

القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (lex electronica)

¹ بورزام رمزي، أستاذ مساعد قسم أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف- وعضو بمخبر تطبيقات التكنولوجيا الحديثة على القانون.

² بوخروبة حمزة، أستاذ محاضر أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة.

تاريخ الاستلام: 2021/10/1 تاريخ القبول: 2021/10/18 تاريخ النشر: نوفمبر 2021

ملخص

أدى ظهور التجارة الإلكترونية التي تتميز بسمات مختلفة، إلى المساهمة في أعمال وظهور منهج القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، هذا الأخير الذي يتميز بقواعده بأنها تعطي حلاً مباشراً للنزاع، ويستمد أساسه من العادات والأعراف التجارية. وقد تعددت مصادره بين دولية، ووطنية سعت بدورها إلى خلق قواعد مادية في طيات قوانينها.

إن منهج القواعد المادية لا يشكل نظاماً قانونياً مكتمل الأركان، فهو لا يزال في طور البناء، ويحتاج إلى جهود أكثر في سبيل تطويره، إلا أن تنظيم قواعده سيشكل قانوناً مستقلاً ينظم معاملات التجارة الإلكترونية، وقادراً على معالجة منازعات البيئة الرقمية.

الكلمات المفتاحية:

التجارة الإلكترونية- القواعد المادية- العقد الإلكتروني- القواعد الموضوعية

Abstract:

The Electronic commerce that has features different, contributed to the realization and emergence of the curriculum of material rules, the latter, whose rules are characterized by providing a direct solution to the conflict, derive its basis from commercial customs and norms.

And its sources have varied between international and national sought in turn to create material rules within their national laws.

The material rules curriculum doesn't constitute full legal system, it's still in the process of being built, and it needs more efforts to develop it, but the regulation of its rules will constitute a separate law governing electronic commerce transactions and able to handle disputes in a digital environment

مقدمة:

إنّ العالم الآن يعيش العديد من التحولات الأساسية، إذ لم يعد يقتصر فقط على شكل النظام الدولي ومسألة توازن القوى، فالتطور الذي يشهده في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات أثر بشكل كبير على شتى مناحي الحياة، وتعد شبكة الانترنت من أهم معالم هذا التطور، بحيث يمكن القول أنها قد أعادت تشكيل العالم من جديد، بسبب اختزالها لكل الحدود الجغرافية، واختصارها للوقت والكلفة، ومن هنا ظهرت فكرة المعاملات الإلكترونية.

هذه المعاملات الجديدة والتي يطلق عليها التجارة الإلكترونية، تتميز بسمات خاصة تجعلها مختلفة عن تلك المعاملات المعروفة في التجارة التقليدية، فظهرت الحاجة الملحة إلى تنظيم هذه البيئة قانونيا حتى لا تتحول إلى حكم قانون الغاب، تتعدى فيه الشركات الكبرى على حقوق مستخدمي شبكة الانترنت ومن هنا تأتي أهمية إيجاد قانون يحكم هذا النوع الجديد من التجارة -التجارة الإلكترونية-.

وبالحديث عن القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، فقد حكم منهج التنازع التقليدي المعاملات والعقود التقليدية لفترة زمنية طويلة، إذ يقوم هذا الأخير على التنازع من حيث المكان فبدون تحديد المكان لا يمكن إعمال ضوابط الإسناد أو تطبيقها وهو ما يتنافى مع خصوصية التجارة الإلكترونية التي تتم عبر فضاء غير ملموس ولا تستند إلى المكان كأساس جوهري لقيامها، ثم أنّ قواعد التنازع لا تقدّم حولا مباشرة وسريعة إنّما تشير إلى القانون الواجب التطبيق على العقد وتحدّد النظام القانوني المختص به، وهذا ما لا يتلاءم مع الطبيعة الخاصة للعلاقات التي تتم عبر الانترنت، كل ذلك أدى إلى انتقادات كبيرة لمنهج قواعد تنازع القوانين الذي وقف عاجزا عن مواجهة مشكلات عقود التجارة الإلكترونية، الأمر الذي

أدى الى البحث عن حلول أكثر مرونة تأخذ في الاعتبار خصوصية هذه العقود، والتي وجدت طريقها في إطار منهج أطلق عليه "القواعد المادية" أوالموضوعية من صنع مستخدمي شبكة الانترنت ذاتهم، يكفل حلولاً مباشرة لنزاعاتهم¹.

