الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق
كلية الحقوق
قسم القانون الدولي

القواعدُ الواجبةُ التطبيقِ على منازعاتِ العقودِ الدوليَّةِ للتجارةِ الإلكترونيَّةِ

(دراسةٌ مقارنة بينَ المنهاجينِ التنازعيّ والماديّ)

رسالة أُعِدَّت لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي

إعداد

محمد عبد الله العبد الله

إشراف الدكتور

ساجر حميد الخابور

الأستاذ المساعد في قسم القانون الدولي

١٤٤٤ هـ – ٢٠٢٣ م

الملخّـص

تمكّنت شبكة المعلومات الدولية من تحديد الوجود الحقيقي للتجارة الرقمية، حيث لا مكان محدد يمكن تطبيق قانونه، مما يتطلب قانوناً خاصاً يحكمها بما يحقق الأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدون، حيث نتج عن المعاملات الإلكترونيّة العديد من المنازعات والإشكاليات القانونيّة عجزت في كثير من الأحيان قواعد الإسناد عن إيجاد حلول مناسبة لها، مما دفع بعض الفقه إلى المناداة بتطبيق قواعد ماديّة وضعية، وواقعية كحل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، ظهرت هذه القواعد وتطوّرت بعيداً عن القوانين الوطنيّة، وبدور من التوجيهات والاتفاقات الدوليّة والقوانين النموذجية، بالإضافة إلى العادات والأعراف السائدة في مجال التجارة الدوليّة، وذلك لتساير توسع استعمال الشبكة التقنية في إبرام العقود التجاريّة، فهي قواعد تضع تنظيماً مباشراً، تستجيب في مضمونها وأهدافها للمعاملات الإلكترونيّة.

وقد فرضت خصوصية هذه العقود ضرورة إيجاد قواعد بديلة في العالم الإلكترونيّ لفضّ المنازعات الناجمة عنها، وهو ما يمكن تسميته بالقواعد غير الصادرة عن الدول أو القانون الموضوعي الإلكتروني، الذي لجأت إليه العّديد من المنظمات والهيئات الدولية، رغم التحديات التي تعيق تطوره وانتشاره، التي تمثلت في عدم توافر قاعدة قانونيّة تستوعبه وإطار تشريعي ينظمه.

Abstract

The Internet has managed to define the true existence of digital commerce , as there is no specific place whose law can be applied, which requires a special law to be governed by it in a manner the achieves the security of the law sought by the contractors, as electronic transactions resulted in many disputes and legal problems that the attribution rules often failed to find appropriate solutions for them , This prompted some to call for the application of material, conditional, and realistic rules as a solution to electronic commerce contract disputes. These rules and developments appeared far from national laws, with a role of directives, international agreements and model laws, in addition to the customs and norms prevailing in the field of international trade, in order to keep pace with the expansion of the use of the technical network. In concluding commercial contracts, they are rules that establish a direct regulation, responsive in .their content and objectives to electronic transactions

The privacy of these contracts has been imposed to find alternative rules in the electronic world to settle disputes resulting from them, which can be called rules not issued by states or electronic substantive law, which many international organizations have resorted to, but despite the challenges that hinder its development and spread, which were represented in In the absence of a legal base that accommodates it and a legislative framework that regulates it.

الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق
كلية الحقوق
قسم القانون الدولي

القواعدُ الواجبةُ التطبيقِ على منازعاتِ العقودِ الدوليَّةِ للتجارةِ الإلكترونيَّةِ

(دراسةٌ مقارنة بينَ المنهاجينِ التنازعيّ والماديّ)

رسالة أُعِدَّت لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي

إعداد

محمد عبد الله العبد الله

إشراف الدكتور

ساجر حميد الخابور

الأستاذ المساعد في قسم القانون الدولي

١٤٤٤ هـ – ٢٠٢٣ م

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿قَالُواْ سُبْحَـٰنَكَ لَا عِلْمَ لَنَآ إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَآ ۖ إِنَّكَ أَنتَ ٱلْعَلِيمُ ٱلْحَكِيمُ﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة (الآية ٣٢)

الإهـــداء

إلى القارئ والباحث الذي سيبحث عن موضوع أطروحتي

أهديك تحياتي ...

