القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الالكترونية

خليفي سمير

أستاذ مساعد قسـم (أ)

جامعة آكلي محند أولحاج- البويرة

مقدمة

يعتبر العقد التجاري الدولي من بين العقود التي تتميز بطبيعة خاصة تفرض ضرورة ظهورها وتطورها بعيدا عن القوانين الداخلية، مما يفرض البحث عن قواعد ملائمة تنظم في إطار حركة التجارة الدولية، هذا ما أدى إلى إحياء قانون التجار القديم(lex mercatoria) والذي يتكون من عادات وأعراف اعتاد التجار التعامل على أساسها في علاقاتهم التجارية، لتظهر بعد ذلك القواعد المادية (الموضوعية) التي نشأت من خلال التنظيمات والاتفاقيات الدولية، بالإضافة إلى المبادئ العامة المتفق عليها في كافة النظم القانونية[1].

جاءت القواعد الموضوعية لتلبية حاجة المعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للمعلومات، ولتنظيم القواعد المهنية التي تظهر نتيجة الممارسات التجارية

[1]-**BOUCHURBERG Lionel**, Internet et commerce électronique, site web, contrats, responsabilités, contentieux, 2ème édition, Dalloz, Paris, 2001, pp. 245-246.

- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 194.

الدولية الإلكترونية[1]، خاصة أمام ارتفاع حجم معاملات التجارة الإلكترونية وانتشارها المستمر عبر العالم نتيجة توسع استعمال الشبكة التقنية في إبرام العقود التجارية. لكن يتعين أن يكون واضحا؛ أن ازدهار التجارة الإلكترونية يتوقف على إيجاد مناخ قانوني يكفل الأمن لمعاملاتها ويحمي حقوق وحريات أطرافها[2]. وكان الحل لدى الفقه في القواعد الموضوعية.

لذا نجد غالبية الدارسين لموضوع التجارة الإلكترونية والباحثين لإطار قانوني يحمي تعاملاتها، يرون أن الحل والبديل القانوني – عن النصوص التقليدية– متوفر في القواعد التي يسنّها المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية أنفسهم، ويقبلونها كسلوك لهم في مجال البيئة الافتراضية، كونهم القادرين وحدهم على تسيير شؤونهم في ظل عجز الأدوات القانونية الوطنية منها والدولية لتنظيم وحكم العلاقات التجارية الإلكترونية[3]. ***من هذا المنطلق؛ نتساءل عن مفهوم***

---

[1] – **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، مصر، 2006، ص 233.

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

[2] – **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها، العقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية، أوراق ندوة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها، إعداد مجموعة من الخبراء، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2007، ص 154.

[3] – **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 199.

***القانون الموضوعي الالكتروني وإلى أي مدى يمكن اعتباره كتنظيم قانوني بديل يؤطر معاملات التجارة الالكترونية*؟.**

انطلاقا من هذا التساؤل، سنحاول أولا دراسة مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني– المتشكل من القواعد الموضوعية (المادية)– متطرقين لما أعطي له من تعريفات وما حدد له من خصائص، وكذا التعرض للمصادر التي استمد منها، وذلك في (**مبحث أول).** لنقوم بعد ذلك بدراسة مدى قدرة هذه القواعد المادية على تنظيم التجارة الإلكترونية بمختلف مجالاتها القانونية، وحل النزاعات القانونية الناتجة عنها، وبالتالي الاستغناء بصفة كاملة عن مناهج القانون الدولي الخاص، أي مدى تمتع هذا القانون بصفة النظام القانوني الذي يفرض الصفة الإلزامية على القواعد القانونية التي يحكمها ويقوم بتنظيمها وذلك في**(مبحث ثان).**

المبحث الأول: القانون الموضوعي الإلكتروني بديل منهج التنازع

اتفق أغلب الفقهاء – وبعدما أثبت فشل منهج تنازع القوانين المعتمد أساسا على ضوابط مادية– على إيجاد قواعد مادية مباشرة تهتم بشؤون التجارة الدولية، وهو الأمر نفسه بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية التي تبحث بدورها عن القواعد المادية التي تقدم الحل المباشر لكل الإشكالات القانونية التي تواجه قيامها في جميع مراحل سيرها[1]، وسنتطرق في هذا المجال إلى مفهوم القانون الموضوعي الالكتروني مصادره. متناولين تعريفه وخصائصه التي يتميز بها مقارنة بالقوانين

[1]– **محمد حسام محمود لطفي**، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة مصر ، 2002 ، ص 18.