وذلك ما أدى إلى المناداة بضرورة وجود منهج آخر موضوعي الكتروني كما يطلق عليه أيضا قانون المعاملات الإلكترونية من صنع مستخدمي شبكة الانترنت ذاتهم، يكفل حلولاً مباشرة لنزاعاتهم²، هذا الأخير هو مجموعة من العادات والأعراف التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي، وطورها مستخدمو الشبكة وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلوماتية وكرسها المتعاملون في ميدان التجارة الإلكترونية، والتي قامت المنظمات الدولية وبعض القوانين الوطنية بالاعتراف بها لتصبح قواعد قانونية ملزمة للمتعاملين في هذا المجال وتصبح قانوناً خاصاً.

أهمية الموضوع:

للموضوع محل الدراسة أهمية بارزة ناتجة أساساً من بروز التعامل في الفضاء الافتراضي، إذ تعتبر عقود التجارة الإلكترونية مستقبل التجارة العالمية، ومنه كان لابد من إيجاد البيئة القانونية الملائمة لحكمها، والتي تضمن حقوق الأطراف، وتكون قادرة على حل منازعاتهم، ومنه البحث في مدى ملاءمة منهج القواعد المادية على حكم هذه التجارة الجديدة.

إشكالية الدراسة:

انطلاقاً مما تقدم، يمكن صياغة إشكالية رئيسية تتمثل في: هل يمكن للقواعد المادية الإلكترونية أن تشكل نظاماً قانونياً قائم بذاته يمكن الاستناد إليه في تسوية المنازعات الناشئة في ميدان المعاملات التجارية الإلكترونية؟

¹ بيان اسحق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، في القانون، كلية الحقوق والادارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2007، ص 97.

² بيان اسحق القواسمي، المرجع السابق، ص 97.

المنهج المتبع في الدراسة:

وفي هذا السياق ومن أجل الإلمام بما تحتويه هذه الإشكالية تم الاستعانة بالمنهج الوصفي عند وصف ضوابط الإسناد وإسقاطها على عقود التجارة الالكترونية، واستخراج العقوبات المتعلقة بها، وكذا المنهج التحليلي بتحليل مضمون بعض النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة، وأحيانا أخرى بالمنهج المقارن في بعض العناصر التي لم ينظمها التشريع الجزائري.

خطة الدراسة:

للإجابة على الإشكالية المذكورة أعلاه، قسمنا الموضوع الى مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية.

المطلب الثاني: تقييم القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية

المطلب الأول: ماهية القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية

إنّ شدة التعقيد وصعوبة استخدام منهج تنازع القوانين وعدم إمكانية توقع الحلول، وانعدام الأمن القانوني لاسيما أزمة قواعد الإسناد³ في مجال عقود التجارة الالكترونية، يرجع إلى الأذهان الاعتقاد بأن تنازع القوانين والمشكلات المعقدة التي يثيرها يمكن تجنبها عن طريق وضع قواعد موضوعية، تحل محل قواعد التنازع التقليدية، تتضمن حولا مباشرة تتلاءم وطبيعة تلك العقود، وتتوافق مع ذاتيتها⁴، للإحاطة بمختلف جوانب القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية باعتبارها منهج جديد يحل محل منهج التنازع التقليدي، سنحاول إبراز ماهية القواعد المادية للتجارة الالكترونية من خلال تحديد مفهومها في الفرع الأول، وكذا تبين مصادرها في الفرع الثاني.

⁽³⁾ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشور الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 765.

⁽⁴⁾ بن غرابي سمية، عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة محمد معمر تيزي وزو، 2009، ص 131.

الفرع الأول: مفهوم القواعد المادية للتجارة الالكترونية (lex électronique)

بالحديث عن القواعد المعنية بتنظيم المعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للاتصالات والتي جاء مولدها في أول العقد الأخير من القرن العشرين بعدما أجاز استخدام الشبكة الدولية في غير الأغراض العلمية، نلاحظ تعدد المصطلحات المستخدمة في الفقه للتعبير عن تلك القواعد، ومن أمثلة هذه المصطلحات: مصطلح القانون الالكتروني (lex électronique) و مصطلح قانون المعلوماتية (les informatica) والقانون الافتراضي (Les Virtual)، والقانون الرقمي (les numerica) وقانون الانترنت (les net) وقانون الاتصالات (jus communication) والقانون التجاري عبر الدول (droit commercial transnational)، غير أن الفقه الراجح يفضل اطلاق مصطلح القواعد المادية للتجارة الالكترونية (les règles matérielles du commerce électronique) على مجموعة القواعد التي تضع تنظيمها مباشرة وخاصة للروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الالكترونية لتمييزها عن القواعد المادية للتجارة الدولية، والقواعد المادية التي يضعها المشرع الوطني لتحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريق مباشر⁵.