أهديك بحثي وتعبي وعملي ...

أهديك ثمرة مجهودي لعلها تكون نواة لمشروعك العلمي

شكر وعرفان

الحمد والشكر أولاً لله الذي وفقني وأعانني على إتمام هذا البحث.

يشرفني أن أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى أستاذي الكريم، الدكتور ساجر حميد الخابور، لما أغدقه علي من علمه الغزير وتوجيهاته القيمة، التي كان لها الأثر البالغ في إثراء هذه الدراسة وتقويمها.

كما أتقدم بوافر الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين تحملوا عناء قراءة هذا البحث وتقييمه لمناقشته.

والشكر الموصول والتقدير لكل أساتذتي، وإلى كل من ساعدني، وإلى كل من مد لي يد العون من قريب أو من بعيد.

الملخّـص

تمكّنت شبكة المعلومات الدولية من تحديد الوجود الحقيقي للتجارة الرقمية، حيث لا مكان محدد يمكن تطبيق قانونه، مما يتطلب قانوناً خاصاً يحكمها بما يحقق الأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدون، حيث نتج عن المعاملات الإلكترونيّة العديد من المنازعات والإشكاليات القانونيّة عجزت في كثير من الأحيان قواعد الإسناد عن إيجاد حلول مناسبة لها، مما دفع بعض الفقه إلى المناداة بتطبيق قواعد ماديّة وضعية، وواقعية كحل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، ظهرت هذه القواعد وتطوّرت بعيداً عن القوانين الوطنيّة، وبدور من التوجيهات والاتفاقات الدوليّة والقوانين النموذجية، بالإضافة إلى العادات والأعراف السائدة في مجال التجارة الدوليّة، وذلك لتساير توسع استعمال الشبكة التقنية في إبرام العقود التجاريّة، فهي قواعد تضع تنظيماً مباشراً، تستجيب في مضمونها وأهدافها للمعاملات الإلكترونيّة.

وقد فرضت خصوصية هذه العقود ضرورة إيجاد قواعد بديلة في العالم الإلكترونيّ لفضّ المنازعات الناجمة عنها، وهو ما يمكن تسميته بالقواعد غير الصادرة عن الدول أو القانون الموضوعي الإلكتروني، الذي لجأت إليه العّديد من المنظمات والهيئات الدولية، رغم التحديات التي تعيق تطوره وانتشاره، التي تمثلت في عدم توافر قاعدة قانونيّة تستوعبه وإطار تشريعي ينظمه.

المقدّمة

إذا كان القانون في تعريفه التقليدي هو عبارة عن مجموعة من القواعد الرامية لتنظيم سلوك الإنسان داخل المجتمع، فيتعين إذن على هذا القانون أن يواكب إيقاع الحياة حتى لا يتصف بالجمود أو التخلف. وإذا كانت التقنيات الحديثة من حاسب وشبكة معلومات تمثل نقطة انطلاقة جديدة في مسيرة الإنسان نحو آفاق من الصعوبة تصور أبعادها وتأثيراتها الموجبة المتعاقبة على مناحي الحياة كافة، من اقتصادية واجتماعية وربما سياسية أيضاً، ويتعين أن نعد العدة لهذا القادم وتداعياته فنضع من الأطر والقواعد ما يتناسب مع طبيعة هذه التقنيات، التي لم نعد لنا خيار في استخدامها وقد لا يكون لنا في المستقبل، منفردين، خيار تنظيمها أيضاً[١].

حيث تُعتبر العقود الإلكترونيّة إحدى استحقاقات مرحلة التطوّر التقني رفيع المستوى الذي بلغه العالم في الوقت الحاضر، الذي تزامن معه تطور في العلاقات المختلفة بين الأفراد عبر الدول، ومن بينها علاقاتهم الاقتصاديّة والتجاريّة.

