ملخص البحث

ان الطبيعة العالمية وغير المادية للتجارة الالكترونية , حيث لا مكان محدد يمكن تطبيق قانونه مما يتطلب قانوناً خاصاً يحكمها , بما يحقق الامان القانوني الذي ينشده المتعاقدون ، وهل ان هذا القانون وطني ؟ أم انه قانون عالمي جديد؟ ، لذلك اتجه الكتاب في القانون الدولي الخاص إلى مجموعتين:

الفريق الاول: ذهب الى تطبيق قواعد الاسناد بنوعيها (التقليدية و المرنة) ، والتي تعد الطريقة التقليدية في حل تنازع القوانين ، بسبب اتصال المعاملات التجارية الإلكترونية بالعديد من الدول مما يضفي الصفة الدولية على عقودها ، على الرغم من الصعوبات والعقبات القانونية التي تواجه تطبيقها خاصة تلك التي تعتمد على الضوابط المكانية.

اما الفريق الاخر فأنه ينادي بضرورة تطبيق قانون غير وطني ، من خلال العمل على ايجاد قواعد مادية تطبق مباشرة لحل منازعات التجارة الإلكترونية ، مستنداً في ذلك لسببين، الأول هو خصوصية النزاعات التي تميز التجارة الإلكترونية عن غيرها ، والثاني يشير إلى العيوب التي تؤدي اليها تطبيق قواعد الاسناد في حل تنازع القوانين , مما دفع التشريعات الوطنية والدولية والمنظمات الدولية ذات العلاقة اضافة الى مجتمع الانترنت , للعمل على خلق القواعد المادية للتجارة الالكترونية , لذا سوف يتناول بحثنا هذا , ماهية القواعد المادية للتجارة الالكترونية ، وخصائصها ومصادرها ، ومن ثم تقييمها.

المقدمة

موضوع البحث:

لابد ان نتعرف على القواعد المادية للتجارة الالكترونية والتي تعطي حلاً مباشراً , مختصرةً بذلك الزمن وهو ما يتطلبه عالم اليوم الذي يشهد ثورة معلوماتية عالمية تضاهي (الثورة الصناعية) لا بل تفوقها بسبب اختزالها لكل الحدود الجغرافية مع اختصارها للوقت والكلف , ألا وهي ثورة المعلومات فائقة السرعة , لذلك اطلق على العصر الحالي

(عصر المعلومات فائقة السرعة) وان هذا العصر اظهر انماطا جديدة من الاعمال تعرف بالإعمال الالكترونية والتي تتميز ببيئتها الخاصة كونها مبنية على العلاقات التعاقدية من خلال شبكة الانترنت الذي يتنافى والحدود الجغرافية والسياسية.

ان الاقبال المتزايد على استخدام شبكة الانترنيت في شتى المعاملات خاصة في مجال عقود التجارة الالكترونية , وما يترتب على ذلك من إشكاليات قانونية مما قد تؤدي الى منازعات بين أطرافها ، والتي غالبا ما تختلف اماكن تواجدهم و جنسياتهم ، يضاف لهم الطرف الثالث وهو الوسيط وكذلك مزود خدمة الانترنيت وهذا يكون مجهولا في بعض الاحيان -عندما يكون شخصا افتراضيا- لذا لابد من تحديد القانون المختص في حل مثل تلك المنازعات بما يؤمن ويضمن الحماية الواجبة لحقوق الافراد خاصة المستهلكين منهم ، وهذا يقتضي البحث عن جيل جديد من القواعد التي تتناسب مع طبيعة العلاقات الالكترونية وما ينشا عنها من تنازع بين القوانين , لسد النقص الحاصل عند عجز بعض قواعد الاسناد التقليدية على تعين القانون الواجب التطبيق في حالة عدم تحديده من قبل الاطراف صراحة او ضمناً, ولابد من التساؤل عن مدى صلاحية القواعد المادية للتجارة الالكترونية لحل مشكلة تنازع القوانين في اطار العقود الالكترونية ؟ وهذا ما سنحاول الاجابة عنه خلال هذا البحث.

ثانياً: مشكلة البحث:

من الطبيعي في بيئة التجارة الإلكترونية ، ان تظهر المنازعات ، تماما كما هو الحال في العالم غير الإلكتروني ، وهذه المنازعات , غالبا ما تتضمن طرفا اجنبيا لقيامها ابتداء بين اطراف خارج النطاق الاقليمي الواحد , بما تثير العديد من التساؤلات بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النزاع حيث لم ينجز الكثير في حقل التصدي الجماعي لمشكلات الاختصاص وتنازع القوانين في بيئة التجارة الالكترونية , ويتصل بهذا الموضوع ايضا مسالة مدى فعالية واهمية الاعتماد على طرق التقاضي البديلة وتحديدا التحكيم لفض منازعات التجارة الالكترونية .

ان مشكلة البحث تنبع من حداثة استخدام منظومة الانترنت وتزايد استعمالها على المستوى الدولي والمحلي وتنسحب المشكلة حول قلة الامكانيات الفنية التي يتمتع بها المواطن

العراقي في استعمال هذه الوسيلة للتعاقد , اضافة الى عدم الالمام الكافي بآلية وشروط استخدامها خاصة في مجال التسوق والتعاقد يصاحبها حداثة المشرع العراقي في سن واصدار قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية الذي جاء خاليا من النص على اية آلية لحل تنازع القوانين اضافة الى ندرة القرارات القضائية في هذا المجال.

ثالثاً: أهمية البحث:

تبرز أهمية دراسة موضوع القواعد المادية للتجارة الالكترونية نتيجة لآثار التقدم التكنولوجي في وسائل الاتصالات والمعلومات , إذ أن قواعد الاسناد التقليدية لا تعد كافية لإيجاد الحلول المناسبة بما يتلاءم والطبيعة الفنية للتعاقد عبر شبكات الاتصال الالكترونية , مما دفع الفقه والقضاء على مستوى القانون الدولي الخاص والمنظمات الفنية ذات العلاقة ومنظمة الامم المتحدة ومجتمع الانترنت , لإيجاد الحلول الدولية لتلك الاشكاليات , ولعل من ابرز هذه الحلول هو الاخذ بمعيار الارادة وفي حالة غيابها تطبق القواعد المادية للتجارة الالكترونية في القانون الدولي اضافة الى التحكيم الدولي والعقود النموذجية.

ومما يزيد من أهمية الدراسة خلو المكتبة القانونية العراقية من أبحاث تستوعب هذا المجال وافتقار التشريعات العراقية إلى نصوص تحيط بجميع المشاكل -التي ستثار بسبب تزايد استخدام شبكة الانترنت- رغم صدور قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ , لذا علينا أن نخوض غمار هذا البحث أملاً أن يسد جزأً يسيراً من الفراغ التشريعي الموجود ورغبة في مساعدة القضاء العراقي للاستدلال بآراء فقهية بدلاً من التركيز فقط على النصوص العامة .

رابعاً: نطاق البحث:

نظراً لحداثة موضوع البحث وندرة وجود التطبيقات القضائية بسبب حداثة التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني والمعاملات الالكترونية في العراق ، ولغرض تحقيق الغاية المرجوة من اختياري البحث في هذا الموضوع والتي تتمثل في تقديم المقترحات للمشرع العراقي من خلال ايجاد منظومة قانونية , لمواكبة التطورات والاستفادة من تجارب بعض

الدول التي سبقتنا , بشأن التنظيم القانوني لحلول التنازع التشريعي للتجارة الالكترونية ، فان نطاق بحثنا سوف يكون في القواعد المادية للتجارة الالكترونية من حيث تعريفها وخصائصها ومصادرها وتقييمها على مستوى التشريعات والمنظمات ذات الطابع الدولي أو الوطني.

خامساً: منهج البحث

إن طبيعة البحث تقتضي اللجوء إلى عدد من مناهج البحث العلمي المتعارف عليها واعتماد عدة مناهج ، منها المنهج ألوصفي، حيث سأعطي وصفاً للمسائل ذات الطبيعة الفنية المرتبط بموضوع بحثي ، كما سيكون للمنهج التحليلي (الاستنباطي) مكان بارز في هذا البحث.

سادساً: مشكلة البحث:

بسبب حداثة التجربة على الواقع العراقي , سواءً على المستوى الاكاديمي او على المستوى القضائي وبالتالي لابد ان يكون للباحثين دورا في تطوير احكام ومبادئ هذا الموضوع بما فيه ، من تسهيل لمهمة المشرع العراقي والعربي بغية تطوير النصوص القانونية بما يتلاءم والحلول المناسبة لمشكلات تنازع القوانين بسبب اساليب التعاقد الحديثة عبر وسائل الاتصال المستحدثة - منظومة الانترنت- اضافة الى ضرورة حث المجتمع العراقي على التعامل من خلال الشبكة العنكبوتية وزرع الثقة فيما بينهم على هذا التعامل.

سابعاً: خطة البحث:

لقد تم هيكلة البحث وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: التعريف بالقواعد المادية للتجارة الالكترونية

الفرع الاول: تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية

الفرع الثاني: تمييز القواعد المادية للتجارة الالكترونية عما يشتبه به

المطلب الثاني: خصائص ومصادر القواعد المادية للتجارة الالكترونية

الفرع الاول: خصائص القواعد المادية للتجارة الالكترونية

الفرع الثاني: مصادر القواعد المادية للتجارة الالكترونية

المطلب الثالث: تقييم القواعد المادية للتجارة الالكترونية

الفرع الاول: مدى تمتع القواعد المادية الالكترونية بصفة النظام القانوني

الفرع الثاني: القوة الملزمة للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية

المبحث الأول

مفهوم القواعد المادية للتجارة الالكترونية

لقد ذهب المناصرون للمجتمع الافتراضي الى ضرورة البحث عن البديل بعد قصور منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية للتجارة الدولية عن وضع الحلول الناجعة لمشكلات التنازع التشريعي في منازعات عقود التجارة الالكترونية التي تتم في هذا المجتمع الافتراضي , حيث ذهبوا الى ان البديل يتجسد في القواعد المادية للتجارة الالكترونية (lax electronica)[١] والتي يعمل المتعاملون في التجارة الالكترونية عبر هذا المجتمع الافتراضي على تحديدها ووضعها وقبولها , منطلقين في ذلك من الاستحالة العملية بالنسبة لكل من المشرع الوطني وكذلك الدول وما تبرمه من اتفاقيات في هذا المجال لتغطية كل ما يدور في ميادين المعاملات الالكترونية الدولية بسبب قفزاتها المتلاحقة , اضافة الى ذلك فأنهم يجدون ان المتعاملين في هذا الميدان هم اكثر قدرة ومعرفة من غيرهم في تنظيم العلاقات التي تربطهم من خلال ما يروه اكثر انسجاما مع حاجاتهم.[٢]

لقد اختلفت الفقه حول مدى صحة تسمية هذه القواعد (بالمادية ام الموضوعية)حيث ذهب فريق من الفقهاء الى تسميتها بالقواعد الموضوعية [٣] بينما ذهب جانب اخر الى التسوية بين تسميتها (قواعد موضوعية) او (قواعد مباشرة) على وفق ما تؤكده طبيعتها ,ويبرر هذا الاتجاه تسمية (القواعد الموضوعية) على اعتبار ان القانون يقسم الى قانون موضوعي و قانون اجرائي من حيث مضمون قواعده ويقسم من حيث اشخاصه وعلاقاته الى قانون عام و قانون خاص , ولا يوجد ضمن هذه التقسيمات , قانون مادي , وإن وجد فلابد ان يقابله قانون معنوي , وهذا الاخير يختلف عن القانون الوضعي لأنه يعبر عن الضمير والاخلاق[٤], إلا ان الفقه الغالب يوكد على تسميتها بالقواعد المادية(Regles Materielles) او(Material) والتبرير الذي يسوقه انصار هذه التسمية هو ان القواعد المعنية بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية قد لا تقتصر على ما تضعه الدول وتطبقه بصفتها صاحبة السيادة والسلطان كما في العلاقات الداخلية , اما سبب استبعاد تسمية القواعد المباشرة ، فانه يرجع الى الخشية من اختلاط وتداخل المقصود من هذه القواعد بمنهج القوانين ذات التطبيق المباشر او الضروري[٥] (قواعد البوليس) ولوجاهة ما ذهب اليه الفقه الغالب ولان هذه القواعد لا تكون مباشرة في جميع الاحوال فقد سايرنا الفقه الغالب

بتسمية هذه القواعد المادية للتجارة الالكترونية بـــ (lax electronica)[٦], لذا سوف يتم بحـــث القواعد المادية للتجارة الالكترونية من خلال ثلاثة مطالب نخصص المطلب الاول لماهية القواعد المادية للتجارة الالكترونية ونبحث في خصائصها ومصادرها في المطلـــب الثـــاني ونخـــصص المطلب الثالث لتقييمها.

المطلب الاول

التعريف بالقواعد المادية للتجارة الالكترونية

ان عقود التجارة الإلكترونية اكثر تحرراً من العقود المبرمة بالوســـائل التقليديـــة بـــسبب طبيعة عقود الشبكة العالمية التي تتميز بضعف الارتباط ، بين تلك العقود ودولة ما أو دول معينة وانعدامه في بعض الاحيان , اضافة الى عالمية الحيز او النطاق الذي تبرم فيه تلك العقـــود ممـــا ادى الى عجز بعض قواعد الاسناد عن تحديد القانون الواجب التطبيق في حالـــة عـــدم اختيـــار الاطراف له ، مما يعطي النظام القانوني للعقود الإلكترونية استقلالاً يبشر بميلاد قواعـــد ماديـــة جديدة من خلال منح المتعاملون في ميدان تلك التجارة الالكترونية الحرية الكافية لبناء هذا النظام القانوني , بمجرد تحررهم من النظم الداخلية مع عدم وجود قانوناً آخـــر يحكـــم عقـــودهم غيـــر القانون الذي يحددون قواعده واحكامه بأنفسهم طالما ان القوانين الوطنية لوحدها غير قادرة على تنظيمها.[٧]

ان البحث في القواعد المادية ذات الطبيعية الدولية التي تهتم بشؤون التجارة الالكترونية بعيدا عن القوانين الوطنية يستوجب تعريفها في الفرع الاول وتمييزها عما يشتبه به في الفرع الثاني.

الفرع الاول

تعريف القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

تعرف القواعد المادية او قواعد قانون التجارة الدولية العرفي بشكل عام على أنهـــا(ذلـــك القانون الذي يضع مباشرة تنظيماً خاصاً ومستقلاً عن كل قانون داخلي , لبعض العلاقات القانونية بالنظر الى صفتها الدولية), وكذلك تعرف(بانها مجموعة المبادئ والنظم والقواعد المـــستمدة مـــن كل المصادر التي تغذي باستمرار وتواصل تغذية البناء القانوني وســـير جماعـــة العـــاملين فـــي التجارة الدولية)[٨] ويظهر من هذا التعريف ، انه يؤكد على القواعد المادية على اعتبارها القواعد

المكونة للقانون التجاري الدولي ، ولهذا فهي تشمل ، كما يقول الاستاذ (كولد شتاين) المبادئ العامة للقانون والنظم العابرة للدول وغيرهما، كذلك يقول (كولدانك) ان العلاقات الاقتصادية الدولية من الممكن ان تكون محكومة تماما بمجموعة من القواعد المحددة بما فيها الاعراف العابرة للدول والمبادئ العامة للقانون او قانون الدعوى التحكيمي (Arbitral case law) وهذه المبادئ العامة للقانون لا تقتصر على ما اشارت اليه المادة ٣٨ (ج) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية ، وانما تشمل ايضا المبادئ التي تنشأ بصورة متزايدة من خلال العادات العامة والثابتة في التجارة الدولية , في حين يعرف الدكتور (احمد عبد الكريم سلامة) القواعد المادية بانها (مجموعة القواعد التي تضع مباشرة حلولا موضوعية لمشاكل العقود الدولية للتجارة) ، والتي تفترق بذلك عن قواعد الاسناد التي تحتويها النظم الوطنية في القانون الدولي الخاص[٩], كذلك تعددت تعريفات القواعد المادية للتجارة الإلكترونية , فذهب البعض[١٠] الى أنها (مجموعة القواعد التي تضع مباشرة تنظيماً موضوعياً خاصاً للمعاملات التجارية التي تبرم عبر الشبكات الالكترونية) , وتتكون هذه القواعد من مجموعة العادات والاعراف والممارسات المقبولة والمستقرة في المجتمع الافتراضي التي طورها القضاء ومستخدمو الشبكة العالمية وحكومات الدول والهيئات الحكومية والغير حكومية , في مجال تقنية الاتصال والمعلومات , ويفضل الدكتور (صالح المنزلاوي) إطلاق اصطلاح القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (Les matérielles du commerce électronique) على مجموعة القواعد التي تضع تنظيما مباشرا وخاصةً للروابط القانونية التي تتم بالوسائل الإلكترونية تمييزا لها عن القواعد المادية للتجارة الدولية ، وعن تلك القواعد المادية التي يضعها المشرع الوطني لتحكم روابط القانون الدولي الخاص بشكل مباشر، وايضاً لاختلافها عن قواعد الإسناد التي تتضمنها النظم القانونية الوطنية[١١]، فهي قواعد تستجيب في مضمونها و أهدافها للمعاملات الإلكترونية على نحو أفضل[١٢].

وقد عرفها البعض الآخر بأنها(مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الالكترونية)[١٣] ، وكذلك على انها (مجموعة قواعد تلقائية ذات طبيعة موضوعية خاصة بالروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية).

بناءً على ما ورد اعلاه فقد تعددت ايضاً تسميات الفقه للقواعد المادية الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية ، فمنهم من اطلق عليها اصطلاح القانون الإلكتروني(lex electronica) أو قانون الاتصالات lex numérica أو القانون الافتراضي (lex virtual) أو القانون الرقمي (lex numerica) أو قانون التجار الجديد lex corporative وكذلك من اطلق عليها مصطلح القانون الطائفي وآخرون اطلقوا عليها قانون الفضاء الافتراضي المشترك (cybrspace common law) او قانون عبر الدول(droit transnational), إلا ان اتجاه آخر يميل إلى تسميتها على غرار القواعد المادية للتجارة الدولية.[١٤]

ويتضح من خلال التعاريف اعلاه ان القواعد المادية للتجارة الالكترونية قد تكونت مما درج عليه العمل في المجتمع الإلكتروني من قبل الحكومات والهيئات ذات العلاقة والمستخدمون -من عادات و ممارسات- بحيث عملت على تطويرها المنظمات ذات الطابع الدولي , الحكومية وغير الحكومية ، مثل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي و غرفة التجارة الدولية و منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية وغيرها[١٥], من خلال ايجاد افكار 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 الإلكترونية , لتميزها عن القوانين الوطنية و قواعد القانون الدولي الخاص التي تنظم تنازع القوانين[١٦].