التنظيمية الأخرى **(مطلب أول)**، وماهيـــــة أهم مصادره أو بالأحرى، مرجعيته**(مطلب ثان)**.

المطلب الأول: مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني وحدة التعامل ودولية المعاملة

ترجع بوادر نشأة القانون الموضوعي الإلكتروني إلى أواخر القرن التاسع عشر حينما ناشد فقهاء التجارة الدولية بضرورة إيجاد قواعد قانونية مشتركة بين الدول تكفل وحدة المعاملات التجارية الدولية، وأن تكون قواعد محددة المضمون والهدف وواضحة المعالم، كل ذلك لأجل كفالة وحدة التعامل والحفاظ على دولية المعاملة. ومع ظهور عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، تضاعفت الحاجة لمثل هذه القواعد الموضوعية؛ غير أنه هذه المرة، يتعين أن تكون قواعد تتميز بطبيعة خاصة تستمد من الطبيعة ذاتها التي تتميز بها الوسيلة المستعملة في إبرام هذه العقود. حينها بدا العالم يشهد نشأة القواد الموضوعية الإلكترونية المشكلة في مجملها للقانون الموضوعي الإلكتروني الذي نحن بصدد تحديد تعريفه وبيان خصائصه، في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: تعريف القانون الموضوعي الالكتروني

يتشكل القانون الموضوعي الإلكتروني؛ من مجموعة قواعد موضوعية تشكلت من جملة العادات والممارسات التي نشأت واستقرت في مجتمع التجار الذين تعودوا على إجراء معاملاتهم التجارية عبر الإنترنت، التي شكلت عالما

تجاريا إلكترونيا افتراضيا[1] ،هذه القواعد التي تعود المتعاملين عبر شبكة الإنترنت الاستنجاد بها في كل المسائل التنظيمية والإشكالات التي تطرأ على مراحل معاملاتهم التعاقدية في مثل هذا الفضاء الإلكتروني الافتراضي. ومع تطور استعمال هذه القواعد وتوسع انتشارها، تم قبولها والاعتراف بها من قبل القائمين على تنظيمها[2].

الفرع الثاني: خصائص القانون الموضوعي الالكتروني

تمتاز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية المشكلة للقانون الموضوعي الإلكتروني بنفس مميزات القواعد المادية للتجارة الدولية[3]، وتتمثل أهم هذه الخصائص فيما يلي:

أولا: قانون موضوعي طائفي نوعي

---

[1]– في المعنى، راجع: **صالح المنزلاوي**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 112.

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

[3]– **طالب حسن موسى**، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 31.

القانون الموضوعي الإلكتروني يتشكل من مجموعة قواعد تعتبر قواعد قانونية تتواجد في المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية، وهو المجتمع الذي يتميز بمعطيات خاصة به ومشكلات ذاتية، فهذه القواعد لا تخاطب جميع الأفراد بل هي مخصصة لفئة معينة من الأشخاص، وهم المستخدمون والمتعاملون عبر الشبكة الدولية للمعلومات[1].

ثانيا: قانون موضوعي تلقائي النشأة

يوصف هذا القانون بأنه تلقائي النشأة، ظهر من العادات والأعراف التجارية التي برزت وتطورت حسب تطور المعاملات الإلكترونية عبر الشبكة[2]، حيث تعود جذوره إلى القواعد القانونية النابعة من مجتمع ذاتي بطوائف مختلفة[3].

ثالثا: قانون موضوعي عبر الدول

صفة الدولية؛ صفة تستخلص من طبيعة المعاملات التي ينظمها هذا القانون، إذ تعتبر معاملات عابرة للحدود وتتصل بأكثر من دولة واحدة في الوقت نفسه[4]، بحيث تضمن انتقال القيم الاقتصادية فيما بينها[1].

---

[1]– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية..، مرجع سابق، ص205.

[2]– **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص، 313.

[3]– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 201.