أولاً/ تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية:

تعرف القواعد المادية او قواعد قانون التجارة الدولية العرفي بشكل عام على أنها " ذلك القانون الذي يضع مباشرة تنظيماً خاصاً ومستقلاً عن كل قانون داخلي، لبعض العلاقات القانونية بالنظر الى صفتها الدولية"، وكذلك تعرف " بأنها مجموعة المبادئ والنظم والقواعد المستمدة من كل المصادر التي تغذي باستمرار وتواصل تغذية البناء القانوني وسير جماعة العاملين في التجارة الدولية "6، وعرفه جانب آخر بأنه " مجموعة القواعد القانونية الغير رسمية المطبقة في نطاق التجارة الالكترونية"7.

⁵ صالح المتزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2008، ص 111.

⁶ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي التطبيق، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، الاسكندرية، مصر، 1989، ص 281-283. مشار اليه في: طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، 232-233.

⁷ صالح المتزلاوي، المرجع السابق، الصفحة 111.

ويتضح من خلال التعاريف أعلاه أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية قد تكون
تماما درج عليه العمل في المجتمع الإلكتروني من قبل الحكومات والهيئات ذات العلاقة
والمستخدمون -من عادات وممارسات- بحيث عملت على تطويرها المنظمات ذات الطابع
الدولي، الحكومية وغير الحكومية، مثل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وغرفة
التجارة الدولية ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية وغيرها، من خلال إيجاد أفكار جديدة
تسعى من خلالها إلى التعامل الموضوعي مع عقود التجارة الإلكترونية بما يتيح الثقة لكافة
الأطراف في حال ظهور قواعد موحدة دولية خاصة تطبق مباشرة على عقود التجارة
الإلكترونية⁸.

ثانيا/ خصائص القواعد المادية للتجارة الإلكترونية:

يتميز القانون الموضوعي الإلكتروني بجملة من الخصائص التي تميزه عن قواعد
القانون الدولي، وحتى القواعد الوضعية الداخلية، والتي يمكن إبرازها فيما يلي:

1- القواعد الموضوعية الإلكترونية هي قواعد تلقائية النشأة:

تتميز القواعد الموضوعية الإلكترونية بأنها تلقائية النشأة، فهي لم تظهر بإحدى
الطرق التي تتطلب الشكلية والرسمية، بل نشأة من الأعراف والعادات التجارية، بحيث تبرز
وتتطور حسب المعاملات الإلكترونية عبر الشبكة، فجزورها تعود إلى القواعد القانونية النابعة
من مجتمع ذاتي بطوائف مختلفة، ومن غير المرور عبر القناة الرسمية لسن القوانين، مثلما
عليه الحال بالنسبة للقوانين الوضعية خاصة وأن شبكة الانترنت غير خاضعة لجهة مركزية
رسمية، ولا تتبع سلطة معينة توجه العمل من خلالها، أين أصبحت هذه العادات، والممارسات
عبر الوقت قانونهم العام المشترك الذي يلتزمون به⁹.

⁸ فراس كريم شيان و طه كاظم حسن، مقال بعنوان: القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مجلة المحقق،
الحل للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، 2016، ص320.

⁹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الإلكتروني، السياحي، البيئي، الطبعة الأولى، دار
النهضة العربية القاهرة، مصر، 2000، ص58.

2- القواعد الموضوعية الالكترونية هي قواعد طائفية ونوعية:

تتميز القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية بأنها قواعد طائفية تخاطب كافة مستخدمي الشبكة الافتراضية ومقدمي الخدمات والبرامج الالكترونية، وخاصة الأشخاص الذين يمارسون التجارة الالكترونية، أشخاصا كانوا أو هيئات، تجارا أو مستهلكين، كما تظهر طائفية هذه القواعد كذلك بالنظر الى الموضوعات التي تعالجها، فعلى الرغم من وجود قواعد تفصيلية بكل نوع من أنواع التجارة الدولية، فإن هناك أحكام أكثر تفصيلا في تنظيم جنسي ذلك النوع¹⁰.