الفرع الثاني

تمييز القواعد المادية عما يشتبه به

لقد كثرت التساؤلات عن امكانية تمييز هذه القواعد المباشرة التطبيق , والتي يمكن ان تحقق التوحيد و الانسجام في المعاملات عبر الشبكة العالمية , عن القواعد ذات التطبيق الضروري او قواعد النظام العام , وهذا ما سيتم بحثه في الفقرتين ادناه

١. القواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري

ان القواعد ذات التطبيق الضروري والتي يطلق عليها ايضاً(قواعد البوليس او الامن ,القواعد الفورية التطبيق , قواعد النظام العام) قد وضعت اصلاً من المشرع الوطني لتحكم الروابط الداخلية مع امكانية امتداد قواعدها الآمرة لتطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية[١٧], وان فقه القانون الدولي الخاص ، منذ ان اقر (سافيني) بوجود بعض القواعد الوطنية ذات

الطبيعة المطلقة (Absolute) والامرة (Imperative) والتي يجب تطبيقها بغض النظر عن ارتباط العلاقة القانونية بأكثر من نظام قانوني او حتى رغم تركيزها الفعلي في دولة اجنبية , وغايتها في ذلك هو تأمين المجتمع من المخاطر الاقتصادية والاجتماعية.[١٨]

ان القواعد المادية تشترك مع قواعد التطبيق الضروري او قواعد البوليس في ان كلا منهما يتضمن تنظيما موضوعيا يطبق مباشرة على المشكلة محل النزاع ، الا ان الفرق في القواعد ذات التطبيق الضروري انها تطبق دائماً اما القواعد المادية فأنها تطبق غالباً في التجارة الدولية ، لذلك يمكن تمييز الحد الفاصل بين القواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري من خلال الآتي:

اولاً. طبيعة العلاقة محل التنظيم: من المعلوم ان القواعد ذات التطبيق الضروري ، تطبق بغض النظر عن طبيعة العلاقة سواء كانت وطنية ام ذات طابع دولي , نظرا للأهداف التي تسعى الى تحقيقها , اما القواعد المادية ذات المصدر التشريعي الوطني فأنها تتميز عن قواعد التطبيق الضروري بالاعتماد على ارادة المشرع الذي يسنها ، ففي بعض الاحيان عندما تطبق بصورة مطلقة دون تمييز بين المنازعات الداخلية والدولية فإنها تكون ذات تطبيق ضروري الا انها تكون قواعد مادية عندما يتقرر تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية أي العلاقات ذات العنصر الاجنبي، وهذا ما ذهبت اليه قوانين التجارة الخارجية في الدول الاشتراكية سابقاً.[١٩]

ثانياً. اولوية التطبيق: ان القواعد ذات التطبيق الضروري تكون لها الاسبقية في التطبيق سواء على القواعد المادية او على قواعد الاسناد ، اذ يجب على القاضي ان يبحث في قواعد قانونه اولاً، لمعرفة مدى انطباقها على العلاقة (او بمعنى اخر ان العلاقة تدخل في نطاق سريانها ام لا) فاذا لم يجد ، اتجه الى القواعد المادية في نظامه القانوني سواء بصورة مباشرة او اعمالا لقاعدة تنازع القوانين.[٢٠]

ثالثاً. من حيث المصادر: تمتاز قواعد التطبيق الضروري بانها ذات مصدر تشريعي ، وهو المصدر الوحيد لها اذ يعد التشريع الوطني المصدر الوحيد لها لأنها قواعد وطنية المنشأ والهدف ، تشريعية الوضع في الغالب الاعم مما يجعلها تهمل الطابع الدولي بمجرد دخول هذا العلاقة في مجال سريانها[٢١] , وهذا يعني انها اقليمية التطبيق حيث انها تطبق على كل من يوجد في اقليم

الدولة التي اصدرتها ولا يمكن تطبيقها خارج هذا الاقليم , اما القواعد المادية فيمكن تطبيقها خارج اقليم الدولة أي انها قواعد عابرة للدول.

٢. القواعد المادية و قواعد النظام العام الدولي

لقد ذهب جانبا من الفقه الى التمييز بين نوعين من قواعد النظام العام ، الاول هو قواعد النظام الحمائي و الثاني هو قواعد النظام العام التوجيهي ، وان الاول يهدف الى حماية المصلحة الخاصة او حماية الطرف الضعيف اقتصاديا ، كالمستهلك الالكتروني في عقود الاستهلاك والعامل في عقد العمل والمقترض في عقد القرض ، اما الثانية فأنها تهدف الى حماية المصلحة العامة ، ولهذا فان هذا النوع يشمل القوانين الخاصة المتعلقة بتنظيم الائتمان والصرف والاسعار والاستثمارات والنقل والبيئة والتجارة.[٢٢]

وينتهي هذا الاتجاه الى ان قواعد النظام العام الحمائي هو الذي يقابل -الدفع لاستبعاد القانون الاجنبي -بعد اعمال قواعد التنازع ، وفحص القانون الاجنبي ، وثبوت تعارضه مع المبادئ الاساسية لكيان المجتمع في دولة القاضي ، وبذلك فهو له صفة استثنائية عارضة او انه ذو اثر سلبي ، اما قواعد النظام العام التوجيهي فان قواعده تنطبق مباشرة بمجرد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع وتوافر رابطة جدية بين النزاع والنظام القانوني الوطني للقاضي.

ويميز الاستاذ شابيل (A. Chapelle) بين نوعين من قواعد النظام العام التوجيهي، النوع الاول يضم القواعد المادية من خلال توجيه نشاط التجارة الدولية التقليدية في اتجاه معين من خلال تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق ونمو التجارة عبر الحدود، اما النوع الثاني فيتضمن قواعد البوليس والامن الهادفة الى حماية الاهداف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي لا قيام للمجتمع بدونها , اما فقه القانون التجاري الدولي فقد ذهب الى ان الاسس التي يقوم عليها المجتمع الدولي للتجار يعد نوعاً ثالثا من النظام العام ويطلق عليه النظام الدولي العام , ويعرف على انه مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية والتي تلبي كل متطلباتها واحتياجاتها عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق ونمو المبادلات التجارية عبر الدول[٢٣], اي انه مجموعة اسس وقواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الاساسية لمجتمع وطني معين , وانما تتعلق بمصالح اساسية خاصة بالجماعة الدولية , وذلك لأنه عبارة عن مجموعة قواعد مشتركة بين مختلف الانظمة القانونية ومرتبطة بالعلاقات الدولية.[٢٤]

هناك اتجاه آخر يشير بتحفظ شديد ، الى وجود نوعين من النظام العام في القانون الدولي الخاص الفرنسي ، احدهما يثار على اعتباره , عائق منيع ضد اختراق القانون الاجنبي لنظام المحكمة الوطنية بينما يعمل النوع الاخر على حفظ التجارة الدولية.[٢٥]

ونظرا لعدم وجود تنظيم قانوني فوق الدول ، فان فقه القانون الدولي الخاص ما زال يؤكد على الطابع الوطني لقواعد النظام العام الدولي ، ولكنه يشير الى امكانية تصور نظام عام مشترك عندما يتواجد تنظيم دولي للعلاقات الخاصة الدولية كالمعاهدات المبرمة لوضع حلول موحدة بالنسبة لقواعد القانون الدولي الخاص , وعلى الرغم من ذلك فأن الفقه يقرر اولوية النظام العام الوطني , على النظام العام الدولي سواءً تم تقييد سريان القواعد الموحدة بعدم التعارض مع النظام العام السائد في الدول المتعاهدة ، ام سكتت الاتفاقية عن هذا القيد ، الا ان الاتفاقية اذا قررت وجوب تطبيق القواعد الموحدة وعدم جواز تعطيل قواعد ا للنظام العام الدولي كالمنازعات الخاصة بالتأميم والمصادرة دون تعويض للأموال العائدة الى اجانب ولكنه يشكك في عدَ هذا النظام العام نظاما دوليا وانما هو محلي نوعا ما , فالوضع الراهن للمجتمع الدولي لا يقدم التلاحم او التماسك الكافي لأجل اكتشاف نظام عام دولي.[٢٦]

اما التحكيم الدولي ، فان عدم صدور قراراته باسم سيادة وطنية ، وعدم وجود نظام قانوني وطني يدافع عنه باسم النظام العام يجعل من مفهوم النظام العام لديه دوليا حقيقة[٢٧], اذ يرى القضاء التحكيمي ان استخدام النظام العام على صعيد المجتمع الدولي يمكن تخيله من خلال التطبيق الدقيق لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وينتهي هذا الاتجاه الى ضرورة ان يدخل في مجال النظام العام الدولي , كل الانظمة العامة ذات المصدر الوطني وعندها من المؤكد ان تعترف الدول بتفوق القانون التجاري الدولي او على الاقل التطبيق المتزامن له مع القوانين الوطنية[٢٨] والامر الجدير بالاهتمام ان التحكيم التجاري ، كما في القضاء الفرنسي يعطي لبعض القرارات اهمية تفوق السياق المعتاد الذي يضع فيه القضاء قواعد مادية عادية ، ومن امثلة هذه القرارات تلك المتعلقة بشرط الذهب وبمبدأ حسن النية , ومن ذلك ايضا القرار الذي اصدرته غرفة التجارة الدولية ضد وزارة الدفاع العراقية الذي طالبت فيه الاخيرة بعدم جواز التحكيم لان القانون العراقي لا يأخذ بالتحكيم وان لها حصانة في هذا الشأن , الا ان المحكمة قررت بان ابرام العقد المتضمن شرط تحكيم رغم عدم جوازه في القانون الوطني يعد انتهاكا لمبدأ حسن النية[٢٩].

وكما يظهر من هذه القرارات فان دور النظام العام الدولي الحقيقي يعد اساسا تستند اليه القواعد المادية في التجارة الدولية على وجه الخصوص امام التحكيم الدولي على اعتباره القضاء الاصيل للمجتمع الدولي للتجار.

أما التعارض المحتمل بين القانون الواجب التطبيق والقواعد المادية التي تشكل نظاما عاما دوليا ثالثا، فانه يوجب على المحكمين، وهم المدافعين عن المصالح الأساسية للمجتمع الدولي للتجار، إلى تغليب تلك القواعد على أي قانون وطني[٣٠] ويتفق هذا المسلك مع ما يسير عليه القضاء الوطني في بعض الدول، إلا انه لابد من استبعاد الاحكام الموضوعية(القواعد المادية) في القانون التجاري الدولي في حالة تعارضها مع احكام القانون المختار من قبل المتعاقدين.[٣١]

الى نفس الاتجاه يذهب الدكتور (هشام علي صادق)[٣٢] إلى تبني الحل القائم على تفضيل القانون الوطني المختار على القواعد العابرة للدول على أساس ان أحكام القانون المختار تعد بمثابة شروط عقدية يمكنها مخالفة القواعد المادية العابرة للدول ذات الطابع التكميلي او المفسر[٣٣].

المطلب الثاني

خصائص ومصادر القواعد المادية

بعد تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية وتمييزها عن قواعد النظام العام وكذلك عن القواعد الضرورية ذات التطبيق المباشر, لابد من البحث في خصائصها في الفرع الاول ونخصص الفرع الثاني للبحث في مصادرها.

الفرع الاول

خصائص القواعد المادية

تتميز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (lex electronica) او ما يسميها البعض بالقانون الموضوعي للأنترنت (substantive internet law)[٣٤], بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن قواعد القانون الدولي الخاص وقانون التجار الدولي , ومن هذه الخصائص:

١. قواعد طائفية ونوعية

ان الطبيعة الخاصة التي يتميز بها المجتمع الافتراضي والتي تؤدي الى رفض تطبيق قواعد قانونية وطنية لأنها وضعت اصلاً لحكم معاملات مادية ملموسة , وان طائفية هذه القواعد

تتجسد في اشخاصها وموضوعها حيث تخاطب كافة مستخدمي الشبكة العالمية ومقدمي خدمات المواقع الرقمية على الشبكة والاشتراك فيها وخاصة الأشخاص الذين يمارسون التجارة الإلكترونية افراداً كانوا أم هيئات ، تجاراً ام مستهلكين , وتظهر طائفية هذه القواعد ايضا ازاء الموضوعات التي تتولى تنظيمها ، فعلى الرغم من وجود قواعد تفصيلية بكل نوع من انواع التجارة الدولية ، فان هناك احكام اكثر تفصيلا في تنظيم جنس ذلك النوع ، وكذلك ما ذهب اليه الاستاذ(كان) بصدد القواعد المادية في التجارة الدولية التقليدية حيث اكد على ان (هذا القانون معمول به ليحكم جماعة صغيرة او كبيرة من المهنيين اما غير المهنيين فلا يمسهم القانون المادي الا عرضاً) , اضافة الى انها لا تنحصر في طائفة ممارسي التجارة الدولية بل انها تمتد ايضا الى الدول التي نشأت فيها هذه القواعد , ولا يخرج عن هذه الطائفية سوى مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الصادرة عام ١٩٩٤ والخاصة بعقود التجارة الدولية لكونها تتضمن قواعد مادية تخاطب فئتين مطلقتين من الملتزمين (Obligors) والدائنين (Obligees).[٣٥]

اما النوعية في القواعد المادية للتجارة الدولية فأنها تشير الى كونها قواعد معدة لحل المشكلات التي تنشأ عن التجارة الالكترونية بشكل عام كالدعاية للسلع والخدمات والمعالجة الآلية للبيانات ونظم التعاملات مع البنوك الإلكترونية والدفع الإلكتروني وغيرها , فهي قواعد مادية مهنية (Corparatif) يطبقها محكمون متخصصون بهذه المهنة دون غيرها.

واخيراً لابد من القول بأن الخاصية النوعية والطائفية لا تقتصر على الأشخاص والمعاملات المقصودة في نطاق القواعد المادية للتجارة الإلكترونية , بل تتجاوز ذلك الى الهيئة او المؤسسة التي تطبق تلك القواعد حيث يظهر ما يسمى بالقضاء الافتراضي والعدالة الافتراضية التي تتم من خلال قيام القضاة بعقد جلساتهم عبر شبكات الانترنت او عبر الدوائر المغلقة للاتصالات واصدار قراراتهم التي لا تعدو ان تكون طرد المشترك والغاء اشتراكه في الانترنت او تجميده وتعليق الاستفادة منه لفترة محددة لذلك يتميز هذا القضاء بخصوصية قواعده واحكامه وإجراءاته مما يحقق للقواعد المادية الإلكترونية طريقاً موثوقاً للتطبيق ويكفل احترام المتعاملين عبر الشبكة العالمية لهذه القواعد.[٣٦]

٢. قواعد تلقائية النشأة:

لابد من القول ان الصفة التلقائية كانت هي الميزة الاساسية للقانون بمفهومه العام على اعتبار ان العادات والاعراف التي كانت سائدة بين افراد المجتمع هي الاساس في نشأة هذه القوانين لحين قيام الدول الحديثة بالاعتماد على التشريع في سن القوانين , ومع تطور التجارة الدولية الحديثة وادواتها [٣٧], خاصة عندما بدأت مزاولة الأنشطة التجارية عبر الشبكة العالمية واصبحت الاخيرة وسطاً عالمياً يجتمع فيه التجار والمستهلكون والحكومات من دون قواعد حاكمة موضوعة مسبقاً لتنظيم ذلك الوسط ، فأنه كان ويكون من المنطقي ان تؤدي هذه المعاملات الى تضارب المصالح والمساس بالحقوق بين أفراد المجتمع الجديد ومن هنا تبدأ الحاجة للتنظيم الوقائي والعلاجي على السواء دون المرور بالقنوات الرسمية او الشكلية كما هو الحال في القانون الوضعي ، لذلك فإن أول ما بزغ في ميدان التجارة الإلكترونية من قواعد هي الأعراف والعادات التي انشأها وتداولها المتعاملون في التجارة الإلكترونية بحيث صارت قانونهم العام او المشترك فيما بينهم , حيث كانوا يكنون لها الاحترام مع قناعتهم بأنها ملزمة لهم كونها تلائم معاملاتهم على شبكة الانترنت[٣٨], ومما لاشك فيه ان هذه الأعراف والعادات هي قواعداً تلقائية النشأة ولم تُسَن من قبل السلطات التشريعية الوطنية لأية دولة , وبذلك اصبحت الخصيصة التلقائية تحقق المزايا الآتية:

اولاً: ان تطبيق ما جرى عليه التعامل من اعراف وعادات بين المتعاملين في التجارة الإلكترونية يتماشى مع الطبيعة الفنية والتكنلوجية الخاصة للتعامل على الشبكة العالمية حيث انها ذات طبيعة رقمية بسبب ان نقل البيانات والمعلومات يتم عبر دعامات رقمية وليس ورقية.

ثانياً: تتفق القواعد المادية للتجارة الإلكترونية مع توقعات الأطراف على الشبكة العالمية لانهم , من وضع أسس هذه القواعد بممارساتهم وعاداتهم بعيداً عن القوانين الوطنية التي لم تواكب بعد هذا النمط من التعاملات , أي ان تطبيق هذه القواعد لا يتطلب تدخل السلطة العامة.

ثالثاً: ان تلقائية ولادة هذه القواعد الموضوعية اعطتها مرونة جعلتها تتحسس وتتأثر بكل ما يطرأ على الفضاء الافتراضي من مؤثرات تقنية او اقتصادية او سياسية لان هذه القواعد جاءت تلبية لحاجات المتعاملين عبر الشبكة العالمية التي عكسها الواقع الشبكي.[٣٩]

٣. قواعد موضوعية عبر دولية (Substantive):

تعرف القاعدة الموضوعية بشكل عام بأنها(القاعدة التي تضع احكاما تنظم جوهر العلاقات القانونية التي تتصدى لحكمها، وتحدد الحقوق والواجبات فيها) وبذلك تتميز عن القاعدة الاجرائية (Procedural Rule) التي يقتصر دورها على بيان الاجراءات الكفيلة بإعمال القانون الموضوعي وتطبيقه[٤٠], اما القواعد المادية للتجارة الإلكترونية , فهي تعطي حلاً موضوعياً لأساس النزاع مباشرة , وقد اطلقت عليها عدة تسميات منها(قانون الفضاء الافتراضي المشترك , القانون غير الوطني , قانون عابر للدول , القانون الالكتروني ,القانون العابر للحدود) على عكس قواعد الاسناد ، التي تستوجب الاحالة الى قانون وطني حتماً , لاستخلاص الحل الموضوعي من خلال القانون المحال اليه الاختصاص , وهذا يعني ان القواعد المادية كقواعد القانون الوطني الذي يُطبق مباشرة على المسألة محل النزاع , إلا أن قوام القواعد المادية , هو العادات والأعراف والممارسات التي ألتزمها المتعاملون بالتجارة الإلكترونية , وكذلك فهي كالقواعد القانونية الوطنية من حيث الصفة الموضوعية إلا أنها تختلف عنها من حيث نطاق التطبيق ، فالقاعدة القانونية الوطنية يتحدد النطاق الجغرافي لتطبيقها بحدود الدولة التي أصدرت تلك القواعد ، بينما تتميز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بكونها قواعد عابرة للدول لأنها ليست من وضع سلطة وطنية محددة , على اعتبار أن الشبكة العالمية لا تخضع لهيمنة دولة ما او منظمة ما , أو هيئة أو سلطة إقليمية أ وعالمية ، وبالتالي فلا وجود لقواعد دولية تحكم منازعات التجارة الإلكترونية , ويتضح من خلال ما ورد اعلاه , أن الخاصية عبر الحدودية للقواعد المادية الإلكترونية ناتجة من طبيعة المعاملات التي تحكمها هذه القواعد[٤١].

٤. قواعد مادية مباشرة:

يتميز منهج القواعد المادية للمعاملات التي تتم عبر الانترنت بكونها منهج مباشر وموضوعي اذ يقدم الحلول الموضوعية للمسألة محل النزاع مباشرةً دون ان يستمد هذه الحلول من خلال الاحالة الى قانون آخر , وبهذا يختلف تماما عن منهج التنازع التقليدي الذي يستند الى فكرة الاحالة الى القانون الواجب التطبيق والتي لم تعطي الحل المباشر وانما تشير الى القانون الداخلي الواجب التطبيق الذي يضع الحل الموضوعي النهائي للنزاع.[٤٢]

الفرع الثاني

مصادر القواعد المادية

تتميز التجارة الإلكترونية بتعدد وتنوع مصادر القواعد[٤٣]التي تحكمها بسبب الولادة الحديثة للبيئة الإلكترونية , حيث اختلف الفقه[٤٤] حول ظهور قواعد مادية موحدة دولية(regles uniformes internationaales) فيما يخص الانترنت والتجارة الالكترونية بحيث تتميز هذه القواعد عن قواعد القانون الدولي الخاص التي تنظم تنازع القوانين , وكذلك تتميز عن قواعد القانون الدولي العام والقواعد الوطنية , لذا لابد من الوقوف على مصادر هذه القواعد التي تستقي منها احكامها والتي من خلالها يمكن تحقيق التوحيد والانسجام لهذه القواعد المادية, وفي ضوء اختلاف الفقه على استقلالية هذه القواعد من عدمها , حيث ذهب الاتجاه الفقهي الاول[٤٥], الى رفض فكرة استقلال القواعد المادية الالكترونية (lax electronica) عن القواعد المادية التقليدية(lax mercatornica) , وان الاولى ما هي إلا جزء يقع ضمن نطاقها ويعد امتداداً لها , الا انهم اختلفوا في تحديد الأطر والمكونات الاساسية لتلك القواعد حيث ذهب الفريق الاول الى ان التوصيات الدولية الاساسية بما فيها اعمال المنظمات الدولية والاقليمية الحكومية وغير الحكومية اضافة الى القواعد التعاقدية , هي المكونات الاساسية لهذه القواعد.