[4]-Dans les contrats de commerce électronique, la territorialité a perdu beaucoup de son importance comme « ***facteur de rattachement*** », et a été progressivement éliminée par la jurisprudence, voir : **A. KOTEICHE Lama,** la loi applicable aux contrat du

المطلب الثاني: مصادر (مرجعية) القانون الموضوعي

تعددت وتنوعت مصادر أو مرجعيات القانون الموضوعي الإلكتروني ما بين الاتفاقات الدولية الأساسية والقواعد التعاقدية، حسب بعض الفقه. بينما هناك اتجاه يقر بتشكيل هذه الأخيرة من القانون الموحد الدولي، القانون المشترك الأوربي، القانون المرن الصادر عن المنظمات الدولية والأنشطة الخاصة ذات التنظيم الذاتي، الأعراف الدولية والممارسات التعاقدية الدولية[2]. وهو ما نحاول أن نجمله في الفروع الثلاث التالية:

الفرع الأول: الاتفاقات والتوصيات الدولية

يهدف المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية إلى إستيقاء أحكامهم من الاتفاقات الدولية التي تعتبر أحد أهم المصادر التي يمكن الاعتماد عليها لتنظيم القانون الدولي الإلكتروني،وهي اتفاقات دولية تنظم مختلف المجالات وتحل

commerce électronique, Mémoire pour l'obtention d'un Diplôme d'études approfondies en Droit Internet et International des affaires, faculté de Droit et des Sciences Politique et Administratives, Université, Beyrouth, 2005, p 35.

[1]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 60. وفي الموضوع نفسه أنظر كل من :

محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 92.

– **GAUTRAIS Vincent**, Le contrat électronique international, Encadrement Juridique, 2ème édition, Revue Academia, Bruylant, 2002, p. 237.

[2]– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 202.

المشكلات التي ظهرت في التطبيقات التجارية الإلكترونية العملية[1]، ومن أهم المساعي في مجال توحيد العمل على انسجام القواعد الموضوعية، نجد جهود لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية التي أصدرت القانون النموذجي للتجارة الالكترونية سنة 1996 [2].

---

[1]– انظر في المعنى: **حسين الماحي**، نظرات قانونية في التجارة الالكترونية، الدليل الالكتروني للقانون العربي، على الموقع: www.arablawinfo.com، ص 04، وفي الموضوع نفسه: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 118.

– **GAUTRAIS Vincent**, Op.Cit, p. 273.

[2]– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، 2003، ص 143–144.

- L'utilité d'un tel document se manifeste à deux points de vue, d'abord un modèle de loi est proposé aux Etats afin qu'ils l'adoptent dans leur juridiction, ensuite, étant donné la réputation enviable de l'institution, sa légitimité, ce document participe à l'élaboration des principes formant les premiers éléments du droit naissant du commerce électronique, voir :

- **GAUTRAIS Vincent**, Op.Cit, p 274.

– والاتفاقية المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية في العالم الافتراضي في جنيف عام 1996 تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية، كما نادت لجنة الأمم المتحدة من وقت طويل بإدماج المعلومات في التجارة الدولية، ومنذ عام 1990 بدأت في البحث في مجال تبادل الوثائق إلكترونيا، حيث اعترفت في هذا القانون بتبادل رسائل البيانات، التوقيع الإلكتروني، والقوة الثبوتية لرسائل المعلومات وقبولها وحفظها وتبادلها، والتجارة الإلكترونية في مجال نقل البضائع، أنظر في هذا الموضوع كل من :

– **محمد بلاق**، مرجع سابق، ص 110.

- **GAUTRAIS Vincent**, Op.Cit, p 274.

الفرع الثاني: قواعد السلوك والعقود النموذجية

تعتبر تقنيات السلوك بمثابة الحد الأدنى من الأحكام والمبادئ المشتركة التي تحترم من كافة المستفيدين من التعامل في هذا الفضاء الإلكتروني[1]، فهو تنظيم مرن يتماشى مع توسع واختلاف أنواع التعامل، عكس التنظيمات الآمرة التي تتعارض مع استمرار وتطور مجال المعاملات التجارية الإلكترونية[2]، بالإضافة إلى العقود النموذجية التي تبرم بين المورد والمستخدمين سواء كانوا مستهلكين أو مهنيين، وتتناول العديد من المسائل الفنية والقانونية التي يجب احترامها من الطرفين[3]، على غرار اتفاق التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوربا عام 1995 بغرض الاستعمال التجاري الدولي للتبادل الإلكتروني للبيانات[4].

