لتحيط بالمناخ المعلوماتي الدولي لمفهوم الشبكات⁴، بالإضافة إلى

¹ - فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 663.

² - عادل أبو هيشة محمود حوتة، المرجع السابق، ص 143-144.

³ - أجمع أغلب فقه التجارة الإلكترونية، على أن إعداد اتفاقات ومعاهدات دولية خاصة بالإنترنت أمر صعب ومعقد، نظر لاختلاف المفاهيم والفوارق بين ثقافات الدول وحضاراتها، فرغم بروز اتفاقات ثنائية أو ذات طابع إقليمي كما يجري على المستوى الأوروبي مثلاً، نجد أن هذه الاتفاقات تعتبر أدوات تنظيمية دولية لها أهميتها، وإن كانت لا تعالج المشاكل الفنية خاصة المطروحة في إطار شبكة الإنترنت العالمية. لكثير من التفصيل أنظر: بولين أنطونيوس أيوب، المرجع السابق، ص 66.

⁴ - بولين أنطونيوس أيوب، المرجع السابق، ص 64.

أن إعدادها يتطلب مدة طويلة، ويصعب جمع عدد كبير من الدول لتحقيق المعاهدة والحصول على موافقتها على الحلول المقترحة، وما يبرر هذا هو الاختلاف والتباين بين الأنظمة القانونية للدول، أو من حيث إلزامها لقواعد شكلية مثل الكتابة والتوقيع على الورق بشكله التقليدي، دون أن تقبل التطبيق على الدعامات الإلكترونية¹، مما يفرض حتمية تعديله وتحديث المبادئ الأساسية لقيامها قصد تطبيقها على المعاملات الإلكترونية.

ثانياً: الاستعانة بالقوانين النموذجية.

تعد القوانين النموذجية مفتوحة المجال، تاركة المهمة التنظيمية للدول لاستكمال التفاصيل الإجرائية، باعتبار أن مهمتها يقتصر على وضع الإطار أو الهيكل العام من القواعد الضرورية للتطبيق، مما يجعلها تمتاز بالقصور في الرد على بعض الإشكالات التي تبقى عالقة في مجال التجارة الإلكترونية، فالقانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية، وبالرغم من توسع نطاقه²، يبقى متأخراً عن معالجة العقود المبرمة لغرض الاستهلاك، وكذا عدم تعرضه لبيان القواعد التي تحكم العلاقة بين المنشئ أو المرسل وبين الوسيط، حيث اكتفى بالروابط القانونية التي تتم بين المنشئ للرسالة والمرسل إليه³، مما يدل على عدم اكتمال القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.

ثالثاً: مساهمة تقنيات السلوك.

¹ - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 220. منها اتفاقية وارسو الموقعة في 12 أكتوبر 1929 في شأن توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي، وبروتوكول تعديل نفس الاتفاقية الموقعة في لاهاي بتاريخ 28 سبتمبر 1955.

² - فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 28. أنظر كذلك؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 54.

³ - كما لم يتضمن قانون الأونسيترال لمسألة تسوية المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية، أنظر دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، على الموقع:

www.uncitral.org

تعمل هذه التقنيات على إنشاء قواعد سلوك دون أن تضفي عليها قوة الإلزام، التي تتميز بها المعاهدات أو القوانين المحددة للالتزامات الأدبية المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية العابرة للحدود، كما نجد أن هذه التقنيات وضعت لمتطلبات محددة، وتختلف من فئة إلى أخرى¹، منها تقنية السلوك الموحد في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية، والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية لعام 1996، والتقنيات التي وضعها المؤتمر الدولي للجنة البحرية الدولية بخصوص سندات الشحن الإلكترونية، وخطابات النقل البحري، هذا ما يؤكد محدودية تقنيات السلوك².

يعمل الأطراف من خلال تقنيات السلوك على الاتفاق حول تطبيقها على التبادل الإلكتروني للبيانات، وليس القصد منها أن تكون بمثابة اتفاق تبادل نموذجي، كما نجد أغلبها لا تهتم ولا تغطي القضايا التقنية والقانونية.

رابعاً: استخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية.