أما المقصود بأنها قواعد نوعية فذلك يعود لاعتبارها تشير إلى قواعد معدة لحل المشكلات والمنازعات الناشئة عن التجارة الالكترونية بشكل عام، ونظم التعاملات مع البنوك الالكترونية والدفع الالكتروني وغيرها، فإنها إذا قواعد مادية مهنية يطبقها مختصون بمجال المعاملات الالكترونية¹¹,

3- القواعد الموضوعية الالكترونية هي قواعد عبر دولية:

تعتبر القواعد الموضوعية الالكترونية قواعد دولية، باعتبارها تنظم فضاء افتراضيا مشتركا غير قابل للخضوع للقوانين الوطنية، بل يتطلب "قانون غير وطني" أو "قانون عبر الدول" أو "قانون عابر للحدود" ورغم اختلاف هذه التسميات، فكلها تعكس أمر هام وجوهري، فهو ان هذا القانون لم يكن من وضع سلطة وطنية، ولا من هيئة دولية، بل أن طابعه الدولي يستمد من طبيعة المعاملات التي يحكمها باعتبارها معاملات عابرة للحدود، وتتصل بأكثر من دولة، تنظم مجتمعا افتراضيا يتضمن بيانات ومعلومات تقنية قصد تنظيم

⁽¹⁰⁾ طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الاسناد في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص236.

⁽¹¹⁾ فراس كريم شيان وطه كاظم حسن، المرجع السابق، ص325.

بورزاق رمزي، أستاذ مساعد قسم أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف-2-
بوخروبة حمزة، أستاذ محاضر أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة.

التبادل بالطرق السلوكية واللاسلكية، وقد خصص أساسا لسد الفجوة الموجودة بين القانون بمفهومه التقليدي، والمعطيات الجديدة التي فرضتها المعاملات الافتراضية¹².

4- القواعد الموضوعية الالكترونية هي قواعد مادية مباشرة:

تتميز القواعد المادية للتجارة الالكترونية كذلك بكونها قواعد مباشرة وموضوعية تقدم الحلول مباشرة للمسألة محل النزاع دون أن تستمد هذه الحلول من خلال الإحالة إلى قانون آخر كما هو الحال في قواعد التنازع التقليدية، والتي لا تعطي الحل المباشر وإنما تشير إلى القانون الداخلي الواجب التطبيق الذي يضع الحل الموضوعي النهائي للنزاع¹³.

ثانيا/ مصادر القواعد الموضوعية الالكترونية:

هناك العديد من المصادر التي أدت إلى ظهور القواعد المادية للتجارة الالكترونية، نذكر منها على سبيل المثال: الممارسات التعاقدية (عقود الإيجار المعلوماتي وعقود إنشاء موقع الكتروني أو متجر افتراضي) وهي كلها عقود أرست العديد من الممارسات التعاقدية، وشكلت قواعد متبعة في غالبية الدول التي انتشرت فيها الانترنت والتجارة، كما ساهم المتعاملين في ميدان التجارة الالكترونية في إرساء أعراف وعادات وممارسات في الأوساط المهنية للعالم الرقمي والمعلومات والاتصالات، كالأعراف والعادات السائدة في مجال الدعاية والترويج للسلع والخدمات، ومع ذلك يرى البعض أنه بسبب حداثة العقود الالكترونية لا يمكن القول بوجود عرف تجاري دولي فيما يتعلق بالتعامل الالكتروني، وحسب رأيهم يجب الاستعانة بالأعراف والعادات التجارية الدولية، التي تنظم عقود التجارة الدولية التقليدية، وتعتبر أيضا التوصيات والاتفاقيات الدولية مصدرا هاما من مصادر القانون الموضوعي الالكتروني، حيث نجد مثال عنها: توصيات منظمة التعاون والتنمية الأوروبية حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود سنة 1980، و التوجيه الأوروبي رقم 46/95 حول حماية الفرد في مجال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي والتدفق الحر للبيانات، كما تم التوقيع في جنيف عام

⁽¹²⁾ سيني مخالفة نور الدين، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص 62.

⁽¹³⁾ احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 59.

1996 تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفردية على اتفاقية تتعلق بالملكية الادبية والفنية في العالم الرقمي، بالإضافة إلى مجموعة من المعاهدات والاتفاقيات والقوانين النموذجية التي صدرت بخصوص تنظيم بعض المسائل المتعلقة بالتجارة الالكترونية¹⁴.

بالإضافة إلى المصادر ذات الصبغة الوطنية والتي تنبع من التشريعات الخاصة ببعض الدول بصدد تنظيم المعاملات الالكترونية، وكذا مختلف القرارات القضائية سواء الصادرة عن القضاء العادي أو قضاء التحكيم الالكتروني¹⁵.

المطلب الثاني: تقييم القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية

بعد أن تعرفنا على المقصود بالقواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية، ومصادرها، وكذا خصائصها التي تصب كلها حول فكرة مفادها أن القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية، تقدم حلا مباشرا للنزاع على عكس قواعد التنازع التقليدية التي لا تقدم حلا مباشرا للنزاع، ولا توفر حماية للحقوق والمراكز القانونية ذات الطابع الدولي، بل تشير فقط إلى القانون الذي يتكفل بذلك الحل.