الفرع الثالث: العـــــرف

استقرت هذه القواعد في الأوساط المهنية لعالم التجارة الإلكترونية نظرا للممارسات المتواصلة في هذا المجال بين المتعاملين، وهذا ما ساهم في إنشاء قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني، مما جعل أنصار المجتمع الافتراضي إلى

---

[1]– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 146–147. وانظر كذلك في هذا الموضوع :

- **GAUTRAIS Vincent**, Op.Cit, p. 275.

[2]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 52.

[3]– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 146.

[4]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 178.

المناداة بتخصيص مكانا مهما للعرف في القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية[1].

المبحث الثاني: القانون الموضوعي الإلكتروني ومبادئ النظام العام

يفرض هذا المنطق علينا البحث في الطبيعة القانونية التي يتمتع بها القانون الموضوعي الإلكتروني، باعتبار ظهوره بعيدا عن الجهات الرسمية والتشريعية الوطنية والدولية[2]، وهذا مقارنة بمبادئ النظام القانوني الذي يتصف بالإلزامية في قواعده.

تدفعنا هذه المعطيات إلى البحث في مدى تمتع القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني، وهذه الفكرة تلزمنا وبالضرورة دراسة فكرة النظام القانوني بتقديم تعريفه والسّمات المميزة له مقارنة بالقانون الموضوعي من

GAUTRAIS Vincent, op.cit, p. 238.

- Selon l'analyses théoriques les plus achevées, ce concept comme étant : ***« un ensemble de faits, révélant un sentiment juridique ».***

– ويقصد بالأعراف التجارية الدولية تلك العادات التي درج العمل الدولي بين التجار أعضاء التجمعات المعنية والتجارية على إتباعها في معاملاتهم عبر الدول، ومن أمثلتها نجد: العادات السائدة في عمليات البنوك، وبصفة خاصة العادات المتعلقة بعمليات الائتمان، والقانون العرفي INCO Terms والذي تم تعديله بانتظام بواسطة غرفة التجارة الدولية و ECE–Terms والخاص بتصدير الآلات والماكينات، أنظر في هذا الموضوع:

– **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، ص 300. وراجع أيضا:

– **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 313. **و عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 145، وكذلك، **محمد بلاق**، مرجع سابق، ص 113.

[2]– **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 312.

جهة، ومن ثم تطبيقها على القانون الموضوعي من خلال الاتجاهات المختلفة في (**مطلب أول**)، لنعرج فيما بعد إلى دراسة النقائص التي يتميز بها هذا القانون وذلك بالبحث في محتوى مصادره (**مطلب ثان**).

المطلب الأول: مدى تمتع القانون الموضوعي الإلكتروني بخاصية النظام القانوني

اختلف فقهاء قانون التجارة الإلكترونية في إعطاء صفة النظام القانوني للقواعد المادية التي تشكل القانون الموضوعي الإلكتروني بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح، من خلال اتجاهين متباينين حول هذه الفكرة؛ فذهب جانب من الفقه إلى القول أنه لم يحن الوقت لإعطاء دلائل قيّمة تحدد نطاق ووجود هذا القانون الذي هو في مرحلة الإنشاء، لأنه يحتاج إلى أكثر تنظيم وتحديد لقواعده، بينما يرى اتجاه فقهي آخر عكس ذلك [1].

ولدراسة مدى انطباق فكرة النظام القانوني على القانون الموضوعي الإلكتروني، سنتطرق إلى تقديم تعريف للنظام القانوني (**فرع أول**)، ثم نعرج إلى موقف الفقه الذي انقسم إلى اتجاهين متباينين من مؤيد ومعارض لفكرة اكتساب القانون الموضوعي لصفة النظام القانوني (**فرع ثاني**).

الفرع الأول: النظام القانوني قاعدة وتنظيم

---

[1]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 195.

– ولمزيد من التفاصيل في هذا الصدد، راجع: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتورة في العلوم، التخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2009، ص 443.

يعرف النظام القانوني على أنه "***مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، ونفس الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها***[1]"، بالإضافة إلى أن هذا النظام لا يقتصر فقط على مجموعة من القواعد السلوكية المتدرجة والتي تضبط الروابط القانونية، أو تقدم الحل المناسب لمنازعاتها، بل يلزم أن يوجد إلى جانبها تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة لها مقوماتها، وقدرتها على خلق قواعد سلوكية[2].