بينما ذهب الفريق الآخر الى ان مصادر القواعد المادية الالكترونية هي القانون الموحد الدولي , القانون المشترك(الاوربي), القانون المرن (soft low)[٤٦] الصادر عن المنظمات الدولية وهذا التقنين يعتمد على الممارسات والعادات التجارية السائدة في هذا المجال , كما يستند في تطوره على القواعد التعاقدية ونماذج العقود التي تعد بواسطة المؤسسات الدولية والانشطة الخاصة ذات التنظيم الذاتي , اضافة الى الاعراف الدولية والممارسات التعاقدية الدولية[٤٧] (pratique international contractuelle) , اما الفريق الثالث فقد ذهب الى ان مصدر هذه القواعد متأتي من (عادات مهنية مقننة اضافة الى مجموعات القوانين الوطنية والشروط التعاقدية اضافة الى قرارات واحكام التحكيم)[٤٨].

اما الاتجاه الفقهي الآخر الذي ينادي باستقلالية القواعد المادية الالكترونية عن القواعد المادية التقليدية المعروفة بأسم (lex mercatoria) فقد قام بتحديد مصادرها مستنداً في ذلك الى مضمونها حيث قسم مصادرها الى مصادر رسمية (تتكون من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية

بضمنها القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الذي اعدته لجنة الامم المتحدة للتجارة الدولية اضافة الى الادوات التعاقدية التي تشمل تقنيات السلوك والعقود النموذجية كذلك قرارات التحكيم الخاصة بالتجارة الالكترونية) ومصادر اخرى ذات نشأة تلقائية (تكونت من الممارسات التجارية الدولية في مجال التجارة الالكترونية والمبادئ العامة للقانون اضافة الى الاعراف بالمعنى الدقيق"les coutumes au sens strict").[٤٩]

مما ورد اعلاه يتضح ان الاتجاه الفقهي الثاني قد اغفل دور الاتفاقات الدولية او العقود التي تتم بين الاشخاص الخاصة والتي يمكن ان تكون مصدراً رسمي او غير رسمي للقواعد موضوع البحث , ومن ناحية اخرى , فأنه تجاهل دور التنظيمات الوطنية الخاصة بالتجارة الالكترونية والتي تضمنت الكثير من القواعد المادية التي تتلاءم وطبيعة هذا النوع من التجارة .

لذا سنقوم من جابنا بتقسيم مصادر القواعد المادية للتجارة الالكترونية الى مصادر وطنية واخرى دولية وكما يلي:

١.المصادر الوطنية

لابد من الاعتراف للتشريعات الوطنية بإمكانية القيام بدورها كمصدر للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية ، كما سبق للمشرع الداخلي وان تصدى لتنظيم التجارة الدولية من خلال اصداره بعض التشريعات التي تنظم العلاقات الخاصة الدولية , هذا بالإضافة الى القرارات القضائية التي اصدرتها المحاكم الوطنية والتي ارست قواعد مادية خاصة تتفق في مضمونها مع الطبيعة الخاصة لعقود التجارة الدولية[٥٠], ونحن في معرض الحديث عن هذه المصادر لابد لنا ان نشير الى بعض قواعد السلوك الوطنية.

ولغرض تسليط الضوء على المصادر الوطنية التي ساهمت في تكوين القواعد المادية بشكل عام سيتم تناولها في الفقرات الآتية:

اولاً. القواعد المادية ذات الأصل التشريعي

لقد ارست بعض التشريعات الوطنية [٥١] قواعد موضوعية في قوانينها الداخلية بحيث يمكن تطبيقها مباشرة على عقود التجارة الدولية على الرغم من انها من وضع المشرع الداخلي , حيث ذهب بعض الفقه الى امكانية القاضي في تطبق تلك القواعد المادية مباشرة على النزاع المعروض عليه , اذا كان هذا النزاع متعلق بالتجارة الدولية دون الرجوع الى قواع الاسناد[٥٢],

وتتجدد الحالة في وقتنا هذا مع التجارة الإلكترونية , بسبب خصوصية ميدان التجارة الإكترونية والتي تعد اسلوباً جديداً يختلف من حيث طريقة ممارسة هذه التجارة عبر الفضاء الالكتروني ، مما دفع تلك الدول الى العمل الجاد لأجل اصدار التشريعات خاصة بمعاملات التجارة الإلكترونية و العقود الإلكترونية والتواقيع الإلكترونية والدفع الإلكتروني وحماية المستهلك والخصوصية والملكية الفكرية وكل ما يدخل في نطاقها , ومن هذه التشريعات على سبيل المثال، اصدرت الولايات المتحدة الأمريكية قانونين الاول هو قانون المعاملات الإلكترونية الموحد لعام١٩٩٩ والثاني هو القانون الموحد بشأن التجارة الإلكترونية , اضافة الى خطة العمل التي اطلقها الرئيس الامريكي الخاصة بتطوير التجارة الالكترونية والمكونة من خمسة مبادئ [٥٣], وكذلك قانون التجارة الإلكترونية الموحد الكندي لعام ١٩٩٩، قانون التجارة الإلكترونية الصيني رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، قانون التجارة الإلكترونية الايرلندي لعام٢٠٠٠، قانون التجارة الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية لدولة سلوفينيا، ، القانون الأساسي للتجارة الإلكترونية الكوري لعام١٩٩٩، قانون الصفقات الإلكترونية لدولة سنغافورة ١٩٩٨، القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠، قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لمملكة البحرين رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢، وكذلك السعودية ودولة الامارات وغيرها , واخيرا العراق حيث صدر قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢[٥٤], اما في مصر فقد صدر قانون التوقيع الالكتروني ولم يتم اصدار قانون التجارة الإلكترونية لحد الان.[٥٥]

ان تطبيق القواعد التي اشتملت عليها القوانين المذكورة أعلاه لا تستبعد اللجوء الى قواعد التنازع فإذا كان النزاع يتعلق بموضوعات التجارة الإلكترونية وعُرِض على قاض وأشارت قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيق القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع فإن المقصود بذلك القانون الخاص بالتجارة الإلكترونية في دولة القاضي ، كما يجري تطبيق قانون التجارة الإلكترونية لدولة ما عندما تشير إليه قاعدة التنازع الأجنبية ، عندما يكون القانون الواجب التطبيق غير قانون القاضي المعروض عليه النزاع ، اما في حالة اختار الأطراف صراحة تطبيق قانون وطني للتجارة الإلكترونية , فأن على القاضي ان يطبق القواعد الموضوعية في القانون المختار[٥٦] , تطبيقاً مباشراً دون الرجوع الى قواعد الاسناد , طالما يوجد قانون يعالج المعاملات الإلكترونية في دولته (ما لم ينص مشرع هذا القانون على خلاف

ذلك)[٥٧] , وهو نفس التوجه الذي ذهب اليه الفقه الغالب بضرورة التطبيق المباشر للقواعد المادية لقانون التجارة الإلكترونية في دولة القاضي المعروض عليه النزاع في الحالة التي يكون فيها مشرعه الوطني قد نظم التجارة الالكترونية , بصرف النظر عن اختصاص قانون القاضي بموجب قواعد التنازع من عدمه ، ورغم ان الدولة قد أقحمت نفسها في مجال التجارة الإلكترونية دونما اعتبار لدولية التعامل فيها إلا أن هذه القواعد قد صيغت بما يتلاءم مع خصوصية التجارة الإلكترونية ولا يترتب على تطبيقها مباشرة , اية اخلال بقاعدة التنازع ، وكذلك فأن التحكيم هو الميدان الآخر لتطبيق هذه القوانين مباشرة من دون الرجوع لقواعد الإسناد , في ظل غياب اختيار أطرا ف النزاع للقانون الواجب التطبيق.[٥٨]

اما فيما يخص العقود النموذجية الوطنية التي نعتقد بأنه لابد من ادراجها ضمن الاعمال الوطنية بسبب نطاق تطبيقها ضمن حدود الدولة الواحدة سواءً على مستوى الافراد او المؤسسات , حيث تسري عليها القوانين الوطنية المعمول بها في الدولة التي اعدت ذلك العقد , ويوجد حوالي عشرون عقداً نموذجياً نذكر بعض منها , نموذج اتفاق التجاريين الذي اعدته الولايات المتحدة الامريكية , وكذلك في بريطانيا نموذج المحكمة المتحدة وآخر في فرنسا تم اعداده عام ١٩٩٩, ونموذج تم اعداده من قبل وزارة الاتصالات في كندا ,اضافة الى النموذج الذي اعدته مقاطعة الكيبك المتعلق بتبادل البيانات الالكترونية , وكذلك مثله في كل من ايطاليا واستراليا , وصدر في سويسرا عام ١٩٩٤وفي النرويج عام ١٩٩٣العقد النموذجي للتبادل الالكتروني للبيانات , اضافة الى تلك النماذج الوطنية توجد اخرى ينحصر استخدامها في قطاع معين دون غيره ومنها عقد(odetta)النموذجي الذي يطبق في مجال تعاملات السيارات , وكذلك مشروع اتفاقات تبادل المعطيات المعلوماتية الذي اعده مجلس التعاون الجمركي عام ١٩٩٠, ولابد من الاشارة الى العقد النموذجي للتجارة الالكترونية بين التجار والمستهلكين الذي صدر في اوربا واعتمدته غرفة التجارة والصناعة في باريس في ٣٠ ابريل عام ١٩٩٨ الذي تضمن مجموعة من الاحكام التي تنظم العلاقات المتبادلة بين مستخدمي التبادل الالكتروني.[٥٩]

ان العقود السالفة الذكر تناولت القضايا الرئيسية المتعلقة بالتجارة الالكترونية وتبادل البيانات الكترونياً , من حيث شكل رسالة البيانات اضافة ال كيفية تحديد مكان وزمان ارسالها واستلامها والقانون الواجب التطبيق اضافة الى طرق تسوية المنازعات وغيرها.

ان هذا التوافق الحاصل على ضرورة منح العقود التي تبرم الكترونياً ذات القيمة القانونية التي تتمتع بها العقود التقليدية , هو الذي ادى الى خلق عادات تؤكد على استقرار الوسيلة الالكترونية في مجال معاملات التجارة الدولية التقليدية والالكترونية.[٦٠]

ثانياً. القواعد المادية ذات الأصل القضائي

لقد كان للقضاء العادي وكذلك قضاء التحكيم العادي والالكتروني دوراً مهما في ارساء الكثير من القواعد المادية على مستوى التجارة الدولية والتجارة الالكترونية وهذا ما سنبحثه خلال الفقرتين ادناه:

أ.القضاء العادي

لقد عمل القضاء الفرنسي منذ الثلث الأول من القرن الماضي على خلق بعض القواعد المادية للقانون الدولي الخاص التي تهدف إلى تنظيم بعض المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية[٦١]، ومن بين هذه القواعد التي استقر عليها القضاء في هذا الشأن , القاعدة التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية ، والقاعدة التي تقرر حرية اختيار عملة العقد في مجال التجارة الخارجية عن طريق إقراره شروط نقدية تستهدف توقي مخاطر تقلبات سعر العملة ، وذلك بتثبيت سعر التعامل على أساس ربطه بسعر الذهب أو بسعر عمله أجنبية أخرى ، بالرغم من بطلان مثل هذه الشروط إذا ما وردت في عقود القانون الداخلي[٦٢], اضافةً الى القاعدة التي تؤكد على حق الدولة في اخضاع الروابط العقدية الدولية للتحكيم , رغم حظر القانون على تطبيقه في العقود الداخلية [٦٣] , وإذا كان إقرار القضاء الفرنسي لمثل هذه القواعد في مجال عقود التجارة الدولية يستند أساسا إلى الاجتهادات القضائية التي تلبي حاجات التجارة الخارجية والمعاملات الدولية ، فأن هذا القضاء حاول منذ البداية أن يستتر وراء أفكار أخرى في القانون الدولي الخاص حتى يضفي على هذه القواعد سمة وضعية في إطار المبادئ العامة ، مثل فكرة النظام العام أو بالاستناد إلى الإعمال التقليدي لمنهج التنازع ، حيث أدى الاستعمال المطرد لأحكام هذه القواعد إلى منحها مع مرور الوقت طابع العموم والتجريد الذي لا يخلوا من قوة الإلزام النابعة من الاستقرار القضائي بشأنها ، حتى انتهى الأمر إلى تقرير استقلال هذه القواعد بوصفها من قواعد القانون الدولي الخاص المادي ذات الأصل القضائي[٦٤]، والتي لا يحتاج تطبيقها المباشر إلى منهج التنازع ، فعلى سبيل المثال ذهبت محكمة النقض الفرنسية في

حكمها الصادر في ٢١ يونيو ١٩٥٠ إلى الاستناد إلى فكرة النظام العام لتبرير صحة شرط الدفع بالذهب المدرج في عقد قرض دولي بالمخالفة لأحكام القانون المختص (القانون الكندي) الذي يقضي ببطلان هذا الشرط ، حيث أكدت المحكمة في حكمها أن من حق المتعاقدين في مثل هذا العقد الاتفاق على شرط الدفع بالذهب ولو كان ذلك مخالفا للأحكام الآمرة في قانون العقد ، وهذا يعني بالنتيجة , مخالفة هذه الأحكام الامرة في قانون العقد للنظام العام الدولي في فرنسا.[٦٥]

بينما أقر بعض الفقه[٦٦] بالإسناد الخاطئ للحكم المذكور على أساس فكرة النظام العام ، على اعتبار أن القضاء الفرنسي قد خلق قاعدة من قواعد الشعوب في إطار القانون الداخلي ، أي أن هذا الحكم قد اسس وضع قاعدة مادية جديدة في القانون الدولي الخاص الفرنسي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية[٦٧], هذا واتجهت بعض الأحكام الأخرى للقضاء الفرنسي إلى الاستناد صراحة إلى منهج التنازع لتبرير ما وضعته من قواعد مادية تتعلق بعقود التجارة الدولية ، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٤ أبريل ١٩٦٤ م على حق الدولة في اللجوء للتحكيم عملا بأحكام القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد التنازع ، حيث قررت أن الحظر المقرر في القانون الداخلي الفرنسي هو حظر يتعلق بالعقود الداخلية , لكن القضاء الفرنسي الحديث هجر موقفه السابق الذي حاول فيه التستر وراء منهج التنازع ودون الالتفات إلى مضمون القانون الذي تشير قواعد التنازع باختصاصه ، وهو ما يتجسد في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في ٢ مايو ١٩٦٦ م ، والذي انتهت فيه إلى حق الدولة في الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية الدولية دون أن تستند في ذلك إلى منهج التنازع كما فعلت سابقا .

وقد كان لمحكمة النقض الفرنسية موقفاً أكثر وضوحا وصراحة في حكمها الصادر في ٤يوليو(1972 Hecht م - حكم هشتو) الذي أكدت فيه على وجود قاعدة خاصة بالمعاملات الدولية تقضي باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، وتكون واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية بصرف النظر عما يقضي به القاضي الداخلي المختص بمقتضى قواعد تنازع القوانين[٦٨], وبهذه المناسبة أكدت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها الحديثة استقلال القواعد المادية عن منهج تنازع القوانين ، فهي قواعد واجبة التطبيق مباشرة على النزاع ما دامت الرابطة العقدية المطروحة تتعلق بالتجارة الدولية ، وهذا بصرف النظر عن مضمون القانون

المختص بمقتضى قواعد التنازع , ورغم ملائمة القواعد المادية ذات المصدر الداخلي سواء ما كان منها ذو طابع تشريعي أو قضائي للروابط العقدية الدولية ، إلا أنها لم تسلم من الانتقادات التي وجهت لها ، على أساس أن قيام كل دولة بوضع قواعدها المادية الخاصة بهذه الروابط باسم اعتبارات الملائمة الدولية ، سوف يؤدي إلى توسيع رقعة الخلاف بين الأنظمة القانونية الداخلية في شأن الحلول واجبة الإتباع على علاقات التجارة الدولية ، ما من شأنه أن يحول المشرع الداخلي إلى مشرع عالمي[٦٩] وهو ما يناقض في نفس الوقت الجهود التي تسعى إليها الاتفاقيات الدولية ، والتي تحاول قواعد التنازع بدورها إدراكه على نحو أفضل ، كما أن فتح الطريق أمام القضاء لوضع اسس هذه القواعد قد يؤدي إلى تقرير القواعد التي يراها مناسبة لتشريعاته الداخلية دون غيرها ، وهذا ما سوف يؤدي الى امكانية تبني حلول قد لا تتفق إلا ومعتقداتهم الشخصية ، الأمر الذي قد يشكل إخلالا بتوقعات الأطراف ويجردهم بذلك من فرصة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على عقدهم [٧٠], ولعل هذه الانتقادات هي التي دفعت إلى التفكير بشأن تدارك هذه المآخذ ، من خلال البحث فيما يكفل وحدة الحلول ويحقق الأمان القانوني المنشود ، سواء عن طريق المعاهدات الدولية أو نتيجة لاستقرار العادات والأعراف الدولية السائدة في هذا المجال.