غير انه مهما يقال حول وجود قانون موضوعي دولي يحكم العمليات التي تتم عبر شبكة الانترنت فإن الواقع يدفع إلى التشكيك في وجود هذا القانون وقدرته على حسم كافة المنازعات التي تثور بشأن تلك المعاملات، فهذه القواعد معظمها غير مدونة، وتعد مجرد أعراف وعادات وقواعد وسلوك لا ترقى لمستوى القانون¹⁶.

وبصدد تقييم القواعد الموضوعية الالكترونية لابد من الإجابة على مجموعة من التساؤلات، تكمن أساسا في: هل يمكن إضفاء صفة النظام القانوني على القواعد الموضوعية الالكترونية،

¹⁴ ربيعي فاطمة الزهراء، مقال بعنوان: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، ص 363-

364. متاح على الموقع التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/76157> تاريخ الاطلاع: 2021/09/15، الساعة: 16:00.

¹⁵ لمزيد من التفصيل حول مصادر القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية أنظر: طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص من 253 الى 264. وكذا صلاح المنزلاوي، المرجع السابق، ص من 160 الى 180.

¹⁶ (بيان اسحاق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، في القانون، كلية الحقوق والادارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2007، ص 113.

ثم هل تعد القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية كافية لحل النزاعات المترتبة على العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت، هذه التساؤلات التي سنجيب عليها في النقاط التالية:

أولاً/ مدى إمكانية تشكيل القواعد الموضوعية الالكترونية لنظام قانوني موضوعي مستقل:

اختلف فقهاء القانون في إعطاء صفة النظام القانوني للقواعد المادية التي تشكل القانون الموضوعي الالكتروني، حيث ظهر هناك اتجاهان في الفقه، رأي أنكر صفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الالكتروني، وجانب آخر يعترف بصفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الالكتروني¹⁷.

1- الاتجاه النافي لصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية الالكترونية:

يرى أنصار هذا الاتجاه برفض فكرة الوجود الخاص للقانون الموضوعي الالكتروني، ونفي صفة النظام القانوني عنها، فيؤكدون صعوبة الاعتراف بصفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الالكتروني، على أساس إن تلك الصفة لا تتوفر إلا عندما نكون بصدد جماعة متماسكة ومنظمة بشكل كافي، وهو فرض ينفيه الواقع العملي عبر شبكة الانترنت، فالانترنت تضم أشخاص ينتمون إلى دول وأنظمة قانونية مختلفة، وبالتالي لا يعرفون بعضهم فهي جماعة تفتقد إلى الوحدة والتماسك اللازمين لأي نظام قانوني، كما أن عدم التجانس ناتج عن وجود طوائف عديدة من التجار والمهنيين داخل شبكة الانترنت، قد أسفر عن وجود عادات خاصة بكل طائفة تعبر عن مصالحها المتعارضة، مما يصعب معه القول بتوافر فكرة التنظيم الموحد اللازم لقيام النظام القانوني¹⁸.

كما يذهب هذا الاتجاه إلى أن الدول لا تزال غير متعاونة في هذا المجال، انطلاقاً من توفير الحماية اللازمة لمواطنيها، لذلك فإنها غير مستعدة لترك حل المنازعات التي يعتبر احد مواطنيها طرفاً فيها، ناهيك على أن القواعد المادية للتجارة الالكترونية تتكون من قواعد السلوك المجردة من حيث نشأتها، ومضمونها، وبسبب حداثة تكوينها وكذا افتقارها للجزاء والردع الذي يحتم على الأفراد عدم مخالفتها مما يجعلها مختلفة تماماً عن النظام القانوني

(17) صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 195.

(18) سيني مخالفة نور الدين، المرجع السابق، ص 75.

للدولة، بل وعلى فرض وجود جزاءات من إلغاء الاشتراك أو حضر استخدام الشبكة فإنها لا تعد فعالة بسبب صعوبة تحديد هوية الشخص المخالف وسهولة التخفي من خلالها، حيث يتمكن من استخدام الشبكة ثانية بعد تغيير معلوماته الشخصية وعنوانه. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن هذه القواعد هي من صنع المتعاملين في الشبكة كما أن تطبيقها والالتزام بها سيكون وفق إرادتهم فليس من المنطق إجبار شخص على الالتزام بما فرضه هو على نفسه وبإرادته المنفردة¹⁹.