يعتبر العرف سلوك يتواتر الأشخاص على إتباعه، مما يجعلهم يشعرون بضرورة إتباعه وملزم لهم قانوناً، فيكفي أن يكون صادراً بالإجماع وأن يسود بشكل ظاهر لدى الأغلبية، لكن تحديد وإثبات هذه العادات في مجال التجارة الإلكترونية يبقى صعب المنال، كما يصعب التحقق من تكرار هذا السلوك أو ذاك، وذلك نظراً للتطور السريع الذي تشهده الحياة الدولية عبر الشبكات الإلكترونية، والتطور السريع للقواعد التي تحكم تلك المعاملات، والذي يقابله

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 51.

² - لقد تم وضع بعض التقنيات لأجل تنظيم الاتصالات التي تتم بين الأطراف، ولا تتعلق بالالتزامات التجارية الناشئة عن الصفقات التجارية الأساسية عن طريق استخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، ومنها تقنيات السلوك الأمريكية، والتي سميت بقواعد الاستخدام المقبولة، والتي تحتوي على شرط عدم التجارية، وهو ما يتعارض مع فكرة التجارة الإلكترونية. اطلع على: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 229.

البطء في القواعد العرفية التي تحتاج إلى الوقت لقيامها وقبولها من طرف الأشخاص¹.

يعد عنصر الشعور الداخلي للأشخاص، وهو الركن المعنوي للقاعدة العرفية أحد العناصر الأساسية لقيام القاعدة العرفية وإتباعها، وهذا ما يصعب تحقيقه، وعلى هذا الأساس عبر الأستاذ V. Gautrais أنه من الملائم في مجال التجارة الإلكترونية إحلال مفهوم التوقع محل العنصر النفسي للتحقق من وجود القاعدة العرفية، فتعدد هذه المعايير المادية والنفسية للقاعدة العرفية من الصعب نقلها بمواصفاتها التقليدية إلى مجال التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الحواسيب الآلية².

الخاتمة:

يتضح من خلال هذه الدراسة، أنه لا منهج القواعد المادية ولا منهج التنازع كافيان لحكم علاقات التجارة الإلكترونية؛ إذ أنه من الضرورة التعاون بين الدول من أجل تحديد بعض المفاهيم الخاصة بالقانون الدولي الخاص في المجال الافتراضي، مثل مفهوم التركيز الافتراضي للرابطة العقدية، وللمتعاملين عبر الشبكة بغية تفادي الصعوبات التي يثيرها أعمال ضوابط الاختصاص القانوني التقليدية، وهذا على النحو التالي:

- إلزامية إدراج شرط في عقود التجارة الإلكترونية يلزم الطرفين بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية التي تفصح عن هويتهم، وفي حالة عدم التزام أحد الأطراف بهذا الشرط يكون للطرف الآخر عند حدوث النزاع، الحق في المطالبة بتطبيق قانونه الوطني أو أي قانون آخر يمكنه من الحصول على هدفه المنشود.

¹ - هذه الصعوبة تفسر هجرة الاتفاقات ذات الصلة بالتجارة الدولية لمصطلح العرف، والاكتفاء بتطبيق العادات التلقائية للتجارة الدولية. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 51.

² - مذكور عند؛ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 239.

- يجب العمل على تطوير آليات أو منابر للتسوية، وابتداع قواعد لتحديد الاختصاص القضائي تلائم خصوصيات التعامل الشبكي، وتأخذ في اعتبارها ما جرى عليه العمل بين أطرافه، شريطة خضوع مثل هذه الأنظمة لإشراف جهات موثوق بها، مثل المنظمات أو المؤسسات القائمة ذات العلاقة بالتجارة الدولية، ومراعاة خصوصيات النشاط الخاضع لنظام التسوية، وتكون لها سلطة تسيير إجراءاته والتصدي لأي عقبة تحول دون توصله إلى نتائج المطلوبة.
- يستلزم تعديل الاتفاقيات الدولية أو تنقيحها حتى تقبل التطبيق على المعاملات الالكترونية، ولضمان التنسيق بين الاتفاقيات الدولية، وتعزيز إمكانية التنبؤ في المعاملات التجارية الدولية، وكفالة توحيد تطبيق تلك الاتفاقيات.
- ضرورة وضع اتفاق موحد يلبي احتياجات التجارة الدولية ويساهم في تطور معاملات التجارة الالكترونية على أن يتم اعتماد هذا الاتفاق من خلال مؤتمر دولي تدعو فيه الجمعية العامة للأمم المتحدة الدول الأعضاء في الجماعة الدولية، لإضفاء الصفة الرسمية على هذا الاتفاق، وحتى نضمن وحدة تفسير المفاهيم - الكتابة، التوقيع، السند - وحتى يمكننا تجنب مخاطر التباين بين النصوص الدولية والوطنية.
- يجب الاعتراف بالقوة الملزمة للقوانين النموذجية المعنية بالتجارة الالكترونية، فهذه الأخيرة تعد شكلا من أشكال التقنين العرفي، إذ يمكن للقاضي الوطني الاستناد إليها باعتبارها مصدرا للقاعدة القانونية، فالتطور السريع الذي تشهده المعاملات عبر الشبكة الدولية أدى إلى اختلاف طريقة تكوين العرف، حيث أصبح تكوين القاعدة العرفية سابقا على تطبيقها خاصة بعد ظهور نظرية العرف الفوري أو السريع.
- يبقى أن أغلب المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية، يتفقون في اختيار الوسائل البديلة لحل النزاع هروبا من بطء وطول إجراءات التقاضي في القضاء العادي، ومنها التحكيم التقليدي، فالبعض يحبذ اللجوء إلى تسوية