اما فيما يخص عقود التجارة الالكترونية فأن القضاء الوطني قد ذهب الى الافراط في توفير الحماية اللازمة للمستهلك الالكتروني حيث نصت اغلب القوانين على منح الاختصاص القضائي لمحكمة موطن المستهلك او محل اقامته مع منحه الحق في اقامة الدعوى امام محكمة دولة المورد او المهني اذا كان يحقق حماية افضل له من قانون دولته لكونه الطرف الاضعف في العقد[٧١] , واخيراً لابد من الاشارة الى نظام القاضي الافتراضي بنظر المنازعات الناشئة عن استخدام الشبكات المعلوماتية أو بين مستخدميها وبين القائمين على إدارتها، والتي يطلب من خلالها أحد المستخدمين جبر الضرر الذي لحقه نتيجة رسائل أو معلومات لا تستوفي الشكل القانوني .[٧٢]

ب. قضاء التحكيم الالكتروني:

لقد بات منطقيا اللجوء إلى الوسائل البديلة او آليات جديدة لحل منازعات التجارة الالكترونية بحيث تتلاءم ومعطيات التقنيات الحديثة في الاتصال والتعامل عبر شبكة الانترنت والمتمثلة في

التحكيم الالكتروني والوساطة الالكترونية والتوفيق الالكتروني.(٧٣)

ويُعرف التحكيم الإلكتروني بأنه التحكيم الذي تتم اجراءاته عبر شبكة الانترنت ، و هو يكتسب صفته الالكترونية من الطريقة التي يتم بها , وهي وسيلة سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد ، دون حاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمُحكمين في مكان معين.(٧٤) كذلك عرفهChassigneux Cynthia بأنه ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت غالبا بوسائل الكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي.(٧٥)

اما الوساطة فتعرف على انها آلية تدخل طرفا آخر يسمى بالوسيط بين طرفي النزاع لتقريب وجهات النظر بصورة محايدة و نزيهة ووفقا لطبيعة العلاقة فيما بينهما وصولا إلى تسوية النزاع بصورة ودية مُرضية للطرفين بإجراءات إلكترونية.(٧٦)

لقد ذهب أنصار القانون الإلكتروني الى نفس الاتجاه في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية بعيداً عن المحاكم الوطنية بالاعتماد على قضاء متخصص ، بحيث يكون قضاته من رجال التجارة الإلكترونية الذين يتمتعون بالخبرة الكافية والالمام بفروعها المختلفة , وهذا يعني إن أفضل وسيلة لتسوية تلك المنازعات الإلكترونية هي التحكيم الالكتروني او الوساطة الالكترونية , لأن هذه الوسيلة متاحة بين مستخدمي الإنترنت من جانب ، اضافة الى سرعتها في الاداء وملاءمتها للتطورات المستمرة التي تواكب هذه التجارة الإلكترونية , ويبرز دور التحكيم من خلال قرارات التحكيم arbitrales (les sentences) لأنها في أغلب الأحيان تشكل مصدراً هاماً للقواعد المادية للتجارة الالكترونية , إضافة إلى إنها تتفادى المشاكل القانونية التي يطرحها تطبيق معايير تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع من بين محاكم الدول التي تتنازع الاختصاص القضائي عند محاولة إعمالها على العمليات الإلكترونية التي تتم عبر شاشات

الحواسيب الآلية , كونها ضوابط مادية ترتكز على روابط مكانية أو جغرافية لا تستجيب لطبيعة المعاملات التي تجري من خلال الشبكات الإلكترونية التي تقوم على معطيات افتراضية أو غير مادية.(٧٧)

نشير في هذا المجال الى اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها لعام ١٩٥٨، ومما يستحق الاشارة اليه , هو ان وجود اتفاقية دولية توجب على الدول المشاركة, الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين , هو دليل على مدى القوة الملزمة لقرارات التحكيم , وهو بذلك على خلاف أحكام القضاء , حيث لا يوجد حتى الآن اتفاقية تحكم الاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام في البلاد الأجنبية ، فيما عدا الاتفاقيات الإقليمية والثنائية.(٧٨)

و في هذا الصدد لابد من التطرق باختصار لبرنامج القاضي الافتراضي (Magistrate Virtual),على اعتباره التجربة العملية الأولى لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية باستخدام شبكة الإنترنت , وهو مشروع أطلق تجريبيا في مارس ١٩٩٦ للتحكيم عبر الإنترنت بهدف فض المنازعات الناشئة بين مستخدمين الإنترنت والمتضررين من الرسائل أو الملفات غير المشروعة وبين القائمين على الأنظمة المختلفة من حيث توجيه الشكاوى والمطالبات بالتعويض ضدهم .

ان مشروع القاضي الافتراضي هو مشروع أمريكي , أعد بالتعاون بين مركز القانون وأمن المعلومات بجامعة فيلانوفا (VILLA NOVA CENTER FOR LAW AND INFORMATION POLICY)و بين معهد القانون المتخصص في مجال حل المنازعات بطريقة إلكترونية(CYBERSPACE LAW INSTITUE)و في عام ١٩٩٩ انتقل المشروع إلى كلية (Kent Chicago)للحقوق بمعهد إلينوي للتكنولوجيا و تم تدعيمه من طرف جمعية المحكمين الأمريكية (AAA) ومعهد قانون الانترنت والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي.

يهدف المشروع مبدئيا إلى إعطاء حلول سريعة ومحايدة للمنازعات المتعلقة بالأنترنت عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونية في التحكيم والقوانين الناظمة للتجارة الإلكترونية وعقودها و قانون الإنترنت و منازعات العلامات التجارية و الملكية الفكرية , و يتم تعيين المحكم وفقا لنظام القاضي الافتراضي بواسطة جمعية التحكيم الأمريكية من بين قائمة معدة سلفا لمحكمين مؤهلين , وتتكون محكمة التحكيم وفقا لهذا النظام من محكم واحد أو ثلاث

محكمين، يقوم القاضي الافتراضي المعين بالتحاور مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخضوع لهذا النظام عن طريق البريد الإلكتروني, و يفصل في النزاع خلال(٧٢)ساعة من عرضه ويكون قرار المحكم مجردا من القيمة القانونية حتى يقبله الأطراف وعلى الرغم من ندرة قرارات قضاء التحكيم الالكتروني في الواقع العملي , الا انه لابد من الاشارة الى قرار التحكيم الالكتروني والحكم الصادر في قضية (Tierney and Email America) حيث طلب مقدم الشكوى (Games E.TIERNEY) , الغاء اعلان تم عرضه من قبل شركة(AOL) , حيث قام بأرسال الطلب بواسطة البريد الالكتروني على العنوان (Amerca Email), وبناءً على مقدم الشكوى , كان موضوع الاعلان "هو بيع قائمة لعناوين البريد الالكتروني التي تقوم ببيع الاعلانات الالكترونية , وان هذا قد يؤثر على مصالح مستخدمي الانترنت لان الاعلان قد اقنعهم بانه مقدم بواسط جماعة الانترنت(PAR LA COMMUNAUTE CYBERNETIQUE) بالإضافة الى طريقة عرض الاعلان , التي كان فيها نوع من التضليل , بحيث تؤدي الى تشجيع التعدي على الحياة الخاصة للآخرين , وبناءً على ذلك كان قرار القاضي هو مطالبة شركة(OAL) بسحب الاعلان من الموقع مستنداً في قراره على الحجج المقدمة من قبل مقدم الدعوى , ويتضح ان هذا القرار , قد ارسى قواعد مادية داخل مجتمع الانترنت التي تنادي بضرورة منع او حضر الاعلانات الالكترونية غير المشروعة (bulk e-maiting) اضافة الى التأكيد بضرورة رعاية مصالح مستخدمي الانترنت داخل المجتمع الالكتروني.[٧٩]

ثالثاً. قواعد السلوك الوطنية:

وجدت على المستوى الوطني في بعض البلدان السباقة في هذا المجال خاصة المؤسسات المهنية والتجارية التي عملت على اصدار عدد من السلوك الواجبة الاتباع ، ومن هذه المؤسسات جمعية مقدمي خدمات الإنترنت (ISPA) في المملكة المتحدة التي أصدرت الكثير من قواعد السلوك العملية المنظمة للعلاقات بين المتعاملين على الشبكة العالمية والمتكونة من التزامات تُفرض على مستخدمي الشبكة ومنها (عدم تقديم أية خدمات مخالفة للقانون أو عرض مواد تشجع على العنف أو القسوة أو الكراهية العنصرية أو الشذوذ الجنسي)[٨٠], وكذلك ما ذهبت اليه تقنيات السلوك الامريكية فيما يخص قواعد الاستخدام المقبولة والتي تحظى بانتشار عالمي واسع والتي تتمثل في (طلب المؤسسات الامريكية المدرسية والجامعية من تلاميذها وأولياء امورهم بضرورة

الاطلاع على تقنين السلوك والموافقة على الالتزام به كشرط اساسي لمنحهم حق استخدام الانترنت عبر مواقعهم حفاظا منها على عدم الحاق الضرر بالأخرين عند استخدام الانترنت مما يخول هذه المؤسسة توقيع الجزاءات المناسبة بحق المخالفين)[٨١], ولابد من الاشارة في هذا الصدد الى النزاع الذي حصل في الكونجرس الامريكي عام ١٩٩٥ بسبب فكرة المسئولية والحرية عبر الانترنت (task force for responsibility and freedom on the internet) وخاصةً عندما حاول الكونجرس اصدار تنظيم متشدد لحكم الانترنت , مما دفع المتعاملين على هذه الشبكة الى القول بأن هذا التشدد يتنافى مع مبدأ حرية التعبير عن الرأي عبر الانترنت , اضافة الى تعويق مستقبل التعاملات الالكترونية , وتسوية للنزاع اعلاه , مما دفع فريق العمل لإصدار نوعان من تقنينات السلوك , الاول موجه الى مصممي المواقع وخدمات الويب والثاني يخص المتعاملين مع شبكة الانترنت واللتان تؤكدان على ضرورة احترام حق المؤلف.[٨٢]

اما في فرنسا فقد تم العمل على خلق كيان خاص من شأنه استقبال شكاوى المتعاملين عبر الانترنت مع امكانيته المباشرة لأتخاد الاجراآت الرادعة والقادرة على ايقاف بث الاعلانات غير المشروعة , علماً ان الخضوع لهذا الكيان يجب ان يكون خضوعاً ارادياً.[٨٣]

كذلك انشأت في هولندا عام ١٩٩٦ مؤسسة تعنى بمقدمي خدمات الانترنت حصراً حيث تلعب دوراً مهماً في تلقي الشكاوى عبر ادارة خط خاص يطلق عليه اسم (الخط الساخن) للإبلاغ عن المواقع المخلة بالآداب.[٨٤]

٢.المصادر الدولية

لقد تنوعت الاعمال الدولية التي ارست بحد ذاتها مجموعة من القواعد المادية للتجارة الالكترونية التي ساهمت في وضع الكثير من الحلول الذاتية لكثير من المشكلات الخاصة بالتجارة الالكترونية ومجتمع الانترنت بعيداً عن الاطار الوطني مستندين في ذلك الى الاعراف والعادات الدولية التي تعد رافداً مهما لهذه القواعد , الا ان الواقع العملي قد اثبت ان هذه القواعد لوحدها غير قادرة على احتواء كل مستجدات الواقع الالكتروني الجديد , مما دفع الكثير من المنظمات الدولية والاقليمية والمهنية ومن خلال ما ذهب اليه المجتمع الافتراضي , الى ارساء قواعد جديدة من خلال الاتفاقيات الدولية والتوصيات الدولية الاساسية وتقنينات السلوك الدولية وكذلك النماذج العقدية والشروط النموذجية وغيرها , ولغرض تسليط الضوء على هذه المصادر سيتم

بحث القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ذات النشأة التنظيمية في الفقرة الاولى ونخصص الفقرة الثانية للبحث في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ذات النشأة ذات النشأة التلقائية.

اولاً. القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ذات النشأة التنظيمية

تعتبر الاتفاقيات والمعاهدات الدولية , من أهم مصادر القواعد المادية على اساس انها تضع قواعد ذات طابع دولي لتنظيم علاقات قانونية فيها عنصر اجنبي[٨٥], وكذلك التوصيات الدولية والقوانين النموذجية الصادرة عن المنظمات الدولية والإقليمية الاساسية ، وتتركز اهمية القواعد المادية بهذا الخصوص التي تجد اساسها في اتفاقيات القانون الدولي الخاص , بسبب أهمية هذا الميدان وحاجته لمثل تلك القواعد المنظمة لمسائله , وكذلك بالنسبة للتجارة الإلكترونية فأن هذه الاتفاقيات والتوصيات كانت رافداً مهماً لتنظيم بعض مسائل التجارة الإلكترونية رغم الصعوبات التي تواجه تطبيقها في البيئة الإلكترونية , ومن هذه القواعد ما يلي:

أ. الاتفاقيات الدولية:

تعرف الاتفاقية الدولية على انها , اتفاق مكتوب يتم بين اشخاص القانون الدولي الخاص بقصد ترتيب آثار قانونية معينة في القانون الدولي الخاص , حيث تعددت الاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الدولية التقليدية.[٨٦]

اما في مجال التجارة الالكترونية ونظراً لحداثة المجال الالكتروني فأن الاتفاقيات الدولية التي تعالج مسائل التجارة الإلكترونية محدودة جداً[٨٧] اضافة الى عدم وجود اتفاقية دولية جماعية تنظم التجارة الالكترونية , وبالتالي فأن هذا العدد المحدود من الاتفاقيات غير قادر على تقديم الحلول الكافية والناجعة لمعالجة ذلك الكم الهائل من معاملات التجارة الالكترونية ولابد من الاشارة الى بعض الاتفاقيات التي ابرمت في مجال التجارة الدولية التقليدية والتي يمكن تطبيقها على التجارة الالكترونية لمعالجة مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عندما يكون تنفيذ العقد مادياً ومنها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠، , وكذلك اتفاقية مجلس اوربا رقم(١٠٨)المتعلقة بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وتدفقها عبر الحدود والتي تم اعتمادها من قبل دول المجلس الاوربي عام ١٩٨١[٨٨], اضافة الى قواعد الاتحاد الاوربي رقم ٢٠٠١/٤٤بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الاحكام في المجالين المدني والتجاري[٨٩], اضافة الى اتفاقية جنيف المتعلقة بالملكية الادبية والفنية في العالم الرقمي(ompi)

والتي تم التوقيع عليها في عام ١٩٩٦ وتحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية شريطة ان تكون الدول الاعضاء في (اتفاقية برن) اعضاء في هذه الاتفاقية.[٩٠]

واخيراً لابد من الاشارة الى الاتفاقية الصادرة عن الامم المتحدة والخاصة باستخدام الخطابات الالكترونية[٩١] في العقود الدولية لعام ٢٠٠٥م , حيث كان لها دوراً بارزاً في تكوين بعض القواعد المادية للتجارة الالكترونية من خلال سعيها , نحو اعتماد قواعد موحدة لإزالة العقبات التي تعرقل استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية وخاصة تلك المشاكل الناتجة عن التشكيك بالقيمة القانونية للخطابات الالكترونية في العقود الدولية , اضافة الى العقبات التي قد تنشأ عند تطبيق بعض الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالقانون التجاري كما في حالة تطبيق اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع حيث تثور بعض العقبات التي تحول دون امكانية استخدام الخطابات الالكترونية , لذا سعت هذه الاتفاقية الى تذليل تلك العقبات من خلال ارساء قواعد دولية لتحقيق التكافؤ بين الخطابات الالكترونية ونظيراتها الورقية.

تنطبق هذه الاتفاقية عند استخدام الخطابات الالكترونية في تكوين او تنفيذ عقد , تم بين اطراف تقع مقار اعمالهم في دول مختلفة , مع الاشارة الى انه يكفي لتطبيقها ان تكون احدى الدولتين هي دولة متعاقدة في هذه الاتفاقية بما يؤدي بالنتيجة الى تطبيق قانون دولة متعاقدة , كما يمكن تطبيق الاتفاقية على عقد يكون اطرافه منتمين لدولة واحدة , في حالة اذا كانت مقر عمل احدهم او محل اقامته المعتاد في دولة مختلفة, مع الاخذ بنظر الاعتبار ان هذه الاتفاقية لا تنطبق على عقد دولي عندما لا يتبين من العقد او من التعاملات بين الطرفين انهما موجودان في دولتين مختلفتين , وفي مثل هذه الحالة تسمح الاتفاقية بتطبيق القانون الداخلي للدولة التي يُفترض انهم يتعاملان ضمن حدود نظامها الداخلي , والغرض من ذلك هو حماية التوقعات المشروعة للمتعاقدين , مع الاخذ بنظر الاعتبار عدم وجود اشارة صريحة بخلاف ذلك, وكذلك لابد من الاشارة الى الفقرة ٥ من المادة ٦ والتي تشير الى ان مجرد استخدام الطرف اسم نطاق او عنوان البريد الالكتروني ذي صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على ان مقر عمله يوجد في ذلك البلد.[٩٢]

يمكن تطبيق هذه الاتفاقية تطبيقاً مادياً اضافة الى امكانية تطبيقها من خلال منهج التنازع كما لو كان طرفي العقد قد اتفقا على تطبيقها باعتبارها القانون الواجب التطبيق , كذلك في الحالة التي يكون فيها قانون دولة متعاقدة هو القانون الواجب التطبيق , طبقا لقواعد القانون الدولي

الخاص في دولة المحكمة التي تنظر النزاع , وهذا يعني ان محكمة دولة غير متعاقدة لا يمكن لها تطبيق احكام هذه الاتفاقية الا بعد ان تشير اليها قواعد الاسناد , كما يمكن تطبيقها بشكل مباشر, كما انها لم تتأثر بالخلافات الناتجة بين النظم المزدوجة , التي تميز بين الصفة المدنية والتجارية لأطراف العقد والنظم الاحادية التي ترفض هذا التمييز[٩٣], الا انها استبعدت بشكل مطلق من نطاق تطبيقها , العقود التي تبرم لأغراض شخصية او عائلية او منزلية , تجنباً لبعض القواعد الاتفاقية التي لا تتناسب مع المستهلكين , على سبيل المثال ان (المادة ١٠ الفقرة ٢منها) تفترض ان المرسل اليه قد تلقى الخطاب الالكتروني في اللحظة التي يدخل فيها الخطاب الى الموقع الذي تم تحديده مسبقاً من قبل المرسل اليه , وهذا يعني ان على المستهلك ان يطلع على بريده الالكتروني بشكل مستمر ومنتظم وهذا غير ممكن بالنسبة للمستهلك , على خلاف المورد والمهني الذي توجب الفقرة اعلاه , حرصه الشديد على متابعة بريده الالكتروني.[٩٤]

واخيراً لابد من الاشارة الى ان هذه الاتفاقية تشكل مصدراً مهماً لخلق القواعد المادية للتجارة الالكترونية حيث يتم اعمالها من خلال التطبيق المباشر على العلاقة العقدية المطروحة ويعبر هذا التطبيق المباشر بوضوح عن المنهج المادي لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية , وعلى الرغم من التطبيق المادي للاتفاقية , الا انه يمكن تطبيقها من خلال منهج قواعد الاسناد المزدوجة الجانب في قانون دولة القاضي المطروح عليه النزاع.

نرى من جانبنا ان امكانية اعمال الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية التقليدية والالكترونية من خلال المنهجين اعلاه , انما يعبر عن امكانية تعايش المنهجين في حل مشاكل عقود التجارة الالكترونية ذات الطبيعة الدولية.