إنّ هذا الطرح يؤكد أنّ الحديث عن القانون المادي للتجارة الإلكترونية لا يزال مبكراً، باعتبار أنّ قواعده لا تزال في طور التكوين ولم تكتمل بعد، كما أنه لا يمكن قبول تنظيم هذا المجتمع بمقتضى قواعد مكملة تفتقر للإلزام، إضافة إلى أنها لم تتوصل إلى الحلول المرجوة في الكثير من فروع القانون، كما أن طبيعتها الذاتية تجعلها غير قادرة على أن تشمل كل فروع القانون مثل قانون الاستهلاك والقانون المالي وغيره، مما يعني عدم قدرتها على تشكيل نظام قانوني مستقل بحد ذاته، فهو يعد نظام قانوني كالجنين في طور التكوين وعليه لا بد من الرجوع إلى مصدر آخر لإكمال هذا النقص، أي بقاء الحاجة إلى حتمية تدخل الدولة في الحالات التي يتعذر معها تطبيق القانون المادي للتجارة الإلكترونية.²⁰

2- الاتجاه المعترف بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية الإلكترونية:

يقر هذا الاتجاه بالوجود الخاص للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية، ولا ينكر عليها استقلالها على القواعد المادية التقليدية، كونها عبارة عن قواعد نشأت في بيئة الكترونية وفي أحضان التجارة الدولية وفي هذا الخصوص يحاول أنصار هذا الاتجاه وضع إطار نظري يهتدى عن طريقه إلى تحديد المصادر التي تتشكل منها القواعد المادية الإلكترونية، استناداً إلى محتوى هذه القواعد أو إلى مضمونها، وذلك بتقسيمها إلى مصادر رسمية تحتوي على الاتفاقيات الدولية والمعاهدات المطبقة في التجارة الإلكترونية، والأدوات التعاقدية التي تشمل تقنيات السلوك، والعقود النموذجية، وقرارات التحكيم الإلكتروني الخاصة بالتجارة الدولية، بالإضافة

¹⁹- حمودي محمد الناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع،

عمان الأردن، 2012، ص 499.

²⁰- طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 153.

إلى المصادر ذات النشأة التلقائية، والتي تضم الممارسات التجارية في المجال الإلكتروني، والمبادئ العامة للقانون والأعراف المهنية²¹.

واستند أنصار هذا الاتجاه إلى جملة من الحجج لعل أهمها الآتي بيانه:

- بخصوص المجتمع الافتراضي وأهمية القواعد المادية للتجارة الدولية²²، وأن هذه القواعد تشكلت من العادات والممارسات التي استقر عليها العمل في هذا المجتمع الافتراضي، والتي طورتها حكومات الدول والجهات ذات العلاقة والعاملون في هذا المجال، ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تأكيد وجود هذا المجتمع، الذي يتكون من العاملين في التجارة الإلكترونية، ويعيشون كوحدة واحدة متماسكة بدرجة كافية، ولهم فكر وهدف واحد، وأنهم مرتبطون فيما بينهم بروابط ومعاملات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون مجتمعاً دولياً حقيقياً، يتولى أعضاؤه وضع القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم، ووضع الجزاءات التي تكفل لتلك القواعد احترامها²³.

- بخصوص عنصر الجزاء الذي يعد عنصر أساسي في النظام القانوني، فقد أضى لمجتمع الانترنت قضاء متخصص في حل منازعاته والذي يتميز بعدالته الافتراضية، إذ أصبح للقضاء إمكانية عقد جلساتهم وإصدار أحكام على كل عضو مخالف للقواعد المفروضة عليهم، فمثلاً إنهاء اشتراكه، وحرمانه من التعامل عبر الشبكة أو تعليق استفادته منها، أو بطرده، وكل هذا بواسطة آليات ومعدات مصممة لهذا الغرض عبر شبكة الأنترنت²⁴.

²¹ محمد بلاق، قواعد التنازع، والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011، ص 144.

²² حمودي محمد الناصر، المرجع السابق، ص 501.

²³ طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 294، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 205.

²⁴ طه كاظم حسن المولى، المرجع الموضع نفسه 4، أحمد عبد الكريم سلامه، الانترنت والقانون الدولي الخاص: فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، د.س.ن، ص 21.

- يؤكد أنصار هذا الاتجاه قدرة جماعة الأنترنت على خلق القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم، فهذه القواعد لها قيمة قانونية ملزمة وتتمتع بالقوة والفعالية التي تمكنها من حسم المنازعات التي تدور في هذا المجال، وينطبق القول على القوانين النموذجية التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بخصوص التجارة الإلكترونية، كما ينطبق على العقد النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بباريس بغرض تسهيل المعاملات عبر الشبكات الإلكترونية²⁵.