تتماشى ومقتضيات العقد واختيار الوسائل الالكترونية لحلها، خاصة الاعتماد على التحكيم الالكتروني، إلا أنه يبقى لكل نزاع ظروفه وملابساته.

قائمة المراجع:

باللغة العربية:

I. المؤلفات:

- ✓ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني - السياحي - البيئي)، دار النهضة العربية، ط1، 2001.
- ✓ بولين أنطونيوس أيوب، تحديثات شبكة الإنترنت على الصعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- ✓ سلطان عبد الله محمود الجوّاري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- ✓ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.
- ✓ طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- ✓ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
- ✓ عصام الدين مختار القصببي، القانون الدولي الخاص المصري، دار النشر الذهبي للطباعة والنشر، 2002.
- ✓ عوض شبيبة الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى 1995، دون دار نشر.
- ✓ فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلوماتية عبر شبكة الانترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2002.
- ✓ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- ✓ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض المنازعات، الوساطة، التوفيق، التحكيم والمفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- ✓ محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2007.

- ✓ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- ✓ محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة، 2002.
- ✓ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

II. المذكرات والرسائل جامعية:

- ✓ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، مصر، 2006.
- ✓ حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009.
- ✓ عادل أبو هشيمه محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، 2003.
- ✓ نافذ ياسين محمد المدهون، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2007.

III. المقالات:

- ✓ أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، العقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية، أوراق ندوة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها، إعداد مجموعة من الخبراء، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2007.
- ✓ حسين الماحي، نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، مقال منشور على الموقع:

www.arablawninfo.com

- ✓ حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة معارف، مجلة علمية محكمة، العدد الخامس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2008.
- ✓ خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني، الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، منشورة على الموقع

www.kenanaonline.com

- ✓ عصام الدين القسبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الفترة الممتدة من 10 إلى 12 ماي 2003، نشر في مجلد 4 عن طريق كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي.

- ✓ يوسف العلي، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت، دراسة في القانون الدولي الخاص الكويتي، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، على الموقع:

www.arablawninfo.com

باللغة الأجنبية:

I. Ouvrages:

- ✓ Iteanu: Internet le Droit, aspects juridiques du commerce électronique, Paris, éd., Eyrolles, 1996.
- ✓ Gautrais Vincent, Le contrat électronique international, Encadrement Juridique, 2ème édition, Revue Academia, Bruylant, 2002.
- ✓ Louis Lucas " Conflits de méthodes en matière de conflits de lois" Counet 1956.
- ✓ Vivant: Informatique: Répertoire Dalloz de droit international, 2e'd 1999 TZ.

II. Articles et Revues:

- ✓ Iteanu: Les contrats du commerce électronique, Droit et patrimoine, N°55, décembre, 1997
- ✓ E.Caprioli: Preuve et signature dans la commerce électronique, Droit et patrimoine, N°55,décembre1997.
- ✓ M.Brit: La délinquance informatique, aspects le droit comparé, le droit criminel face aux technologie nouvelle de la communication. Actes des 8 eme. Congres de l' association française de droit pénal, Grenoble, éd Economica, 1986.
- ✓ Van Overstraten: Droit applicable et juridiction compétente sur internet, Revue de droit des affaires internationales, 1998 N.3.
- ✓ V.Gautrais, G. Lefebvre et K. Benyekhle, droit du commerce électronique etnormes applicables: l'émergence de la lex-électronica, revue droit des affaires international, n 05, 1997.