ب. التوصيات والاعمال الدولية الاساسية:

في ظل شحة الاتفاقيات الدولية الحديثة المعنية بتنظيم شؤون التجارة الالكترونية وتبادل البيانات الكترونياً مع عدم تلبية اغلب اتفاقيات التجارة الدولية , لحاجات التجارة الالكترونية , وفي ضوء التزايد المستمر للمعاملات التي تتم من خلال التبادل الالكتروني للبيانات وغيرها من وسائل الاتصال التي اصبحت بديلاً عن المستندات الورقية ومدى مقبولية وقانونية هذه الوسيلة الحديثة , وما يقابل هذا من حاجة ملحة لإيجاد نظام تشريعي موضوعي موحد يتفق ومعطيات التجارة الالكترونية , لابد من الاشارة الى ان هناك الكثير من الاعمال والتوصيات والتوجيهات

الجماعية التي ارست قوانين نموذجية والتي يمكن ان تشكل نواة لاتفاقيات مستقبلية لما لها من قيمة عملية مهمة مع التوجه العام للالتزام بهذه التوصيات الدولية و القوانين النموذجية التي تم وضعها من قبل منظمات دولية عريقة والتي تعبر عن الحلول المناسبة للمعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت كما انها تعد مصدرا مهما من مصادر القواعد المادية[٩٥], ومن هذه التوصيات اعمال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (uncitral) حيث اصدرت في عام ١٩٦٩م القانون النموذجي للتجارة الالكترونية[٩٦] , وكذلك اصدرت في عام ٢٠٠١م القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية.[٩٧]

وهناك ايضاً بعض التوجيهات الصادرة عن الاتحاد الاوربي في هذا المجال كما في التوجيه رقم 95/46/CEالمتعلق بحماية البيانات الشخصية , والتوجيه رقم96/9/CE المتعلق بالحماية القانونية لقواعد البيانات ، والتوجيه رقم 99/93/CE بعنوان الإطار المشترك للتواقيع الإلكترونية , والتوجيه رقم 2000/31/CE فيما يخص الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات وهو ما يطلق عليه غالبا بتوجيه التجارة الإلكترونية[٩٨] , كذلك اعمال اللجنة الأوروبية المعنية بتسوية المنازعات[٩٩] خاصة التي تتم بين المستهلكين , حيث اصدرت مجموعة من التوصيات بخصوص حل المنازعات على الخط[١٠٠] منها التوصية رقم ٩٨/٢٥٧ في ٣٠ مارس ١٩٩٨ بشأن تسوية منازعات المستهلكين خارج ساحات القضاء[١٠١] , وكذلك التوصية الصادرة في ٢٥ مايو ٢٠٠٠ بخصوص تأسيس شبكة أوروبية لتسوية المنازعات على الخط مباشرة[١٠٢] لتغطي كافة المنازعات الخاصة بالمستهلك الأوروبي خاصة في قطاع الأموال والخدمات وتيسير تبادل المعلومات والاتصالات بين المشروعات والمستهلكين[١٠٣]، وهذه الشبكة تعرض خدماتها عن طريق الوساطة على الخط (médiation en ligne) [١٠٤] , وايضاً التوصية رقم ٢٠٠١/٣١٠ الصادرة في ٤ إبريل ٢٠٠١ المتعلقة بالمبادئ الواجب مراعاتها من قبل الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر شبكة الإنترنت , والغرض من اعتماد هذه التوصية تم هو إكمال النقص وسد القصور في التوصية رقم ٩٨/٢٥٧، علماً ان هذه التوصية تضع خطوطاً إرشادية lignes directricer) الغاية منها توفير أفضل ما يمكن لحماية معاملات المستهلك الأوروبي عبر الإنترنت , وبناءً على ذلك فان المشروعات توجه بضرورة إعلام المستهلكين بوجود لجنة لتسوية المنازعات عبر شبكة الإنترنت[١٠٥], وكذلك لابد من الاشارة الى توصيات

منظمة التعاون والتنمية الاوربية الصادر عام ١٩٨٠م والمتعلق بالحماية الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود حيث ورد في التوصية رقم ١٦(تتخذ الدول الاعضاء كل الإجراءات المعقولة والمناسبة لضمان ان يكون تدفق البيانات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود , ومروراً بدولة عضو , دون انقطاع وبكل امان)[١٠٦], واخيراً لابد ان نشير الى بعض التوجيهات التي سبقت ظهور التجارة الالكترونية والتي عملت على تنظيم استخدام تقنية المعلومات , كتلك التي صدرت عن لجنة الامم المتحدة الاقتصادية لدول اوربا عام ١٩٧٩ بضرورة استخدام تقنية المعلومات , وما ذهبت اليه اللجنة البحرية الدولية الى ضرورة اعتماد القواعد المتعلقة بسندات الشحن الإلكترونية عام ١٩٩٠, اضافة الى القانون النموذجي بشأن التحويلات الدائنة الدولية لغرض انشاء آلية للاستعاضة عن سند الشحن الورقي التقليدي القابل للتداول المادي بمقابل السند الإلكتروني حيث تحاول قواعد اللجنة البحرية الدولية تشجيع التداول بسندات الشحن القابلة للتداول في بيئة إلكترونية , وبموجب هذا النظام يتفق الأطراف على امكانية ارسال سند شحن البضاعة , وكذلك الإشعار بإسلام البضائع عبر البريد الإلكتروني.[١٠٧] واخيراً لابد من الاشارة الى قانون الاونسترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي، والقانون النموذجي بشأن شراء السلع والإنشاءات والخدمات[١٠٨], وكذلك المتعلق بالتجارة الالكترونية و التوقيع الالكتروني , وكذلك ما ذهب اليه القانون النموذجي العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية.[١٠٩]

ج. الممارسات القاعدية:

تتمثل الممارسات القاعدية في نطاق التجارة الإلكترونية قواعد مادية في:

(١)العقود النموذجية: حيث تم استُحداث بعض العقود النموذجية(العقود النمطية) في مجال التجارة الإلكترونية لكي تتوائم مع مولود التجارة الدولية الجديد، كما في العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين[١١٠] حيث تمت صياغته ووضع شروطه وفقاً للقانون الفرنسي[١١١] مع إمكانية تطبيق القواعد الواردة في هذا العقد النموذجي أمام إحدى المحاكم الأجنبية إذا رأى القاضي ان هذه القواعد الاتفاقية تحقق للمستهلك حماية اكثر من تلك التي يحققها له قانونه الوطني , ان قواعد العقد النموذجي جاءت متلائمة مع التقنية الحديثة لان استخدام الوسائل الحديثة في التعاقد لا بد وان يؤدي إلى استحداث بعض القواعد الخاصة , لذا تم

تنظيم أحكام هذا العقد النموذجي في شقين متلازمين ، الشق الاول يتضمن الشروط النموذجية التي تتضمن القواعد التي يخضع لها هذا العقد، والثاني يحوي على تفاصيل و تعليقات تمثل دليلاً عملياً لتطبيق هذه الشروط النموذجية.[١١٢]

كذلك اصدرت اللجنة الاوربية في ١٩/اكتوبر ١٩٩٤/عام ١٩٩٤م توصية هامه الى رجال الاقتصاد والمنظمات التي تعمل في مجال التجارة الالكترونية الى ضرورة استخدام نموذج العقد الذي اصدرته من قبل مع الاستعانة بالتعليقات الصادرة بصدده عن ذات اللجنة.

اما مركز الأمم المتحدة لتسهيل التجارة والأعمال الإلكترونية (un/cefact) فقد اعتمد التوصية رقم ٣١ تحت عنوان اتفاق التجارة الإلكترونية او (الاتفاق الإلكتروني– E Agreement)حيث تتضمن هذه التوصية نموذجاً لأسلوب تعاقدي لعمليات التجارة الإلكترونية.

(٢)الشروط العامة: هناك الكثير من الشروط التي تواتر العمل عليها في بعض العقود اللازمة لمباشرة التجارة الإلكترونية , حيث يتم وضعها من قبل الجهات الفنية أو التجارية المتخصصة ذات العلاقة بحيث يتوجب على كل مستخدم (متعاقد عبر الشبكة) ان يوافق على تلك الشروط عند ابرام عقد ما, أي قبل البدء بمزاولة التجارة على الشبكة العالمية , كما في (عقود الاتصال) وهي عقود الدخول إلى الشبكة والتي يقدم بمقتضاها مقدم خدمة الاتصال (الطرف الاول) , الوسائل التي تمكن المستخدم(الطرف الثاني) من الدخول إلى الشبكة العالمية وأهمها برنامج الاتصال الذي يعمل على ربط الاتصال بين جهاز الحاسوب والشبكة[١١٣] , وتتضمن هذه العقود بعض القواعد والشروط التي يضعها مورد خدمة الاتصال والتي تفرض على مستخدمي الشبكة التقيد بها , ومن هذه الشروط وجوب التزام المشترك بالقواعد السلوكية والمهنية ومبادئ قانونية معينة[١١٤].

(٣) عقود الإيجار المعلوماتي:(عقود الإيواء او التوطين) حيث يرتبط هذا العقد ارتباطا وثيقاً بالأنترنت وهو من عقود تقديم الخدمات , التي يوفرها موردوا خدمات الشبكة لمستخدمي الشبكة ,حيث يضع تحت تصرف المشترك بعض الإمكانات الفنية لأجهزته المعلوماتية ، بما يتيح للمستخدم حرية استخدام بريده الالكتروني والتصرف بالمعلومات المتاحة له , بعد حجز المساحة المطلوبة من سعة الموقع ، علما ان هذه التصرفات قد تكون محددة بوقت وبمقابل يدفعه المستفيد من هذه الخدمات[١١٥], اضافة الى ضرورة التزامهم باحترام قواعد السلوك المستقرة في مجال

التجارة الإلكترونية واحترام القانون وعدم إلحاق الأذى بالحياة الخاصة وخصوصية الأشخاص وحقوق الملكية الفكرية.[١١٦]

(٤) عقود إنشاء المتاجر الافتراضية والتي يطلق عليها البعض (عقود المشاركة) , وهي عقود يشترك فيها المتجر الافتراضي مع المركز التجاري الافتراضي الذي يجمع العديد من التجار تحت عنوان واحد، وهو بذلك يقترب من المركز التجاري التقليدي الذي يجمع العديد من المتاجر في مجمع واحد[١١٧], وبالتالي يكون صاحب المتجر المشارك ملزماً , بالشروط العامة لذات المركز التجاري الافتراضي التي تنظم المسائل المتعلقة بمراقبة محتوى المتجر الافتراضي واحترامها.[١١٨]

ثانياً. القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ذات النشأة التلقائية

لقد اطلق البعض تسمية القانون الالكتروني على المصادر ذات النشأة التلقائية و يعرف هذا القانون على انه مجموعة القواعد الناشئة عن الممارسات العقدية او الممارسات القاعدية أو العرفية بما فيها العادات وتقنينات السلوك التي تنظم معاملات التجارة الإلكترونية ، يتبين من التعريف اعلاه ان المصادر التلقائية هي:

أ.الممارسات التعاقدية:

يعد العقد الإلكتروني باعتباره احد عناصر القانون الإلكتروني , احد مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ، لأن العقد الالكتروني قادر على ان يخلق نظامه القانوني الخاص به ومن ثم الخضوع له عند تنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين , باعتبار أن الاتفاقات المبرمة بين الاطراف بشكل صحيح , تعد بمثابة قانون الأطراف المختار, (اضافة الى المبادئ التي توصل اليها قضاء التحكيم كما في مبدأ عدم جواز الاثراء بلا سبب اضافة الى مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية وغيرها من المبادئ)[١١٩], وإذا كان المجتمع هو الذي يخلق القانون , فإن العقد ومن باب اولى وتطبيقاً للمبادئ اعلاه , يمكنه ان يؤسس مجتمعاً يحكمه قانون العقد [١٢٠]، حيث يستطيع أطراف العقد الاتفاق على الشروط والبنود التي يجب تطبيقها على العقود التي يبرموها، وان حرية الأفراد هذه , تمثل مرحلة متقدمة في التنظيم الذاتي , وبالتالي ما على الحكومات الا ان تتخذ الخطوات اللازمة لتجاوز العقبات القانونية والتنظيمية للاعتراف بتلك الحرية والتقيد في سن تنظيمات جديدة في هذا المجال[١٢١], إلا أن عدم قدرة

قانون العقد على مواجهة كافة المشاكل القانونية الناجمة عنه لا يمنع من الرجوع لأي نظام قانوني لدولة ما, لسد النقص الحاصل بما يؤمن امكانية استيعاب قانون العقد لأكثر الفروض المستجدة ، وهذا يعني انه لابد من استبعاد بعضُ من قواعد التنازع , حتى يتسنى للأطراف الاتفاق على إنشاء علاقة قانونية وفقاً للشروط المنصوص عليها في العقد المطلوب ابرامه , اما في حالة نشوء اي نزاع , فان اختيار الأطراف للشروط العقدية تعد بمثابة القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع , وما على القاضي الا ان يطبق الشروط العقدية ، باعتبارها اكتسبت قوتها من إرادة الأطراف.[١٢٢]

واخيرا لابد من الاعتراف بان هذه الممارسات قد ارست بعض الحقوق والالتزامات لكل من مقدمي الخدمات الانترنت و مستخدمي الشبكة على حد سواء.[١٢٣]

لقد اخذ قانون التحكيم التجاري المصري رقم ٢٧لسنة١٩٩٤ بهذا الاتجاه في المادة ٣٩ منه بالنص على أن (١- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان) لغرض فتح الآفاق أمام حرية الأطراف في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق , حيث يعطي للأطراف حرية الخضوع , لقواعد وضعوها هم بأنفسهم او بواسطة الغير , أو أية قواعد عرفية أو قواعد قانون دولة معينة يرونه مناسباً ، وتظهر الحالة المذكورة عند الاختيار الصريح للأطراف للشروط العقدية التي حُدِّدت سلفاً باعتبارها القواعد المادية الواجبة التطبيق على النزاع الناشئ عن العقد الذي اشتمل تلك الشروط[١٢٤].

ب. تقنينات السلوك: تعرف قواعد السلوك بانها مجموعة المبادئ والاحكام الصادرة عن هيئات ومؤسسات مهنية وتجارية سواء كانت وطنية أم دولية والتي تهدف الى تنظيم التجارة الإلكترونية وسيادة السلوك الأخلاقي القويم على الشبكة العالمية , حيث قامت بعض المؤسسات والهيئات الدولية بوضع قواعد سلوك للتجارة الدولية عموماً والتجارة الإلكترونية خصوصاً، ومن ابرز هذه المؤسسات والهيئات هي:

(١) غرفة التجارة الدولية ICC:

لقد وضعت تحت رعاية غرفة التجارة الدولية ((قواعد للسلوك الموحد للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية بواسطة الإرسال عن بعد)) في عام ١٩٨٧م بالاشتراك مع عدد من المنظمات الدولية [١٢٥], كما انشأت غرفة التجارة الدولية مشروع التجارة الإلكترونية ويشمل ثلاث فرق

عاملة تختص بمسائل الممارسات التجارية الإلكترونية وأمن المعلومات والمصطلحات الإلكترونية وكان دافع غرفة التجارة الدولية هو تطوير إطار التنظيم الذاتي للتجارة الإلكترونية وجعله قابلا للاستعمال في مجتمع التجار, ومن الأعمال التي قدمتها الهيئة المعنية تنقيح الدلائل(Guidelines)حول الإعلان والتسوق على الإنترنت حيث تطبق هذه الدلائل على كل الأنشطة الإعلانية والتسويقية على الشبكة العالمية لترويج أي نوع من السلع او الخدمات وتشمل هذه الدلائل ايضاً مجموعة من معايير السلوك الأخلاقي (ethical conduct) التي يجب مراعاتها من قبل المعلنين والمسوقين لزيادة الائتمان العام في التسوق لضمان حرية تعبير المعلنين والتقليل من باعث التنظيم الحكومي وملاءمة توقعات المستهلكين المعقولة , وكذلك ما ذهب اليه الدليل الارشادي الذي قدمته غرفة التجارة الدولية المتعلق بالمصطلحات الإلكترونية (E-terms) والتي اصبحت سارية في عام ٢٠٠٣ حيث يتم استخدمها من قبل الأطراف عند مباشرة صفقاتهم الإلكترونية. ويشمل هذا الدليل الارشادي على كل الوسائل الضرورية لتنظيم العقود على الشبكة العالمية ومباشرة الصفقات الإلكترونية بأقل المخاطر القانونية, وقد تم ملاحقة هذا الدليل بالتطوير والتكميل من خلال الكتيبات الارشادية ومنها الدليل الخاص بالأنشطة الاعلامية على الانترنت.[١٢٦]

(٢) مركز الأمم المتحدة لتسهيل التجارة والأعمال الإلكترونية(UN/cefact):

لقد اعتمد المركز في اذار ٢٠٠١ توصية بعنوان(قواعد السلوك النموذجية للتجارة الإلكترونية) التي تعتبر كوسيلة لتسهيل صفقات التجارة الإلكترونية لدعم التوصية السابقة الخاصة بالاتفاق الإلكتروني .[١٢٧]

أن قواعد السلوك هذه هي صكوك ذات تنظيم ذاتي يمكنها العمل بموازاة الإجراءات الأخرى لتسهيل التجارة الإلكترونية، وتطلب هذه التوصية من الدول تشجيع وتطوير صكوك التنظيم الذاتي للتجارة الإلكترونية وقد أُلحقت التوصية بمثال على هذه القواعد وهي قواعد السلوك النموذجية للتجارة الإلكترونية التي أنشأها برنامج التجارة الإلكترونية في هولندا.[١٢٨]

(٣) المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT:

لقد عمل هذا المعهد على وضع عدداً من المبادئ الخاصة بعقود التجارة الدولية منذ عام١٩٩٤[١٢٩].

ج. العادات والاعراف والممارسات المستقرة للتجارة الإلكترونية:

ابتداءً لابد من التمييز بين العادة والعرف التجاري من خلال تعريف كل منهما , حيث تعرف العادة التجارية الإلكترونية بانها سلوك أطرد المتعاملون في ميدان التجارة الإلكترونية ، تجاراً أم مستهلكين، على القيام به في مسألة تجارية معينة من مسائل التجارة الإلكترونية , أما العرف التجاري الإلكتروني فهو يشتمل على تعريف العادة التجارية الإلكترونية مع تمتعها بعنصر الإلزام ، لأنه متى أعتقد المتعاملون بالصفقات الإلكترونية بإلزامية سلوك معين , يصبح الأخذ به ملزم والإعراض عنه يترتب عليه جزاءً محدد , حيث ساهم العاملون في مجال التجارة الالكترونية تلقائياً في ارساء بعض القواعد الموضوعية للقانون الالكتروني ولعل من ابرز هذه القواعد , هي ما استقرت عليه الاوساط المهنية من عادات واعراف وممارسات في العالم الرقمي للمعلومات والاتصالات والتي تتميز بكونها ذات طابع تعاوني طائفي خاص بكل نوع من التعامل الذي يتم في هذا العالم الافتراضي كما في الاعراف والعادات السائدة في مجال الدعاية والترويج للسلع والخدمات , وكذلك في مجال حماية الحياة الخاصة , وما يتعلق بشأن حماية المستهلك الالكتروني , اضافة الى الاعراف والعادات المتعلقة بشأن الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية.[١٣٠]

اما بالنسبة لتطبيق عادات واعراف التجارة الإلكترونية , فأن الكثير من العادات قد تم تقنينها ، والبعض الآخر في طريقها الى التقنين , وذلك من خلال تضمينها في العقود النموذجية أوفي الشروط العامة الواردة في العقود اللازمة لمباشرة التجارة الإلكترونية أو تلك التي تم تقنينها من قبل هيئات أو المؤسسات الدولية على شكل قواعد سلوك , مما جعل هذه العادات ترقى الى مرتبة وسطى بين القاعدة الاتفاقية والقاعدة القانونية.[١٣١]

المطلب الثالث

تقييم القواعد المادية للتجارة الالكترونية

لقد اختلف الفقه حول مدى تمتع القواعد المادية للمعاملات الإلكترونية في المجال الدولي الخاص , بصفة النظام القانوني وهل انها تشكل نظام قانوني مستقل خاص بها من عدمه وكذلك في مدى توافر القوة الملزمة لهذه القواعد المادية التي تشكل بمجموعها (القانون الالكتروني) والتي بتوافرها يمكن الاعتماد عليها في حسم المشكلات التي تنشأ عن معاملات التجارة

الالكترونية على المستوى الداخلي المتمثل في مدى الزامية قواعده , وما هو الجـزاء المترتـب على مخالفتها , وعبء الاثبات , ودور محكمة التمييز, في الخطأ الحاصل عند تطبيقها , اما على مستوى القانون الدولي الخاص فأن اهميتها تتضح في الكشف عنها وتحديد آليات تنفيذ احكامهـا , اضافة الى امكانية تعايشها مع قواعد الاسناد.(١٣٢)

لذا سوف يتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين , الاول يبحث في مدى تمتع القواعد الماديـة بـصفة النظام القانوني والثاني يبحث في مدى الزامية هذه القواعد والجزاء المترتب على مخالفتها.