- إن هذه القواعد تحقق الأمان للمتعاملين عبر الأنترنت، وتضمن وحدة الحلول للمشكلات الفنية والقانونية التي تفرضها الطبيعة الإلكترونية للشبكة الدولية، إضافة إلى تجنب الفراغ أو القصور التشريعي الذي يمكن أن تؤدي إليه التشريعات الوطنية خاصة التي لم تنظم التجارة الإلكترونية، والنقص الذي يشوبها عند إعمالها في مجال العقود الإلكترونية²⁶.

لهذه الأسباب يؤكد أنصار هذا الاتجاه أن القواعد المادية الإلكترونية تشكل نظام قانوني مستقل بحد ذاته، بحيث تجتمع فيها العناصر اللازمة لتكوين نظام قانوني، ففكرة عدم وجود مجتمع افتراضي التي نادى بها أنصار الاتجاه المنكر لصفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية هي فكرة واهية، ذلك أن أفراد هذا المجتمع يرتبطون مع بعضهم بعلاقات ومعاملات وثيقة تجعلها تشكل مجتمع حقيقيا، كما أن تعارض الجماعات والطوائف في هذا المجتمع لا يؤدي إلى تعارض المصالح، لأن التباين هو أحد مقتضيات العمل التجاري، بل هو أحد عوامل وحدته لا انقسامه²⁷.

وقد رتب أنصار هذا الاتجاه على قولهم السابق نتيجة مفادها أن القواعد المادية الإلكترونية اجتمعت فيها العناصر اللازمة لتشكيل نظام قانوني وهي:

²⁵ - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 206، ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون دولي خاص، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017-2018، ص 42.

²⁶ - طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 294، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 206.

²⁷ - جندولي فاطمة زهرة، عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018، ص 202-203.

- وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية.
- جود كيانات وأجهزة قانونية تتولى مهمة وضع القواعد السلوكية وصياغتها والسيهر على احترامها من بينها: غرفة التجارة الدولية ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ... الخ.

ثانيا: الحلول الممكنة لجعل القواعد المادية الإلكترونية منهج متكامل يحكم عقود التجارة الإلكترونية:

أمام الخلاف الفقهي حول منهج القواعد المادية الإلكترونية بين رافض له ومؤيد، فإنه يمكن القول بأن منهج القواعد المادية للتجارة الإلكترونية هو المنهج الوحيد الذي يمكنه حكم المعاملات الإلكترونية وكذا المنازعات الناشئة عنها، شريطة توفره على مجموعة من العناصر، تشكل نظاما قانونا متقنا ومتكاملا، تسد الانتقادات الموجهة إليه، ويكمن إبراز هذه العناصر فيما يلي²⁸:

- إنشاء مجموعة من القواعد المادية الإلكترونية الدولية تتكفل بتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية يكون مصدرها مجموعة الأعراف والممارسات التجارية السائدة المقبولة، التي طورتها المحاكم بالتعاون مع المستخدمين والحكومات، وكافة الأطراف ذات الصلة، يكون هذا القانون متطورا يستجيب للتغيرات التي تحدث في البيئة الرقمية.
- إنشاء منظمة دولية تسهر على توحيد وتطبيق القواعد المادية الإلكترونية وتحديثها عند اللزوم، تكون هذه المنظمة بمثابة الحارس الأمين على خلق صرح قانوني منضبط لعقود التجارة الإلكترونية، بتأمين كافة عوامل السلامة القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية وأطرافها، وذلك ببعث آليات لتسوية المنازعات الناجمة عن هذه العقود، وكذا فرض عنصر الإلزام والجزاء.

خاتمة:

يبقى الواقع يؤكد في كل مرة بزوغ التجارة الإلكترونية التي تجري عبر الأنترنت، ونظر لجمود قواعد التنازع بعدما كانت هي القواعد العامة التي تطبق على عقود التجارة الإلكترونية، بقي الخلاف قائم حول إيجاد قواعد تتلاءم مع خصوصية العقود المبرمة في إطارها، ولتفادي الفراغ القانوني الناتج عن حداثة هذا المجال، كان الحل هو الاتجاه نحو القواعد المادية الإلكترونية بغية المحافظة على حقوق المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، ودعم الثقة والسرعة التي تمثل حجر الأساس في هذا الميدان، إلا أنه لم يسلم من الانتقاد، وعليه فإنه من خلال دراستنا يمكن القول أن منهج القواعد المادية للتجارة الإلكترونية هو منهج وليد لم يكتمل نموه بعد.