أولا: النظام القانوني قاعدة قانونية

حدد هذا الاتجاه النظام القانوني على نحو النظرية العامة للقانون، والقائمة على أساس نظرية كلسن التي أطلق عليها اسم النظرية الخاصة للقانون، حيث تقوم على نظام تدرجي للقواعد، أي على أساس وحدة النظام القانوني في تدرج هرمي، فتركيز هذا الاتجاه على مفهوم القاعدة القانونية وعلى

---

[1]- اعتبر جانب آخر من الفقه أن المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية من حقهم تحديد القواعد التي تطبق على ما يثور بينهم من نزاعات، فالمجتمع الافتراضي يقبل بفكرة أن القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية تشكل قواعد قانونية قادرة على تنظيم نظام قانوني معادل للنظام القانوني الذي تسنه التشريعات داخل الدول، وذلك من أجل تنظيم الروابط القانونية بين الأفراد، انظر: **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 148.

– **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل، مجلة معارف، مجلة علمية محكمة، العدد الخامس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2008، ص 176.

[2]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 62.

العلاقات الداخلية بين القواعد في مجملها، لأن النظام القانوني ليس فقط القانون المطبق من المحاكم، بل هو مجموعة قواعد متناسقة ومرتبطة بعضها البعض، ولكنها مغلقة لا تقبل أي انتقال لقواعد أخرى من نظلم آخر[1].

ثانيا: النظام القانوني تنظيم وبناء

أبرز ما توصل إليه هذا الاتجاه، أنه لوجود نظام قانوني يجب توفر هيئة لصياغة قوانين جديدة من طرف أجهزة وهياكل قانونية داخل الوحدة الاجتماعية قصد تطبيقها من القضاة، وفرض الانضباط عن طريق الهيئات القضائية، ليشكل بذلك الإلزامية التي تفرض على الأشخاص. فوفقا لهذا الاتجاه؛ النظام القانوني يستخدم من الفقه القانوني للتعبير عن الهيكل والتنظيم والسلطة، فعمل على التركيز على الجانب العضوي بعد النقص والعجز الذي خلفه الاتجاه الأول الذي ركّز على السمة القاعدية[2].

---

[1]– وأنتقد الاتجاه عند تجاهله صفة التنظيم على النظام القانوني، أي وجود هيئة متماسكة، لها تنظيمها الخاص، وقدرتها على خلق القواعد القانونية التي تحكم الروابط الاجتماعية، وهي هيئة لها وجود ملموس، فنجد أن الفقيه الايطالي ROMANO Santi فضل استخدام مصطلح التنظيم القانوني بدلا من مصطلح النظام القانوني، ليعبر عن عدم كفاية القاعدة القانونية التي ركز عليها هذا الاتجاه للتعبير عن فكرة النظام القانوني، أنظر في هذا الموضوع: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 197–198.

GAUTRAIS Vincent, Op.Cit, p. 291.

- Les conditions structurelles d'un ordre juridique sont respectées dés lors que « ***des agents ou des appareils reconnus dans l'unité sociale comme étant spécialisés pour élabores règles existantes, les appliquer et les faire respecter.*** ».

كما ظهر اتجاه راجح جمع وفق بين الاتجاهين السابقين، وعرف النظام القانوني بأنه مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأشخاص داخل المجتمع المنظم والمتماسك والسلطة التي تأخذ شكل الجهاز الإداري للدولة، فالنظام القانوني قبل أن يكون قاعدة فهو تنظيم وبناء ومجتمع يسري فيه[1].

الفرع الثاني: الجدال الفقهي حول وجود قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني

أحدثت مسألة إضفاء صفة النظام القانوني على القواعد المادية لعقود التجارة الإلكترونية اختلافا بين الفقهاء، فمنهم من يعارض تكوين هذه القواعد لنظام قانوني، فيما ذهب البعض إلى التأكيد على تلك القواعد أنها تشكل نظاما قانونيا قائما، وهذا ما سنراه فيما يلي:

أولا: الاتجاه النافي لصفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني

يؤسس هذا الاتجاه رأيه على عدم وجود وحدة بين المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، فيعتبر سوق يجمع بين العديد من الأشخاص، منهم مهنيين ومستهلكين وتجار مكونين بالصدفة تكون وجهة نظرهم غير متناسقة وغير منتظمة مع بعضها البعض، ويدخلون في علاقات تعاقدية يصعب فيها تحقيق مجتمع متماسك ومنسجم ومتعارف، وهذا ما يؤكد صعوبة إقرار قواعد عرفية متفق عليها عل أساس المصالح[2] على غرار ما انتهى إليه الفقه بالنسبة لمجتمع التجار وممارسة التجارة الدولية.