الفرع الاول

مدى تمتع القواعد المادية الالكترونية بصفة النظام القانوني

لقد اختلف الفقه حول مدى تمتع القواعد المادية للمعاملات الإلكترونية في المجال الدولي الخاص , بصفة النظام القانوني وهل انه يشكل نظام قانوني مستقل خاص بها ام لا؟ حيث ذهب اتجاه فقهي إلى القول بأن هذا النظام هو قاعدة قانونية قائمة بحد ذاتها ، اما الاتجاه الآخر فأنـه ينفي عنها صفة النظام القانوني وكما يلي:

١.نفي صفة النظام القانون للقواعد المادية في التجارة الالكترونية

يتجه هذا الجانب الفقهي الى نفي صفة النظام القانوني على مجموعـة القواعـد الماديـة الالكترونية بسبب النقص الذي يعتريها والذي يحول دون اعتباره نظاماً قانونياً(١٣٣), ويعدها جزءاً من القواعد المادية التي تدخل ضمن الاطار العام لقانون التجارة الدولية , لذلك فهم لا يعتبرونها , وحدة قانونية مستقلة بذاتها و لا تمتلك اية مقومات او سمات تميزها عن غيرها , وانهم يـستندون في ذلك الى الحجج الاتية:

اولاً. ان قيام اي نظام قانوني , يتطلب وجود الجماعة التي تنظمه , وفي حالة تطبيـق القاعـدة اعلاه على التجارة الالكترونية فأنه لا يمكن القول بشكل قاطع , بوجود مجتمع متماسـك موحـد ومنظم , قادر على ان يجمع كافة المتعاملين عبر شبكة الانترنت بما يؤدي الى قدرته على خلـق قواعد سلوك ملزمة لهذا المجتمع , اضافة الى قلة وصعوبة ظهور الاعراف المتعلقة به , بـسبب غياب الوحدة والترابط بين مستخدمي شبكة الانترنت وانتماء المتعاملين عبـر الـشبكة , لـنظم قانونية مختلفة اضافة الى اختلاف طوائفه اجتماعياً و فكرياً و ثقافيـاً , ممـا ادى الـى وجـود اعراف وعادات خاصة بكل طائفةً لما فيها من ضمان في الحفاظ على مصالحها المتعارضـة ,

وهذا بحد ذاته يؤدي الى صعوبة التسليم بوجود التنظيم الموحد , كأساس في قيام النظام القانوني.(١٣٤)

ثانياً. ان الدول لاتزال غير متعاونة في هذا المجال , انطلاقاً من مبدأ توفير الحماية اللازمة لمواطنيها , لذلك فأنها غير مستعدة لترك حل المنازعات التي يعتبر احد مواطنيها طرفاً فيها , لحكم القواعد المادية الالكترونية , لما قد يترتب عليها من ضرر بالمصالح الاقتصادية والسياسية الخاصة بتلك الدولة , مما يدفعها للوقوف امام كل محاولة للاعتراف بمثل هذا القانون الالكتروني.(١٣٥)

ثالثاً. ان اغلب القواعد المادية للتجارة الالكترونية تكونت من مجموعة قواعد السلوك المجردة من حيث نشأتها ومضمونها وبسبب حداثة تكوينها , فأنها خالية من عنصر الالتزام بما يجعل منها عرفا واجب الاتباع , وبالتالي فأن غياب القواعد الآمرة يعني عدم استقامة النظام القانوني.(١٣٦)

رابعاً. انها تفتقر الى الجزاء والردع الذي يحتم على الافراد عدم مخالفتها وهذا ما يجعلها مختلفة تماما عن النظام القانوني للدولة الذي تتميز به في ايقاع الجزاء بكل من يخالف النظام القانوني للدولة , ان ما تقوم به بعض الجهات من الغاء الاشتراك او حضر استخدام الشبكة لايعد جزاءً فعال بسبب صعوبة تحديد هوية الشخص المخالف وسهولة التخفي من خلالها حيث يتمكن من استخدام الشبكة ثانية بعد تغيير معلوماته الشخصية وعنوانه.(١٣٧)

خامساً. ان الحديث عن القانون المادي للتجارة الالكترونية لايزال مبكراً , لان قواعده لاتزال في طور التكوين ولم تكتمل بعد , مما يصعب معها ان تشكل قانوناً مستقلاً بحد ذاته , اضافة الى انها لم تتوصل الى الحلول الناجعة في الكثير من فروع القانون , اضافة الى طبيعته الذاتية التي تجعله غير قادر على شمول كل فروع القانون , كما في قانون الاستهلاك او القانون المالي وغيرهما (١٣٨), مما يعني بقاء الحاجة الى حتمية تدخل الدولة في الحالات التي يتعذر معها تطبيق القانون المادي للتجارة الالكترونية.(١٣٩)

٢. تمتع القواعد المادية الالكترونية بصفة النظام القانوني

ان هذا الاتجاه الفقهي ذهب بعكس ما ذهب اليه الاتجاه الاول حيث يعتبر ان القواعد المادية للتجارة الالكترونية(lex electronica) نظاماً قانونياً مستقلاً بطبيعته الموضوعية وتبرز اهميته في مجال المعاملات الالكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية , بحيث توازي في اهميتها القواعد المادية للتجارة الدولية , وان العادات والممارسات التي استقر عليها العمل في هذا المجتمع الافتراضي هي التي شكلت هذه القواعد المادية , حيث عملت بعض الدول والحكومات والجهات ذات العلاقة والعاملون في مجال الاتصالات والمعلومات اضافة الى المصادر الاتفاقية التي تم العمل بها وفقاً لاتفاقيات دولية على تطوير هذه القواعد , مما جعلها تختلف عن القواعد التي يضعها المشرع الوطني والتي تسري داخل حدود مجتمع الدولة الواحدة[١٤٠], ويستندون في كونها نظام قانوني مستقل الى الحجج الاتية:

اولاً. فيما يخص المجتمع الافتراضي فأنهم ذهبوا الى وجود هذا المجتمع المتجانس الذي يتكون من العاملين في التجارة الالكترونية و الخاص بشبكة الانترنت , حيث ان افراده يعيشون بفكر وهدف واحد ويرتبطون فيما بينهم بروابط وثيقة بما يجعلهم قادرين على تكوين مجتمعاً دولياً حقيقياً قادراً على حكم معاملاته وفرض الجزاءآت التي تضمن الالتزام بتلك القواعد وضمان تطبيقها كما هو معمول به في قضاء التحكيم الالكتروني.[١٤١]

ثانياً. ان الاعتراف بالصفة القانونية لهذه المصادر واستقرارها في مجتمع الانترنت كان نتيجة للاعتراف بمنبع هذه المصادر كالاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية التي تعدها المنظمات الدولية المعنية اضافة الى المصادر الاخرى , بما يؤدي حتماً الى دعم الامان القانوني الذي ينشده المتعاقدين مع ضمان وحدة الحلول للمشكلات الفنية والقانونية التي تحصل , عبر الشبكة الدولية الانترنت , اضافة الى تجنب الفراغ التشريعي الذي يمكن ان تؤدي اليه التشريعات الوطنية خاصة التي لم تنظم التجارة الالكترونية و النقص الذي يشوبها عند اعمالها في مجال العقود الالكترونية.[١٤٢]

ثالثاً. فيما يخص عنصر الجزاء الذي يعد عنصراً رئيس في النظام القانوني , فقد اصبح لمجتمع الانترنت قضاة متخصصين في حل منازعاته , والذي يتميز بعدالته الافتراضية حيث يقوم القضاة بمهامهم في عقد جلساتهم عن بعد بواسطة آليات ومعدات مصممه لهذا الغرض عبر شبكة

الانترنت , واصدار احكامهم على المخالف , بالطرد او انهاء اشتراكه او حرمانه من التعامل عبر الشبكة او تعليق الاستفادة منها هذا بالإضافة الى قضاء التحكيم الالكتروني.[١٤٣]

الفرع الثاني

القوة الملزمة للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية

سبق وان انتهينا الى إمكانية وجود قواعد مادية يمكن ان تلعب دوراً مهماً في مجال تكوين قانون التجارة الالكترونية , ولغرض الوقوف على القوة الملزمة التي تتمتع بها القواعد اعلاه, لابد من البحث في القوة الملزمة لكل قاعدة من القواعد المادية المكونة له وفق الفقرات الاتية:

١.الاتفاقيات الدولية:

يمكن للاتفاقيات الدولية ان تصبح بمثابة قانون , بمجرد ان يتم التوقيع عليها من قبل الدول المشاركة , وقيام تلك الدول باتخاذ كافة الاجراآت الواجبة لجعل احكام الاتفاقية جزءاً من النظام القانوني الداخلي , مما يدفع القاضي الى الالتزام بتطبيق هذه الاحكام , بحيث تصبح هذه القواعد الاتفاقية ملزمة للدولة والقضاء والافراد , وبالتالي فأن القوة الملزمة للاتفاقية , تختلف بحسب طبيعة احكامها , ان كانت آمرة او مكملة , حيث يجوز للقاضي ان يخالف احكام الاتفاقية في الحالة التي يختار فيها المتعاقدين قانوناً آخر على الرغم من تنظيم الاتفاقية له بشرط ان تكون المخالفة للقواعد المكملة فقط.[١٤٤]

ان المبادئ الرئيسية التي يتم على اساسها التزام الدول بالاتفاقية هي (العقد شريعة المتعاقدين , مبدأ حسن النية , ومبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على الالتزامات النابعة من القوانين الوطنية) حيث تم النص عليها في كل من اتفاقية فينا ١٩٦٩ واتفاقية فينا ١٩٨٦ لقانون المعاهدات[١٤٥], وبهذا الصدد لابد من الاشارة الى القوة الملزمة للتوجيهات الاوربية , التي تحتم فيها على الدول الاعضاء تعديل قوانينها بموجب احكام الاتفاقية المبرمة من قبلهم.[١٤٦]

٢. القوانين النموذجية:

لقد ذهب جانب من الفقه الى ان القوانين النموذجية ليس لها اية صفة الزامية , وما هي الا قواعد ارشادية تعمل على تحقيق التناسق بين القوانين الوطنية المختلفة بصدد مسائل محددة وبالتالي فان هذا التناسق لا يمنح لها صفة الالزام , ولعل افضل مثالاً لهذه القوانين تلك التي وضعتها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي المتعلقة بالتجارة الالكترونية وكذلك التوقيع الالكتروني ,

كذلك القانون النموذجي للمعاملات الالكترونية الذي وضعته غرفة التجارة الدولية في باريس[١٤٧] ولا يفوتنا في هذا الصدد الاشارة الى القانون النموذجي العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية والذي يعمل ايضاً على حماية حقوق المتعاملين الكترونياً وتحديد التزاماتهم.

اما الاتجاه الاخر فقد اتجه الى منح القوانين النموذجية الصفة القانونية بحيث يستطيع القاضي الوطني تطبيق هذه القواعد باعتبارها مصدرا عرفياً.[١٤٨]

٣. تقنينات السلوك:

يرى البعض ان تقنينات السلوك لا تمتلك القدرة على انشاء القواعد المادية او خلقها مما يجعلها مجردة من قوة الالزام والذي يؤدي الى عدم ترتيب اي جزاء عند مخالفتها , وبالتالي لا تستطيع المحكمة او القاضي الاخذ بها لحسم النزاع , الا ان البعض الاخر ذهب الى امكانية تقنينات السلوك في خلق القاعدة المادية خاصة تلك القواعد التي تحكم العلاقات ما بين التجار, وهذا يعني انه لابد من تحديد نطاق اعمال هذه التقنينات ليتسنى تحديد مدى الزاميتها , من خلال تكوينها عاملاً مهنياً مشتركاً بحيث يكون ملزِما للوسط المهني الذي نشأت فيه سواء اكانوا تجاراً ام رجال اعمال , بحيث تكون هذه التقنينات ملزمة لهم عند تعاملاتهم عبر شبكة الانترنت مع الاخذ بنظر الاعتبار ان مخالفتها , يُعد خطأً يوجب المسؤولية التي تتمثل في استبعاد المخالف وعدم السماح له بالتواصل مع ذلك المجتمع[١٤٩], وهذا ما ذهب اليه البعض في ان موافقة الدول او مشاركتها في وضع مثل هذه التقنينات , يُلزم هذه الدول على الاعتراف بأهميتها وحجيتها , حتى ولو كان اعترافاً ضمنياً.[١٥٠]

٤.العقود النموذجية:

لقد اعتبر بعض الفقه ان العقود النموذجية بحد ذاتها لا تعدو ان تكون مجرد صيغ قانونية ثابتة معدة مسبقاً ولا تتمتع بأية قوة ملزمة , الا انها باتت اليوم تعد احدى مصادر القواعد العرفية للتجارة الدولية والالكترونية , لأنها تحوي على الشروط العامة التي يتفق عليها تجار سلعة معينة ضمن رقعة جغرافية محددة بحيث يلتزمون بإرادتهم الحرة بتنفيذ ما يبرموه من عقود وصفقات تتعلق بهذه السلعة المعينة [١٥١], وان هذه القواعد العرفية تستمد قوتها الملزمة , من ارادة المتعاقدين الصريحة او الضمنية ذاتها حيث يعد اتفاق الاطراف على اختيار العقد النموذجي هو مصدر الالتزام الحقيقي, وقد اضاف البعض الى ضرورة ان يكون العقد النموذجي مستخدما بكثرة.[١٥٢]

٥. عادات واعراف التجارة الالكترونية:

لقد ذهب البعض الى صعوبة الجزم بوجود عادات وتقاليد في مجال التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت بسبب حداثتها , وما تتطلبه هذه العادات من فترة طويلة للاطراد ومن ثم اعتقاد الناس بضرورة الالتزام بها , الا ان احد الشراح قد ذهب الى ضرورة ابداء المرونة اللازمة في مسألة شرط مرور الزمن لتكوين العادة في المجال الالكتروني الذي يتصف بعصر السرعة وهو ما ينعكس حتما على سرعة تكوين الاعراف والعادات الدولية[١٥٣], وهذا يعني انه لم يعد لعنصر الزمن ذات القيمة بما يكفي لتكوين العادة , حيث يمكن ان يتم بمجرد عدم الاعتراض عليه , وبذلك لم يعد لمرور الزمان دور اساس في تكوين العرف او العادة , خاصة في ظل فرضية العرف الفوري(coutume instantanee)التي ابتدعها القانون واحكام القضاء , ولابد من الاشارة الى ضمور دور العرف في اتفاقيات التجارة الدولية والتي تشير غالباً الى العادات ولا تشير الى الاعراف الا نادراً , مما يؤشر تفوق العادة على العرف في مجال التجارة الدولية.[١٥٤]

ان القيمة القانونية للعادات تتجلى من خلال مدى ضرورة الشعور بالالتزام لتكوين تلك القواعد , حيث يذهب البعض الى ان قوة هذه القواعد لا تتعدى , كونه التزام اخلاقي ليس الا , ويخالفهم الرأي فريق آخر حيث يؤكد فاعليتها وملائمتها بما يؤمن الاستفادة منها في مجال المجتمع الالكتروني بحيث تلعب دوراً مهماً في مجال ابرام العقود الالكترونية ولها من القوة الملزمة بما يؤدي الى فسخ العقد في حالة مخالفتها.[١٥٥]

ونرى من جانبنا ضرورة الاستفادة من اعراف وعادات التجارة الدولية من خلال العمل على تحويرها وتطويرها بما يتلاءم والتجارة الالكترونية مستندين في ذلك الى الفرضية اعلاه.

٦. التحكيم الالكتروني:

يعرف التحكيم بشكل عام على انه , النظام الذي يسوي فيه طرف من الغير خلافاً قائماً بين طرفين او عدة اطراف , ممارساً لمهنة قضائية عهدت اليه عن طريق هؤلاء الاطراف[١٥٦], اما التحكيم الالكتروني باعتباره اجراء خاص لحسم منازعات التجارة الالكترونية فأنه لا يختلف عن التعريف اعلاه سوى ان إجراءاته تتم منذ البداية وحتى نهايته عبر الوسائل الالكترونية من خلال شبكة الانترنت , وهذا يعني انه اكتسب الصفة الالكترونية من الطريقة التي يتم بها[١٥٧], على

اعتبار انه يتم بأية وسيلة عن بعد دون الحاجة للقاء مادي بين الخصوم وكذلك المحكمين في مكان ما.[١٥٨]

اما فيما يخص القوة الملزمة لقرارات التحكيم , فلا بد من التمييز بين ثلاثة أنواع من التحكيم الإلكتروني[١٥٩] وهي:

أولاً. التحكيم الملزم المشروط , وهو التحكيم الذي يتمتع فيه أحد الطرفين أوكليهما بحرية قبول القرار التحكيمي الصادر أو رفضه خلال فترة محددة ، يصبح الحكم بعدها ملزما إذا لم يتم رفضه من قبل الأطراف أو إذا أعلن الطرفان قبولهما له.

ثانياً. التحكيم غير الملزم , وهو التحكيم الذي لا تتمتع فيه القرارات التحكيمية بقوة ملزمة على عكس القرارات التحكيمية التي تجري بصورة تقليدية.

ثالثاً. التحكيم غير الملزم بطبيعته, وهو التحكيم الذي لا يستهدف إصدار حكم تحكيمي يلزم الطرفين على غرار الحكم الصادر من المحاكم الوطنية.

لقد منحت اغلب الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والقوانين الوطنية لقرارات التحكيم ذات القوة الملزمة التي تتمتع بها الاحكام الصادرة عن القضاء.

من خلال ما ورد اعلاه يرى الباحث ان القول بعدم وجود جزاءات فعالة لقواعد القانون المادي الالكتروني , لا يمكن التسليم بها مطلقاً , لان مجتمع الانترنت تسوده الكثير من القواعد الواجبة الاتباع والاحترام , بسبب وجود الجزاءات الحاسمة التي تطبق على من يخالفها , كما في القواعد التي وضعتها مؤسسة (ايكان)[١٦٠] فيما يخص الفصل في منازعات الدومين وحماية العلامات التجارية[١٦١], كذلك ما ذهبت اليه النظم الوطنية التي اعترفت ببعض السلوكيات التي افرزها مجتمع الانترنت[١٦٢], مثل قاعدة عدم قبول البريد الالكتروني الغير مرغوب فيه وهو ما اخذت به محكمة (اونتاريو) الكندية , حيث اعتبرت هذا السلوك عمل غير قانوني وفقاً للقانون الكندي , اضافة الى ان القول بانه نظام قانوني كامل هو الاخر لا يمكن الاخذ به على اطلاقه لان هذا القانون لايزال في طور التكوين[١٦٣], اضافة الى الكثير من الثغرات التي تعتريه , كما انه لايزال غير قادر على احتواء الكثير من المسائل القانونية , كما في حالة تحديد اهلية الاطراف المتعاملة عبر الانترنت , وكذلك فيما يخص صحة التراضي , وكيفية تقدير التعويض المستحق عن الضرر الذي يسببه الغير اضافة الى كيفية تحديد نظام التقادم المسقط وغيرها من المسائل القانونية , اضافة

الى ان القانون المادي الالكتروني لا يشمل كل فروع القانون مثل قانون الاستهلاك والقانون المالي وغيرها من القوانين حالياً[١٦٤], وبالتالي فأن الرجوع الى القوانين الوضعية في الدول المختلفة واعمال قواعد الاسناد بعد اجراء التحويرات اللازمة وموائمتها مع الواقع الجديد , امر لابد منه لغرض سد النقص الحاصل في هذه القواعد اضافة الى الاشارة الى امكانية تعايش منهج القواعد المادية مع منهج تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص (قواعد الاسناد) واكمال كل منهما لدور الآخر.[١٦٥]

الخاتمة

من خلال ما تقدم نخلص الى جملة نتائج نطرح على وفقها عدة توصيات وعلى النحو الاتي:

النتائـــــــــــج

١.هناك العديد من العقبات القانونية في مواجهة الاتفاقيات الدولية لاستخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام المعاملات ومن أهم تلك العقبات القانونية ، اشتراط الكتابة التقليدية في بعض الاتفاقيات الدولية وعدم قبول الكتابة الإلكترونية اضافة الى مشكلة التسليم عبر شبكة الانترنت , ولتجاوز هذه العقبات أمام استخدام الوسائل الإلكترونية , تم اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

٢.وفيما يتعلق بمدى ملاءمة قواعد الإسناد للانطباق على المعاملات الإلكترونية ، اتضح أن معظم قواعد الإسناد التقليدية يمكن انطباقها ، باستثناء بعض قواعد الإسناد، مثل قاعدة الإسناد المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية ، وقواعد الإسناد التي تشير إلى تطبيق قانون المكان الذي يوجد فيه المركز الرئيسي للأشخاص الاعتبارية , وقواعد الاسناد التي تشير الى مكان التنفيذ عندما يكون محل العقد معلومات او خدمات , وإذا كانت قواعد الاسناد الشخصية والاقليمية قادرة على حل مشكلات تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية فإن اعتمادها على التركيز والتوطين الجغرافي والمكاني يجعل تطبيقها على العقود الإلكترونية , أمراً يثير العديد من الصعوبات حيث أن العالم الذى تقوم فيه عقود التجارة الإلكترونية عالماً ينفر من الحدود والتوطن الجغرافي , وهذا ما ادى الى عجز بعض معايير وضوابط القانون الدولي الخاص(قواعد الاسناد) التي تحكم عقود التجارة الدولية , عن تغطية معاملات التجارة الإلكترونية في حالة نشوب النزاع حول القانون الواجب التطبيق في عقودها لاختلاف طبيعة الوسط المطبق في كلاً منهما.