وعلى أي حال، لا نريد أن نجعل من خاتمة بحثنا ترديدا لما ورد في متنه، وإنما يتطلب منا واقع الحال أن نتطرق إلى ما توصلنا إليه من نتائج واقتراحات على النحو التالي:

أولاً: النتائج

- إن شبكة الأنترنت، التي تستعمل في التجارة الإلكترونية هي شبكة دولية مفتوحة للجميع وغير خاضعة لسيادة أي دولة، مما يدفع البعض إلى القول أن الأنترنت منطقة بلا قانون، لذا فهي تتطلب قواعد قانونية تحقق لها نوع من التنسيق على المستوى الدولي.

- رغم تشكيك بعض الفقه، في فعالية القواعد المادية الإلكترونية، وقدرتها على حل منازعات التجارة الإلكترونية، إذ يرون أنها لا ترقى لتشكيل نظام قانوني متكامل، إلا أن هذا المنهج (القواعد المادية) أصبح يشكل واقعا لا يمكن إنكاره.

- إن منهج القواعد المادية يشكل نظاما قانونيا لم تكتمل معاملته بعد، وإن كان هو الأصلح لحكم مشاكل التجارة الإلكترونية، إلا أنه لا يزال يعاني من بعض العقبات ليكون ملائما تماما لأحكام عقودها، مما يبقى الحاجة للاستعانة ببعض المناهج الأخرى مثل قواعد الإسناد لسد نقص وقصور القواعد المادية، فيمكن القول أن العلاقة بينهم هي علاقة تكامل رغم وجود تنافس بينهم.

بورزام رمزي، أستاذ مساعد قسم أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف-2-
بوخروبة حمزة، أستاذ محاضر أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة.

- النطاق الضيق والمحدود لقرارات التحكيم الإلكتروني التي تتم عبر الأنترنت، يقود إلى التشكيك في وجود عادات خاصة بالتجارة الإلكترونية، مما يشكك في اعتبار التحكيم كمصدر للقواعد المادية الكترونية.
- يوجد تباين واضح في القوة الإلزامية للمصادر القانونية التي تتشكل منها القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.
- رغم أن بعض الدول أقحمت نفسها في مجال التجارة الإلكترونية، دون اعتبار لدولية التعامل فيها إلا أنها قد شرعت وصيغة قواعدها بما يتلاءم مع خصوصية هذا الميدان، وأن هذه التشريعات تعتبر خطوة مهمة ومتقدمة، كما لاحظنا تأخر المشرع الجزائري في تنظيم القواعد التي تحكم هذا المجال.

ثانيا: الاقتراحات:

- إنشاء منظمة دولية تعمل على توحيد القواعد المادية الخاصة بالتجارة الإلكترونية وتسهر على تطبيقها وتحديثها عند اللزوم وتأمين كافة عوامل السلامة القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية.
- في سبيل التنظيم السليم لميدان التجارة الإلكترونية لا يكفي فقط وضع تشريعات وطنية، بل يجب ضمان انسجامها وتوحيدها، خاصة فيما يتعلق بالتسميات المستخدمة، حيث ينبغي أن تكون موحدة إذ لا تكفي أن تشير إلى نفس المعنى فقط.
- العمل على تأسيس بنية تحتية للتحكيم الإلكتروني، الذي يساهم في خلق قواعد مادية قادرة على حكم العديد من المسائل التي عجز القضاء عن حلها.
- لا بد من تقدير الجهود المبذولة من المنظمات الدولية وأيضا التشريعات الوطنية، في محاولة وضع أسس لبناء نظام قانوني متكامل للتجارة الإلكترونية.

قائمة المراجع:

أ- الكتب

01- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الالكتروني، السياحي، البيئي، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2000.

02- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987.

03- حمودي محمد الناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2012

04- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشور الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009

05- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

06- طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الاسناد في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.

07- فراس كريم شيان و طه كاظم حسن، مقال بعنوان: القواعد المادية للتجارة الالكترونية، مجلة المحقق، الحلّى للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، 2016.

ج- الرسائل والمذكرات:

01- بن غرابي سمية، عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة محمد معمرى تيزي وزو، 2009

02- بيان اسحاق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، في القانون، كلية الحقوق والادارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2007.

03- جندولي فاطمة زهرة، عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018، ص 202-203.

بورزاق رمزي، أستاذ مساعد قسم أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف-2-
بوخروبة حمزة، أستاذ محاضر أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة.

04- سيني مخالفة نور الدين، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

05- محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان، 2011.

د- المواقع الإلكترونية:

01- ربي فاطمة الزهراء، مقال بعنوان: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ص 363-364. متاح على الموقع التالي :

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/76157>:

02- بلاق محمد، ضوابط الاسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ص 166، مقال متاح على الموقع التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/46104>.