---

[1]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 200.

[2]– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 148–149. وعن تكوين القانون الموضوعي:

ثانيا: الاتجاه المعترف بخاصية النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني

يذهب أنصار هذا الاتجاه؛ إلى التأكيد على وجود مجتمع افتراضي كوحدة واحدة متماسكة بدرجة كافية، ويتمتعون بفكر واحد ومرتبطون بعلاقات ومعاملات وثيقة، مما يجعلهم يشكلون مجتمعا دوليا حقيقيا، يتولى أعضاؤه وضع القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم، ومن ثم فإن القواعد التي تصدر عنها تتمتع بالقوة والفعالية، ومن بين الهيئات[1]: غرفة التجارة الدولية ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وأن هذه القواعد لا تفتقر إلى الجزاء عند

– ويسترشد بعض الفقهاء بمثال دولة الصين، فلا يعتقد أنها سوف تشارك وتساهم في وضع قانون موضوعي للانترنت، تسمح قواعده بالانتشار الحر للأفكار والثقافات، كما يعتبر من المستبعد أن تتوافق الدول الكبرى مع الدول النامية أو الفقيرة حول تدابير حماية الملكية الفكرية في مجال الانترنت، راجع في هذا الموضوع: **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 63. انظر أيضا:

– **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية...، مرجع سابق، ص 177.

[1]– **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 205. وفي مجال فرض الجزاءات أضاف:

– إلا أن مجال فرض الجزاءات يبقى صعب التطبيق نظرا لتعدد العمليات الإلكترونية، وتعدد موردي الخدمة في هذا المجال، الأمر الذي يمنح الفرص للمستخدمين قصد التلاعب بعناوينهم وتغييرها متى شاءوا، وبالتالي فمن الصعوبة التعرف عليهم، وهذا ما يؤدي إلى التقليل من فعالية الجزاء الذي يدافع عنه مناصرو الاستقلال العام للعالم الافتراضي. واطلع أيضا على:

– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 102، و **حسين الماحي**، مرجع سابق، ص 25.

- **GAUTRAIS Vincent**, **LEFEBVRE Guy et BEN YEKHLEF Karim,** Op-Cit, p. 547.

مخالفتها، وهذا دليل يفرض إعلان عن استقلال هذا المجتمع الشبكي عن أي تدخل أو رقابة من قبل الدولة[1].

المطلب الثاني: القانون الموضوعي الإلكتروني بين انعدام الإلزام والتنظيم المحكم

يهدف القانون الموضوعي الإلكتروني إلى تقديم الحل الموضوعي أو المادي للمعاملة أو لحل نزاع قائم دون الإحالة إلى قوانين أخرى. لكن وعلى الرغم من وجود هذا القانون الذي يحكم العمليات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية، يبقى الواقع يدفع إلى التشكيك في بعض الأحيان حول وجوده وقدرته على حسم المنازعات التي تثور بشأن تلك المعاملات[2]. وهذا ما سنبينه من خلال تقييمنا لهذا القانون باعتبار أنه قانون لا يتصف بصفة النظام القانوني، نظرا لعدم توافره على عنصر الإلزام في القواعد المشكلة له، بالإضافة إلى نقص وقصور هذه القواعد **(فرع أول)**، وكذا النظر إلى مصادر هذه القواعد ومدى كفايتها لتشكيل نظام قانوني مستقل للقانون الموضوعي الإلكتروني **(فرع ثان)**.

---

[1]– **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، مرجع سابق، ص 447. وعن استقلالية القانون الموضوعي اطلع على:

- **GAUTRAIS Vincent**, Op.Cit, p. 291.

[2]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 60–61.

– وهذا بالرغم من أن هذا القانون يتمتع بصفة الدولية نظرا لطبيعة المعاملات التي يحكمها، إذ تتميز بطابع عابر للحدود وتتصل بأكثر من دولة في ذات الوقت، وتتضمن انتقالا للقيم الاقتصادية فيما بينها، وتتصل بمصالح التجارة الدولية. أنظر: **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع نفسه، ص 60–61.