٣.أن الحلول المطروحة لحل مشكلة تنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية هو المنهج المادي الالكتروني , والذي انقسم الفقه بشأنه الى اتجاهين , الأول: يذهب أنصاره إلى رفض فكرة الوجود الخاص للقواعد المادية الإلكترونية وإنكار كل استقلال لها عن القواعد المادية التقليدية ، فهي تقع ضمن نطاق هذه الأخيرة و ما هي إلا امتداد لها , اما الاتجاه الثاني فانه يؤمن بالوجود الخاص للقواعد المادية الإلكترونية ، ويؤكد استقلالها عن القواعد المادية التقليدية ، لكونها قواعد نشأت

في بيئة إلكترونية وفي أحضان التجارة الالكترونية , الا ان هذ التباين لم يصل الى حد انكار صفة النظام القانوني عنها , على الرغم من انها لم تسلم من سهام النقد التي صوبت اليها بسبب قصورها وعدم قدرتها على الاحاطة الكاملة بكل النزاعات التي تثور في مجال التجارة الالكترونية كما في اهلية التعاقد وغيرها , مما يعني ان الحاجة الى منهج التنازع في القانون الدولي الخاص ستظل قائمة لسد النقص والقصور اعلاه , مع امكانية تطويع بعض قواعد الاسناد لإعمالها في عقود التجارة الالكترونية كما في حالة الاعتماد على الموطن الحكمي(موطن الاعمال او مقر العمل الرئيسي في حالة تعدد مقار الاعمال ومقر الاقامة الدائم في حالة غياب مقار الاعمال) بدلاً من الموطن الحقيقي , وهذا ما يؤكد حقيقة التعايش بين المنهجين وامكانية ان يكمل احداهما الاخر.

التوصيـــــــــات

لقد كانت جهود المشرع العراقي واضحة في تشريع قانون المعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ ونلتمس المشرع ملاحقته بالتعديل من خلال:

١. تحديد الجزاءات المترتبة على مخالفه هذا القانون .

٢. تحديد الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية من اجل تحديد الاختصاص التشريعي.

٣. الاشارة الى القانون الواجب التطبيق بالاستناد الى كلا المنهجين المادي والتنازعي بما يؤمن الحماية اللازمة للتجارة الالكترونية وحماية المستهلك الالكتروني كونه الطرف الضعيف دوما في هذه العقود, مع الاخذ بنظر الاعتبار طبيعة المجتمع العراقي والعربي وما تشكله قواعد السلوك والعادات والاعراف للمجتمع الالكتروني من قواعد مادية .

الهوامـــــــــــش

1 .د. صالح جاد المنزلاوي , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية , دار الجامعة الجديـدة , الاسكندرية , ٢٠٠٨, ص١٠٩.

2.الى نفس المعنى ذهب د. احمد عبد الكريم سلامة, نظرية العقد الدولي الطليق , دار النهضة العربيـة , ج٢, ١٩٨٩, ص٢٦٧.

3.د. احمد عبد الحميد عشوش، , تنازع مناهج تنازع القوانين , مؤسسة شباب الجامعة , الاسكندرية , ص١٦-١٨.

4.د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٣٠٨(انظر الهامش رقم١١٠).

5. د. احمد عبد الكريم سلامة, الانترنت والقانون الدولي الخاص , فراق ام تلاقي ص١٦.

6.نفس المصدر مصدر , ص٢٣.

٧. د . احمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق, مصدر سابق , ص٢٦٢-٢٦٤.

8.انظر د. احمد عبد الكريم سلامة , العقد الدولي الطليق , ص٢٨١-٢٨٣.

9.نفس المصدر ، ص٢٨٣-٢٨٦, وهو يشير كذلك الى تعريفات اخرى لكل من (Ph. Francescakis, B. Goldman, M. Virally) حيث عرفه (M. Virally) بانه (قـانون يخلقـه الافـراد ليحكـــــم روابـط القانـــــون الخاص) مع التأكيد ان هذا التعريـف يتنـاول فقط قواعـد (Lexmercatoria).

10 .د. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ,دار الفكر الجامعي , الاسكندرية ,٢٠٠١م , ص٦٩٥ وما بعدها.

11 .د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع , مكتبة الجلاء الجديدة, المنصورة , ط١ ص٢٦٩-٢٧٤.

١٢ .د. احمد عبد الكريم سلامة –القانون الدولي الخاص النوعي الالكتروني السياحي البيئي, دار النهضة العربية , القاهرة , ط١, ص٤٨ .

13. MONNET (J.), La lex élctronica. 15 septembre 1998., p. 26.
متاح على الموقع الالكتروني:.http://perso.wanadoo.fr/mam/these4. Htm

14 .د. صالح المنزلاوي ، القانون الواجب على عقود التجارة الالكترونية ، دار الجامعـة الجديـدة للنـشر , الاسكندرية , ٢٠٠٨, ص ١١٠.

15. د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص ١١١-١١٢, انظر كذلك احمد عبد الكريم سلامة, القانون الدولي الخاص النوعي , مصدر سابق , ص١٦.

16 .د. حمودي محمد ناصر. العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت, دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , ط١ / ٢٠١٢م , ص٤٩٦.

17 . deby(gerard)le rol de la regl de conflit dans le reglment des rapports internationaux,these paris 1937.

مشار اليه لدى د .هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, مصدر سابق, ص٦٩٥.

18 .د. احمد عبد الكريم سلامة , علم قاعدة التنازع , مصدر سابق ,ص٢٥٣ وما يليها.

19 . د. احمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص , دار النهضة العربية , القاهرة ، ص١٣.

20 . انظر قوانين التجارة الخارجية في تشيكوسلوفاكيا لعام ١٩٦٣، والمانيا الديمقراطية السابقة لعام ١٩٧٦ والصين الشعبية لعام ١٩٨٥ , المصدر نفسه ، ص٨١-٨٣.

21 . د٠احمد سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٣٦١-٣٦٢، وهو يوضح اوجه الاختلاف بين النوعين من القواعد من حيث نطاق التطبيق، والهدف، والاسلوب الفني، معتبرا ان اتفاق الاطراف يعد الوسيلة الفنية لتطبيق القواعد المادية خلافا للقوانين ذات التطبيق الضروري التي تطبق بقوة سريانها الذاتية.

22 .د. احمد عبد الكريم سلامه ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص , المصدر السابق، ص٣٨-٤٠.

23 .د. احمد عبد الكريم سلامة, نظرية العقد الدولي الطليق , مصدر سابق , ص٥٨٢.

24 .د. صالح المنزلاوي , مصدر سابق , ص٢٩٧.

25 . Leboulanger (M), Observations Concerning The So – Called Rule Of "Public Policy" Applied To Currency Guarantee Clauses In International Contracts, Clunet, 1963 – I, P.81.

26 . Goldman (B), Les Conflits de lois Dans L'arbitrage int. de droit prive, R.C.A.D.I., 1963 II, P.441.

27 . هشام علي صادق , المصدر السابق, ص٣٢٣.

28 . Goldman (B), La Lex Mercartoria, Op.Cit., No. 40-41, P.498.

29 . د. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان، ١٩٩٧، ص١٦٢-١٦٣، والنزاع ناشئ عن عقد مبرم بين احدى الشركات العامة وبين شركة سوشاتا سنكما الفرنسية ، وقد رفضت المحاكم الفرنسية الدفع بالحصانة لان الشركة تعدَ متنازلة عنها , بإبرامها عقد يتضمن "شرط تحكيم" واتباعها اسلوب العقود التجارية وليس العقود الادارية.

30.د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٢١٢.

31.د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق , منشأة المعارف ,الاسكندرية ,٢٠٠٠م. ، ص٣٧٧-٣٧٨.

32. وقد يدعم هذا الحل ما تقرره بعض الاتفاقيات من وجوب تطبيق المحكم للقانون الذي تشير اليه قاعدة التنازع التي يراها مناسبة على وفق الظروف "كما هو حال اتفاقية جنيف في م٧" او القانون الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع "اتفاقية عمان العربية لعام ١٩٨٧ م١/٢١" ومراعاة شروط العقد وعادات التجارة وفي كلتا الحالتين، اذ مادام الرجوع للقانون الواجب التطبيق بقاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة هو رجوع يكمل ما نقص في القواعد العابرة للدول فيفترض بانه لا يتم الا عند عدم وجود حل فيها.

33.د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٢٠٨.

34 .د. احمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص النوعي , مصدر سابق ,ص٦١.

35. اشار له د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، مصدر سابق، ص٣٠٢, كذلك انظر د. ابراهيم سعيد زمزم , مصدر سابق,ص٢٦٨.

36 .د. احمد عبد الكريم سلامة, القانون الدولي الخاص النوعي, مصدر سابق , ص٥٥-٥٨.

37 . نفس المصدر , ص٥٨.

38 .د. محمد الحسني , مصدر سابق, ص١٨٩.

39. د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص١٨٤ , كذلك انظر د. احمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص النوعي , ص٥٩.

40 . الدكتور رياض القيسي، علم اصول القانون، بيت الحكمة، بغداد ٢٠٠٢، ص٢٧٩.

٤١ .د . احمد عبد الكريم سلامة – القانون الدولي الخاص النوعي , مصدر سابق- ص٥٩-٦١.كذلك مؤلفه . الانترنت والقانون الدولي الخاص ,مصدرسابق,ص٢٣.

42 .د . احمد عبد الكريم سلامة , الانترنت والقانون الدولي الخاص, مصدر سابق, ص٦٠.

43.د. محمد السيد عرفة , التجارة الدولية الالكترونية عبر الانترنت , مفهومها والقواعد القانونية التي تحكمها ومدى حجية المخرجات في الاثبات , بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر, للفترة من ١-٣ مايو ٢٠٠٠م, المجلد الاول, ط٣ ,٢٠٠٤ ,ص٢٩١. متاح على الموقع الالكتروني: www.isegs.com/forum/showthread.php?t=3537

44. DRAETTA (U.)internet et commerce electronique en *droit* international des affaires. BRUYLANT.2003.p.67. مشار اليه لدى د. صالح المنزلاوي, مصدر سابق ,ص١١٤.

45. . GAUTRAIS(V.) LEFEVRE(G.)benyekhlef(K.)Op.cit.no5.p.545 مشار اليه لدى د. صالح المنزلاوي , مصدر سابق , ص١١٤.

46.وهذا القانون لا يعدو ان يكون تقنيناً دولياً غير ملزم , على خلاف القوانين الوطنية التي تصدر المشرع الوطني او تتبع من اتفاقية دولية وهو ما يطلق عليه(HARD LOW) راجع د. ابراهيم القصبي , مصدر سابق, ص١٦٢٣.

47.د. محمد السيد عرفة , مصدر سابق , ص٢٩٢.

48 . GOLDMAN (B.) LAX mercatoria dans les contrats et larbitrage International:realita realite et perspectives,1997,g.d.i,p.475,478. مشار اليه لدى د. صالح المنزلاوي , مصدر سابق , ص١١٦.

49 . GAUTRAIS(V.) LEFEVRE(G.)benyekhlef(K.)Op.cit.no5.p559 . مشار اليه لدى د. صالح المنزلاوي , مصدر سابق , ص١١٧.

50.د. احمد عبد الحميد عشوش , مصدر سابق , ص٢١ .

٥١. ولعل من ابرز التشريعات الوطنية التي عملت على تنظيم عقود التجارة الدولية , قانون التجارة الدولية التشيكوسلوفاكي النافذ رقم(١٠١ لسنة ١٩٦٣) وقانون العقود الاقتصادية الدولية لألمانيا الديمقراطية سابقاً لسنة

١٩٧٦، وكذلك قانون المعاملات التجارية الدولية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣, وعلى الرغم من ان التشريعات المذكورة قد سَـنّت قوانينها كما تُسن القوانين الوطنية الداخلية إلا ان هذا لا يغير من حقيقة ان وجودها كان لتنظيم عقود التجارة الدولية فقط. انظر: د. احمد عبد الحميد عشوش , مصدر سابق , ص٩.

52.محمد محمد ياقوت , مصدر سابق , ص ٢٩٧

53.لمزيد من التفاصيل ينظر : نضال سليم برهم , احكام عقود التجارة الالكترونية , دار الثقافة للنشر, عمـــان ط٢, ٢٠١٠, ص٣٥.

54. منشور في جريدة الوقائع العراقية , العدد رقم ٤٢٥٦ في ١١/٥/ ٢٠١٢ كـذلك متـاح علـى الموقـع الالكتروني: http://www.dorar-aliraq.net/threads/79673-%D9%82

٥٥. فيما يخص التشريعات الاجنبية تنظر الوثيقة .A/CN.9/wg.IV/wp.95 متاحة على الموقع الالكتروني: ttps://cms.unov.org/documentrepositoryindexer/GetDocInOriginalForm.

ولتفاصيل اكثر عن التشريعات العربية تنظر المواقع الاتية:

http://www.gn 4me.com/etesalat/article.jsp?at-id=3402

http://www.gn 4me.com/etesalat/articl.jsp?at-id=5244

http://www.gn 4me.com/etesalat/article.jsp?at-id=3449

http://www.gn4me.com/etesalat/article.jsp?at-id=5697

٥٦. الى نفس المعنى انظر. د. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق , مصدر سابق, ص٧١٢.

٥٧. نفس المصدر, ص٥٣٨.

٥٨. ينظر د. أحمد عبد الحميد عشوش, المصدر السابق , ص١٩.

59.د. عبد الفتاح بيومي حجازي , التجارة الالكترونية في القانون العربي النموذجي , مصدر سابق , ص٣١٢.

60.امير فرج يوسف , مصدر سابق ,ص١٩٦-١٩٧.

61. سمير تناغو رسالة دكتوراه بعنوان del obligation judiciaire مقدمة الى جامعة بـــاريس , ١٩٦٤, ص٣٤٦, د. هشام علي صادق , مصدر سابق , ص٧١٤.

62.د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ٣٠٠.

63. فبينما تمخضت أحكام المادتين ٨٣ و ١٠٠٤ من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي خلال فترة طويلة عن تحريم التحكيم بالنسبة للدولة الفرنسية.

64.د. هشام علي صادق , مصدر سابق , ص٧١٦.

65. د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ٣٠١.

66. من بينهم الأستاذ هشام علي صادق.

67. ينظر في تفصيل هذا الحكم : هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقـود التجـارة الدوليـة ،المرجع السابق ، ص ٧١٧

68. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ، مصدر سابق ، ص ٧٢٢.

69. د. محمود محمد ياقوت ، مصدر لسابق ، ص ٣٠٣.

70 . كذلك يرى بعض الفقه أن القواعد المادية التي يصدرها القضاء تظل عاجزة عن تحقيق أحد أهداف وطموحات أنصار هذا المنهج، ألا وهو خلق قانون موضوعي (مادي) عام ، والتي تنجم من كون القاضي مقيداً في سبيل إعدادها بالظروف الخاصة بدولته ووفقا لما تقضى به مصالحها . ينظر :أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص ٢٤.

71 .د. عزت محمد علي البحيري , ص١٦٧٠ وما بعدها , كذلك انظر: د. عصام الدين القصبي , مصدر سابق ,ص١٦٢٥ وما بعدها, بحوث مقدمة الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون , دبي, ٢٠٠٣.

72 . لمزيد من التفاصيل عن القاضي الافتراضي , انظر الموقع الالكتروني:

www.umass.edu/dispute/ncair/gellman.htm

73 .د. ابو العلا ابو النمر, المشكلات العملية والقانونية في التجارة الالكترونية , مصدر سابق ,ص٣٩.

74.لقد ظهرت الكثير من مراكز التحكيم والوساطة لحل المنازعات عبر الانترنت , منها مركز رابطة المحكمين الامريكيين , وموقعه على شبكة الانترنت باسم: www.adr.org

75.د. خالد ممدوح إبراهيم,. ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط ٠١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية , ٢٠٠٨، ص٢٤٨- ٢٤٩.

76 .هبة ثامر محمود , عقود التجارة الالكترونية , مكتبة السنهوري, بغداد ,٢٠١١, ص٣٣٥.

77 .د. عادل ابو هشيمة حوته , عقود خدمات المعلومات الإكترونية في القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية, الطبعة الثانية,٢٠٠٥., ص١٤٥وما بعدها.

78.د. خالد ممدوح إبراهيم, التحكيم الإلكتروني , مصدر سابق ، ص ٢٥٣.

79.د. صالح المنزلاوي , مصدر سابق , ص١٨١.

٨٠.د. أحمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص النوعي , مصدر سابق , ص٥٢.

81.لمزيد من التفاصيل راجع الموقع الالكتروني:

http:/www./musie.phlab.missouri.edu./policy/policy/copicy/copies/.

82.لمزيد من التفاصيل راجع الموقع الالكتروني:

http://www ..org/trfn/22jun95.html.

83.د. احمد عبد الكريم سلامة , الانترنت والقانون الدولي الخاص , مصدر سابق , ص٨٥.

84.نفس المصدر , ص١٨.

85 .د. احمد عشعوش , تنازع القوانين في مجال الاهلية , دراسة مقارنة , مؤسسة شباب الجامعة , الاسكندرية , ١٩٨٩ ,ص٢٤.

٨٦. ولابد من الاشارة الى بعضٍ من هذه الاتفاقيات كما في , اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل الدولي المتعدد الوسائط للبضائع لعام ١٩٨٠، واتفاقية عقود النقل الدولي للمسافرين والامتعة بالطرق البرية لعام ١٩٧٣, واتفاقية عقود نقل البضائع الدولي الطرقي لعام ١٩٥٦ وبروتوكولها لعام ١٩٧٨، واتفاقية الامم المتحدة بشأن السفاتج(الكمبيالات)الدولية والسندات الاذنية الدولية لعام ١٩٨٨، واتفاقية الامم المتحدة بشأن مسؤولية متعهدي محطات النقل الطرفية في التجارة الدولية في

عام١٩٩١، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الائتمان الضامنة في عام ١٩٩٥، واتفاقية الامم المتحدة للنقل البحري للبضائع لعام ١٩٧٨، والاتفاقية الدولية للامتيازات والرهون البحرية لعام ١٩٩٣، واتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وأنفاذها لعام ١٩٥٨، والاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١يعمل الفريق المعني بالتجارة الإلكترونية حالياً على ازالة العقبات القانونية امام التجارة الإلكترونية من خلال الصكوك الدولية سواء عن طريق تطبيق ومواءمة منهج النظائر الوظيفية أم بوضع أطار قانوني جديد وشامل لبعض الصكوك.

متاح على الموقع الالكتروني: http://www.uncitral.org/stable/acn9-527-a.pdf.

٨٧. يوجد حالياً مشروع لاتفاقية دولية حول العقود الدولية المبرمة أو المثبتة برسائل بيانات.

88 . Les echangs de donnees infomatisees ,internet et le commerce kessed jian.),electroniquep14

متاح على الموقع الالكتروني: http://www.hcch.net/doc/19en-pd7f.doc,2002

89 .نصوص هذه الاتفاقية متاحة على الموقع الالكتروني:

http://www.droit tecnologie.org/fr/legislations/reflemen l competence judiciairezzl200.

90 . د. عادل ابو هشيمة محمود حوته , مصدر سابق , ص١٤٤, نصوص هذه الاتفاقية متاحة على الموقع الالكتروني: http:www.wipo.org.

91 . الخطاب الالكتروني هو بيان او اشعار او طلب او اعلان او ايجاب ام قبول , يتم بواسطة الكترونية , بصرية , مغناطيسية , او اية وسيلة مشابهة في سياق تكوين او تنفيذ العقد.

92 . نص المادة ١:

١-تنطبق هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد بين أطراف تقع مقار عملها في دول مختلفة.

٢- يصرف النظر عن وقوع مقار عمل الأطراف في دول مختلفة عندما لا تتبين هذه الحقيقة من العقد أو من أي تعاملات بين الأطراف أو من المعلومات التي تفصح عنها الأطراف في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

٣-لا تؤخذ جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في الاعتبار لدى تقرير انطباق هذه الاتفاقية.

93 . يلاحظ المذكرة الايضاحية للاتفاقية , ص٣٢.

94 . لابد من الاشارة الى ان هذه الاتفاقية حسمت موضوع المستهلك بخلاف اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي التي ذهبت في المادة ٢/ا الى عدم انطباقها على بيع البضائع التي تُشترى للاستعمال الشخصي او العائلي او المنزلي , الا اذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد او وقت انعقاده , ولا يفترض فيه ان يعلم ان البضائع اشتريت لاستعمالها في اية وجه من الوجوه المذكورة.

95 .د. احمد الهواري , مصدر سابق , ص١٦٦٣. كذلك عزت البحيري , مصدر سابق , ص١٦٧٦.

96.صدر هذا القانون في ١٢ يوليو ١٩٩٦م , نص القانون متاح باللغة العربية على الموقع الالكتروني:
http://www.uncitral. org/pdf./arabic/texts/electcom/ml-econmm-a_ebook.pdf.

97.صدر هذا القانون في ٢٥ يوليو ٢٠٠١م , , نص القانون متاح باللغة العربية على الموقع الالكتروني:
http://www.uncitral. org/pdf./arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf.

٩٨. European directive 2000/31/EC of the European parliament and of council,8june 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce ,In the Internet market official Journal.

متاح على الموقع الالكتروني:
http://www.netlaw.pl/e-commerce/ecommerce-directive 2000-en-html.

99 . وتسوية المنازعات بالطريق البديل للقضاء تعرف في اللغة الإنجليزية بـــ Alternative Dispute Resolution (ADR).

100 . راجع الحيثية رقم ٥٢ من التوجيه الأوروبي رقم ٢٠٠٠/٣١ بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات خصوصا التجارة الإلكترونية.

101 .لمزيد من التفاصيل انظر:
La recommandation 98/257/CE du 30 mars 1998 Concernant les principes litiges de consommation,applicables aux organes responsables pour la résolution extra judiciaire des

متاح على الموقع الالكتروني:
http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/ developments/acce-just/acce-just02-en.html

102 . هذه الشبكة يطلق عليها le réseau extra judiciaire européen ويطلق عليها اختـــصاراً (EEJ-net) أو (réseau EJE). راجع في ذلك: Fiche juridique : Modes alternatifs de règlement des litiges (ADR), , p.2; JACQUOT (F.)et WEITZEL (B.), Le règlement des litiges, in, Le guide Juridique du Commerçant électronique, p.207 متاح على الموقع الالكتروني: http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide-chap11. Pdf,

103 . لتفاصيل اكثر راجع الموقع الالكتروني:
http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/consumer/adr.htm.

104 . أنظر،
FENOUIHET (T.), Introduction aux activités de résolution en ligne de litiges de la société de l"information dans le cadre européen,
, مشار اليه لدى د. صالح المنزلاوي , ص١٦١ , ومتاح على الموقع الالكتروني:
http://droit_internet_2001 univ_paris1.fr/pdf/ vf/fenoulhet_vf.pdf, p.3.

La recommandation 2001/310/ CE du 4 avril 2001 relative aux principes . 105 applicables aux organes extra –judiciaires.

متـــــــــــــاح علـــــــــــــى الموقـــــــــــــع الالكترونـــــــــــــي:

http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just12en. pdf, .ou, J.O.C.E, no l109 du 19 avril 2001, p.56

106 .د. احمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص النوعي , مصدر سابق ,ص٥٤.

١٠٧.وهي منظمة غير حكومية تعمل من أجل المساهمة في توحيد القانون البحري.

١٠٨. يمكن مراجعة نصوص القوانين النموذجية المذكورة على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

109 . نص القانون متاح على الموقع الالكتروني:

http://www.lasportal.org/wps/wcm/connect/LAS/las/las_ar_aln/model_arab_laws

١١٠.تم اعتماده في مكتب غرفة التجارة والصناعة في باريس٣٠/نيسان/١٩٩٨ومن اللجنة القانونية للجمعيـــة الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في٤/أيار/١٩٩٨, لمزيد من التفاصيل: يراجع د. اسامة ابو الحـــسن مجاهد , مصدر سابق , ص٩٩.

١١١.يقصد بالقانون الفرنسي معناه الواسع أي ما يصدر عن المشرع الفرنسي وما يصدر عن المشرع الاوربي.

١١٢. د. اسامه ابو الحسن مجاهد , خصوصية التعاقد عبر الانترنت , دار النهضة العربية , القـــاهرة ٢٠٠٣ , ص٢٨-٢٩.ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي اجاز في قانون التجارة العمل بالعقود النموذجية في باب البيوع الدولية وفقاً للمادة ٢٩٧ بالقول (يجوز للمتعاقدين فيما يتعلق بالشروط التفصيلية للبيع ان يحيلا الى احد عقود البيع النموذجية).

١١٣.د. أسامة أبو الحسن مجاهد , لمصدر السابق , ص٥٥.

١١٤.د. الياس ناصيف ,مصدر سابق ,ص٤٧-٤٨.

١١٥.نفس المصدر , ص٥١.

١١٦.د. أحمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص النوعي ,مصدر سابق , ص٥٠.

١١٧.د. أسامة أبو الحسن مجاهد , مصدر السابق , ص٦٢.

١١٨.نفس المصدر , ص٦٢-٦٣.

119 .د. محمد احمد علي المحاسنة , مصدر سابق , ص٢٠٠.

١٢٠. د حفيظة السيد الحداد-العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية-ط١-دار النهضة العربية –القاهرة –١٩٩٦-ص٧٤٣-٧٤٤

١٢١. A borderless world :realizing the potential for global electronic commerce ,prepared for the ministerial conference of the organization for OECD ,ottawa,canada,october7-9,1998, available at.

متاح على الموقع الالكتروني : http://www.ilpf.org/events/selfreg

١٢٢. د .حفيظة السيد الحداد , مصدر سابق , ص٧٤٥. وكذلك د. احمد عبد الحميد عشوش , مصدر سابق, ص٣٧.

123.د. احمد الهواري , عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص , مؤتمر المصارف , المجلد الاول , ص١٦٦٣.

١٢٤. د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال, مصدر سابق, ص٢٦٩. وقد أوضحت المادة ٢٩٥ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة١٩٨٤ في باب البيوع الدولية ان (تسري الاحكام العامة الواردة في هـذا الفصل على البيوع الدولية المنصوص عليها في هذا الباب.وللطرفين ان يتفقا على احكام غيرها اذا اقتضت ذلك ظروفهما الخاصة او متطلبات التعامل الدولي).

١٢٥. من هذه المنظمات لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري , منظمة الامم المتحدة للتجارة والتنمية(الاونكتاد),اللجنة الاقتصادية الأوربية التابعة للأمم المتحدة , منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية , المنظمة الدولية لتوحيد المقاييس , مجلس التعاون الجمركي , لجنة الاتحادات الاوربية , منظمة تبادل البيانات بواسطة الارسال عن بعد في اوربا , لجنة التامين الاوربية .لمزيد من التفاصيل انظر:

Conference des nations unies sur le commerce et le developpement.op.cit.n.26.p.10 .مشار اليه لدى د. صالح المنزلاوي , مصدر سابق , ص١٦٨.

126 د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي, مصدر سابق,ص٢٦.

127.لمزيد من التفاصيل ينظر:

centre for Trade Facilitation and Electronic Business(UN/CEFACT)

متاح على الموقع الالكتروني: http://www.unece.org/cefact/about.htm

.١٢٨ http://www.unece.org/cefact/wg/lwg/download/01lg04.doc

ECE/trade/277.available at

١٢٩. لمزيد من التفاصيل ينظر: د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي, مصدر سابق,ص٢٧.

130 .د. احمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص فراق ام تلاقي , مصدر سابق , ص١٧-١٨.

١٣١. ينظر د. طرح البحور علي حسن فرج- المصدر السابق-ص١٠٩.

132 .د. احمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي الطليق , مصدر سابق , ص٣٣٠.

133 .د. احمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص النوعي , مصدر سابق , ص٦٠-٦١.

134 .د. عادل ابو هشيمة حوته , مصدر سابق , ص١٤٩.

135 .د. احمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص النوعي , مصدر سابق , ص ٦٣.

136 .د. عادل ابو هشيمة حوته , مصدر سابق , ص١٥١.

137 .د. حمودي محمد الناصر , مصدر سابق , ص٤٩٩, كذلك د. صالح المنزلاوي, مصدر سابق ,ص٢٠٥.

138 .د. احمد عبد الكريم سلامة , الانترنت والقانون الدولي الخاص, فراق ام تلاقي ,مصدر سابق ,ص٢٦.

139 .د. عادل ابو هشيمة حوته , مصدر سابق , ص١٥٣.

140.د. احمد الهواري , مصدر سابق , ص١٦٦٢.

141.د. صالح جاد المنزلاوي , مصدر سابق , ص١٩٦.

142.د. صالح جاد المنزلاوي , مصدر سابق , ص٢٠٦.

143.د. احمد عبد الكريم سلامة , الانترنت والقانون الدولي الخاص, فراق ام تلاقي ,مصدر سابق ,ص٢١.

144 .د. هشام علي صادق , مصدر سابق , ص٧٥٠.

145. صالح المنزلاوي , مصدر سابق , ص٢٤٢.

146 . اتفاقية فينا ١٩٦٩(المادة ٢٦: العقد شريعة المتعاقدين)كل معاهدة نافذة ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية.

(المادة ٢٧: القانون الداخلي واحترام المعاهدات) لا يجوز لطرف في معاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلي كمبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة، ولا تخل هذه القاعدة بالمادة ٤٦.

147 .لتفاصيل اكثر انظر الموقع الالكتروني:

http://www.iccwbo.org/uploadedfiles/court/arbitration/other/rules_arb_english Pdf.

148 .د. صالح المنزلاوي , مصدر سابق , ص٢٤٣.مشار اليه لدى :

Lloyd(L.)On-line contracting –A common law perspective,in, les premieres internationals du commerce electronique,Op.cit..p.185.

149 .د. صلاح علي حسن , مصدر سابق , ص٢٤٤.

150 .د. صالح المنزلاوي , مصدر سابق , ص٢٤٥.

151 .د. ابراهيم زمزم , مصدر سابق , ص٣٠٧

152 .انظر: GAUTRAIS(V.)LEFEBVRE(G.) et BENYEKHLEF(K.).OP.CIT.P.651.

مشار اليه لدى د. صالح المنزلاوي , مصدر سابق ,ص٢٤٦.

153 .د. محمد احمد علي المحاسنة , مصدر سابق .ص١٨٤.

154 .د. صالح المنزلاوي , مصدر سابق , ص٢٣٨, كذلك متاح على الموقع الالكتروني:

. http://www.afri-ct.org/La-coutume-internationale-sa-vie?lang=f

تاريخ الزيارة في ٢٠١٤/٨/١

155. د. صالح المنزلاوي , مصدر سابق , ص٢٤٩.

156 .د. عز الدين عبد الله , مصدر سابق , الجزء الثاني , ص٧٣٥.

157.د. صلاح علي حسن ,دار النهضة العربية , القاهرة , ط١ ٢٠١٢ , ص٢٦٠-٢٦١.

158 .عادل حماد ابو عزة , التحكيم الالكتروني في منازعات المعاملات الالكترونية , بحث منشور على الموقع الالكتروني:

www. Al gazirah.com/digimag/30042006/hasepat3.htm.accessed agu.10.2007.

159 . هيثم عبد الرحمن البقلي, التحكيم الالكتروني كأحد وسائل تسويه المنازعات , بحث منشور على الموقع الالكتروني :

http://www.kenanaonline.com/blog/76756/page/3

تاريخ الزيارة في٢٠١٤/٨/١

160 . . منظمة الايكان (هي منظمة لتحديد اسماء الدومين والارقام والاسماء التجارية عبر الانترنت) لمزيد من التفاصيل : راجع , د. عمر محمد بن يونس. وكذلك الموقع الالكتروني: http://www.icann.org

161 . منظمة الايكان (هي منظمة لتحديد اسماء الدومين والارقام والاسماء التجارية عبر الانترنت) لمزيد من التفاصيل : راجع , د. عمر محمد بن يونس. وكذلك الموقع الالكتروني: http://www.icann.org

162 .لمزيد من التفاصيل راجع ص ٢٠-٢١ من هذا البحث.

163 .د. احمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص٦٥.

164 .د. عادل ابو هشيمة حوته , مصدر سابق , ص١٥٣.

165 .د. احمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي الطليق , مصدر سابق , ص٣٣٠.

المصادر

١. د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع(اصولا ومنهجا)مكتبة الجلاء الجديدة ط١.

٢. د. محمد احمد علي المحاسنة, تنازع القوانين في العقود الالكترونية, دار الحامد للنشر والتوزيع , عمان , ط١, ٢٠١٣.

٣. د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي , القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية , دراسة مقارنة دار النهضة العربية, القاهرة , سنة الطبع٢٠٠٩م.

٤. د. احمد الهواري , عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص , مؤتمر المصارف , المجلد الاول.

٥. د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مجال الاهلية , دراسة مقارنة , مؤسسة شباب الجامعة , الاسكندرية.

٦. د. احمد عبد الكريم سلامة , الانترنت والقانون الدولي الخاص , فراق ام تلاقي

٧. د. احمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام, دار النهضة العربية/القاهرة

٨. د. احمد عبد الكريم سلامة, نظرية قانون العقد الدولي , دار النهضة العربية ,الاسكندرية , الجزء الثاني,١٩٨٩.

٩. د. الياس ناصيف, العقود الدولية العقد الالكتروني في القانون المقارن, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, الطبعة الاولى ٢٠٠٩.

١٠. د. حفيظة السيد الحداد-العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية-ط١-دار النهضة العربية , القاهرة ١٩٩٦.

١١. د. حمودي محمد ناصر. العقد الالكتروني المبرم عبر الانترنت, دار الثقافة للنشر والتوزيع , ط١ / ٢٠١٢م.

١٢. د. صالح المنزلاوي , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ,دار الجامعة الجديدة للنشر , الاسكندرية , ٢٠٠٨.

١٣. د. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان، ١٩٩٧ .

١٤. د. عادل ابو هشيمة محمود حوته, عقود خدمات المعلومات الإكترونية في القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية, الطبعة الثانية,٢٠٠٥.

١٥. د. عبد الفتاح بيومي حجازي , التجارة الالكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكومبيوتر والانترنت, دار الكتب القانونية, مصر, سنة النشر ٢٠٠٧.

١٦. د. عزت محمد علي البحيري , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية , مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد للفترة من ١٠ الى ١٢ مايو ٢٠٠٣, الكتاب الاول .

١٧. د. عصام الدين القصبي, تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية, مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد للفترة من ١٠ الى ١٢ مايو ٢٠٠٣, الكتاب الاول .

١٨. د. محمد السيد عرفة , التجارة الدولية الالكترونية عبر الانترنت مفهومها , والقواعد القانونية التي تحكمها ومدى حجية المخرجات في الاثبات , بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر, للفترة من ١-٣ مايو ٢٠٠٠م, المجلد الاول,ط٣ ,٢٠٠٤.

١٩. د. محمود محمد ياقوت حرية المتعاقدين في اختيار العقد الدولي بين النظرية والتطبيق , منشأة المعارف ,الاسكندرية , ٢٠٠٠م.

٢٠. الدكتور رياض القيسي، علم اصول القانون، بيت الحكمة، بغداد ٢٠٠٢.

٢١. عوني محمد الفخري، التنظير القانوني الداعم للعولمة الاقتصادية الرأسمالية.

٢٢. كتاب التجارة الإلكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت –اتحاد المصارف العربية –٢٠٠٠.

٢٣. نضال سليم , احكام عقود التجارة الالكترونية , دار الثقافة للنشر ط٣ /٢٠١٠

٢٤. هشام علي صادق, القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, دار الفكر الجامعي ,الاسكندرية, ٢٠٠١.

٢٥. نافع بحر سلطان , تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية , رسالة ماجستير, جامعة بغداد.

٢٦. يونس عرب ، منازعات التجارة الإلكترونية ، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية الذي أقامته منظمة الإسكوا /الأمم المتحدة - الفترة الممتدة من ٠٨ الى١٠ تشرين الثاني ٢٠٠٠ ، بيروت لبنان , موضوع المداخلة متاح ايضاً على الموقع الالكتروني: www.arablaw.com

٢٧. Leboulanger (M), Observations Concerning The So – Called Rule Of "Public Policy" Applied To Currency Guarantee Clauses In International Contracts, Clunet, 1963 – I, P.81

٢٨. MONNET (J.), La lex élctronica. 15 septembre 1998

المواقع الالكترونية

1.http://www .scientology org/trfn/22jun95.html

2. ECE ,trading into the future , U .N ,New York and geneva , 2002

3. Goldman (B), La Lex Mercartoria,

4. http://droit_internet_2001univ_paris1.fr/pdf/ vf/fenoulhet_vf.

5. http://www.unece.org/cefact/wg/lwg/download

6. http:/www./musie.phlab.missouri.edu./policy/policy/copicy/copies/.

7. http://www.gn 4me.com/etesalat/articl.jsp?at-id=5244

8. http://www.gn 4me.com/etesalat/article.jsp?at-id=3402

9. http://www.gn 4me.com/etesalat/article.jsp?at-id=3449

10. http://www.gn4me.com/etesalat/article.jsp?at-id=5697

11. http://www.ilpf.org/events/selfreg

12.http://www.lasportal.org/wps/wcm/connect/LAS/las/las_ar_aln/model_arab_laws

13.http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/consumer/adr.htm

14.http://www.lasportal.org/wps/wcm/connect/LAS/las/las_ar_aln/model_arab_laws

15. http://www.unece.org/cefact/rec/rec31/rec31-2000-ootr 257.pdf .

16. http://www.unece.org/cefact/about.htm

17. http://www.unece.org/cefact/about.htm

18.http://www.unece.org/cefact/wg/lwg/download

19.http://www.lasportal.org/wps/wcm/connect/LAS/las/las_ar_aln/model_arab_law.

20.http://cms.unov.org/documentrepositoryindexer/GetDocInOriginalForm

21. http://perso.wanadoo.fr/mam/these4. Htm.

ABSTRACT

The global nature of the material and non-electronic commerce where there is a specific place can be applied its law, which requires a special law governed, in order to achieve legal security sought by contractors, and whether this is a national law? Or is it the law of a new world?, So the writers of private international law , went into two groups.

first team: he went to apply the rules of attribution of both types (traditional and flexible), which is the traditional way in solving the conflict of law , Because the communication electronic commerce transactions in many countries , which giving international character of its contracts, despite the difficulties and legal obstacles facing application, especially those that depend on spatial controls .

As for the other team, it calls for the application of the law is Unpatriotic, through the work to find the rules of material applied directly to resolve trade disputes mail, so based for two reasons, the first is the privacy of conflicts that characterize the e-commerce for another, and the second refers to the flaws that lead them to apply the rules.

As for the other team, it calls for the application of the law is a national, through the work to find the rules of material applied directly to resolve trade disputes mail, so based for two reasons, the first is the privacy of conflicts that characterize the e-commerce from the other, and the second refers to the flaws that lead them to apply the rules attribution in resolving the conflict of laws, prompting the national and international legislation and relevant international organizations in addition to the online community, to work on creating rules material for electronic commerce, so we will address research what the lex electronic rules for electronic commerce, and their characteristics and their sources, and then evaluated.

The lex electronic rules of electronic commerce

(Analytical study in light of the provisions of private international law)

A.P.Dr.Firas Kareem She'an

Taha Kahdem Hassan