الفرع الأول: انعدام الإلزام ونقص قواعد القانون الموضوعي

الطبيعة الاختيارية لهذه القواعد تمنح للأفراد الحق في اختيارها وفق مصالحهم، فلهم الحق في اختيار بعض النصوص وتجنب البعض الأخر، وهو اختيار يكون وفقا لما يتفق ومصالحهم المشتركة[1]، كما يعتبرها البعض أنها مجرد شروط تعاقدية وليست قواعد قانونية، فهي تستمد سلطانها من اندماجها في العقد[2].

أولا: عدم توافر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي

سنّت قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني على أساس اتفاق اختياري بين المتعاملين في هذا المجال[3]، فتغلب المصلحة الخاصة على المصلحة

---

[1]– **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 136–137.

– وفي هذه النقطة يظهر التناقض الذي يميز هذه القواعد، بين الطبيعة الاختيارية وبين ما تتضمنه من نصوص ملزمة ليطرح السؤال حول مدى قدرة القاضي في تطبيق هذه القواعد الاختيارية، وما حجيتها في الإثبات وقدرتها في حل النزاعات.

– الإشكال المترتب عن تطبيق القانون الموضوعي هو عدم خضوعه للرسمية في تنظيمه، فهو قانون ينشأ خارج الجهات الرسمية المكلف بتشريع القوانين، مما يجعله قانون نموذجي لا يرقى لدرجة النظام القانوني.أنظر: **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، المرجع نفسه، ص 136–137.

[2]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 64.

[3]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 64. واطلع كذلك على:

العامة في ظل تزايد المنافسة الشرسة بين الشركات التجارية التي تستخدم الشبكة كوسيلة لعرض منتجاتها أو إبرام عقود تجارية أو خدماتية والتي لا تبالي إلا بمصالحها الذاتية[1].

ثانيا: نقص وقصور قواعد القانون الموضوعي

يظهر هذا خاصة في حداثة القانون، باعتبار أنه قانون مازال في بداياته الأولى وهو في طور التكوين[2]، وبمفهوم آخر فالتنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية يحتاج قبل إصداره دراسة أبعاده وانعكاساته القانونية، خاصة فيما يتعلق بشروط تكوين العقد واثبات المحررات الإلكترونية.

الفرع الثاني: مدى تشكيل القانون الموضوعي الإلكتروني لنظام قانوني مستقل

أكد أنصار المجتمع الافتراضي على وجود قواعد تشكل نظاما قانونيا قائما، من خلال قيام هيئات تسهر على تقنين قواعد السلوك، وحمايتها تحت طائلة فرض جزاءات صارمة عند مخالفتها. لكن يتساءل الكثير عن حقيقة هذه القواعد ومدى كفايتها لسد الثغرات القانونية وإعطاء حلول لمشاكل التجارة

- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 151.

[1]- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 64-65. و كذلك: - **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، مرجع سابق، ص 445.

[2]- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 65. أنظر كذلك:

- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، مرجع سابق، ص 445.

الإلكترونية، وهذا في ظل حجم المعاملات التي تتم في مجالها[1].

الأمر الذي يقتضي منا ضرورة العودة إلى مصادر ومكونات القواعد المادية للنظر في مدى صلاحيتها لمواجهة احتياجات التعاملات الإلكترونية، وتغطية كافة جوانب النشاط القائم في مجال التجارة الإلكترونية، والمتمثلة أساسا في الاتفاقات الدولية، القوانين النموذجية، تقنيات السلوك والعرف.

أولا: حاجة التجارة الإلكترونية للاتفاقات الدولية

يعد تطبيق هذه الاتفاقات جد ملائم لعمليات التجارة الإلكترونية، باعتبارها تستجيب في مضمونها وأهدافها لمتطلبات الروابط التجارية الدولية، ولا تطبق إلا في مسائل مباشرة، ومنها اتفاقية لاهاي لعام 1964 المنظمة للبيع الدولي للمنقولات المادية، واتفاقية فيينا لعام 1980 المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع[2]. لكن هذه الاتفاقيات ظهرت بعيدا عن الواقع الذي فرضته الأنترنت، ولم توضع في الأصل لتحيط بالمناخ المعلوماتي الدولي لمفهوم

[1]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 116.

[2]– **صالح المنزلاوي**، المرجع نفسه، ص ص 218–219.

– كما أنه بالرجوع إلى القانون الموضوعي للتجارة الالكترونية نجدها مخيبة للآمال وغير شاملة لكل فروع القانون، خاصة وان العقود المبرمة عبر الإنترنت مست كل فروع القانون، أنظر: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، مرجع سابق، ص 446.

الشبكات[1].

ثانيا: التدعيم بالقوانين النموذجية

تعد القوانين النموذجية مفتوحة المجال، تاركة المهمة التنظيمية للدول لاستكمال التفاصيل الإجرائية، كون مهمتها تقتصر على وضع الإطار أو الهيكل العام من القواعد الضرورية للتطبيق، مما يجعلها تمتاز بالقصور في الرد على بعض الإشكالات التي تبقى عالقة في مجال التجارة الإلكترونية[2].

ثالثا: دور تقنيات السلوك

تعمل هذه التقنيات على إنشاء قواعد سلوك، لكن دون أن تضفي عليها قوة الإلزام التي تتميز بها المعاهدات أو القوانين المحددة للالتزامات الأدبية المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية العابرة للحدود. كما نجد أن هذه التقنيات وضعت لمتطلبات محددة، وتختلف من فئة إلى أخرى[3]، منها تقنية السلوك الموحد في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية، والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية لعام 1996، والتقنيات التي وضعها المؤتمر الدولي للجنة البحرية الدولية بخصوص سندات الشحن الإلكترونية، وخطابات النقل البحري. وذلك أمر يؤكد

1- **بولين أنطونيوس أيوب**، تحديات شبكة الأنترنت على الصعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 64.

2- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 28.

3- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 51.

محدودية تقنيات السلوك[1]. ويجعلها غير قادرة على حكم مختلف جانب التعاملات التجارية الإلكترونية التي تتم عبر العالم الافتراضي الذي شكلته الإنترنت، وبالتالي لا يمكن الاعتماد عليها في إيجاد حلول لكل ما تطرحه هذه التعاملات.

رابعا: مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية

يعتبر العرف سلوك يتواتر الأشخاص على إتباعه، مما يجعلهم يشعرون بإلزاميته وضرورة إتباعه قانونا، حيث يكفي أن يكون أن يكون صادرا بالإجماع، وأن يسود بشكل ظاهر لدى الأغلبية، هذاا في عالم التجارة التقليدية. لكن تحديد وإثبات هذه العادات في مجال التجارة الإلكترونية يبقى صعب المنال، كما يصعب التحقق من تكـــرار هذا السلوك أو ذاك، وذلك نظرا للتطور السريع الذي تشهده التعاملات التجارية الدولية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية، والتطور السريع للقواعد التي تحكم تلك المعاملات، والذي يقابله البطء في القواعد العرفية التي تحتاج إلى الوقت لقيامها وقبولها من طرف الأشخاص[2] . وهو ما يجعل

---

[1]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص ص 229–230.

– لقد تم وضع بعض التقنيات لأجل تنظيم الاتصالات التي تتم بين الأطراف، ولا تتعلق بالالتزامات التجارية الناشئة عن الصفقات التجارية الأساسية عن طريق استخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، ومنها تقنيات السلوك الأمريكية، والتي سميت بقواعد الاستخدام المقبولة، والتي تحتوي على شرط عدم التجارية، وهو ما يتعارض مع فكرة التجارة الإلكترونية. اطلع على: **صالح المنزلاوي**، المرجع نفسه، ص ص 229–230.

[2]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص ص 136–138.

من العرف وحده ليس بالوسيلة المفضلة في إيجاد حلول للمشاكل القانونية التي تطرحها التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت.

خاتمـــــــــة

يبقى الواقع يؤكد في كل مرة التحول نحو بزوغ أكثر للتجارة الالكترونية التي تجري عبر الإنترنت، مما يحتم ضرورة البحث عن القواعد التي تنظمها لتفادي الفراغ القانوني الناتج أصلا عن حداثة هذا المجال، فالاستمرار في تطبيق هذه القواعد كفيل بتحويلها إلى عادات تجارية ملزمة وفعالة في مجال التجارة الالكترونية، سيما وأنها قواعد نابعة من مؤسسات تتشكل من ممثلي الحكومات، وإعدادها كان نتاجا لدراسة الأنظمة القانونية المختلفة ودراسة لواقع التجارة الالكترونية، مما يجعلها اقرب لفكرة المبادئ العامة التي تقوم على تمثيل الأنظمة القانونية المختلفة، وهذا ما يمنح الحلول المشتركة لممثلي التجارة الدولية والمتعاملين عبر شبكة الإنترنت.

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