وقد عملت الدول على إيجاد قواعد قانونيّة تنظّم تلك العلاقات نظراً للاختلاف الجوهري وللطبيعة الخاصة التي تتسم بها[٢]، فقد سهّل توفّر شبكة

---

[١] _ عصام الدين القصيبي، دراسة بعنوان تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، قدمت في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد بتاريخ ١٠-١٢ أيار ٢٠٠٣ في دبي، والمنشورة في المجلد الرابع من بحوث المؤتمر المذكور، ص ١٦١١ حتى ص١٦٤٤.

[٢] _ نائل مساعدة، الاختصاص القضائي والتشريعي للعقود الالكترونية في القانون الأردني، مجلة المنارة، المجلد ١٣- العدد ١٣، ٢٠٠٧، ص ١٦٢.

الإنترنت الكثير من معاملات التجارة الدوليّة وزاد في حجمها، وخاصة أنّ الحدود والمسافات تختفي عند إبرام العقود التجاريّة إلكترونياً، غير أنّ طرفي العقد التجاريّ الدوليّ دائماً ما يحتاجان إلى قدر كبير من الوضوح والأمان القانونيّ، فمثلاً حتى يستطيع الطرفان تحديد المخاطر الاقتصاديّة والقانونيّة التي تواجههما فإنّهما يحتاجان إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

وإذا كانت العقود الدوليّة التي تتضمن عنصراً أجنبياً سواء من حيث أطرافها، أو من حيث محلها، أو من حيث مكان إبرامها أو تنفيذها، سبباً في وجود القانون الدوليّ الخاص الذي تعد مهمته الأصلية حل مشكلة تعدد الأنظمة القانونيّة التي تحكم علاقة قانونيّة واحدة، وذلك عن طريق تنازع القوانين المتضمنة مجموعة من القواعد القانونيّة المسماة بقواعد الإسناد ذات الطبيعة المحايدة غير المباشرة، على اعتبار مهمتها الأساسية تتمثل في اختيار وتحديد القانون الأكثر ملاءمة للتطبيق، فقد كان لمبدأ سلطان الإرادة أي خضوع العقد لقانون إرادة الأطراف السيطرة في مجال القانون الواجب التطبيق على العقد، فإذا ثار نزاع ما يطبق قانون إرادة الأطراف الذين يحددون بصفة صريحة أو ضمنية القانون الواجب التطبيق على عقدهم وهو ما يسمى بالإسناد الشخصي، وفي حال غياب اتفاق الأطراف يتم الاستناد على ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد أهمّها محل إبرام العقد، أو مكان تنفيذ العقد، أو جنسيّة المتعاقدين المشتركة أو موطنهما المشترك، وهي ضوابط جامدة، وقد تكون ضوابط مرنة يسميها البعض بمعيار الأداء المميّز أو كما يطلق عليه تسمية الإسناد المرن للعقد.

وبالرجوع للقانون السوري نجد أنّه أكد على قانون إرادة الأطراف المتعاقدة في المادة (١١) من قانون المعاملات الإلكترونيّة رقم (٣) الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٣/١١، وفي حال غياب اتفاق إرادة الأطراف يتم الرجوع إلى قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني من أجل تحديد القانون الواجب

التطبيق على العقد الإلكتروني، حيث نصّت المادة (١١) على مايلي: **(ما لم يوجد اتفاق بين أطراف العقد الإلكتروني على القانون الواجب التطبيق، يُطبَّق على القانون الواجب التطبيق قواعد القانون الدوليّ الخاص المنصوص عليها في القانون المدني).**

ونظراً لخصوصيّة العقود الإلكترونيّة التي تتجاوز الحدود الجغرافيّة والإقليميّة، كما تتجاوز كلّ المعايير المكانية التي يرتكز عليها النظام القانونيّ للعقود الداخليّة والنظام القانونيّ التقليديّ للعقود الدوليّة اللذين يفتقدان إلى قواعد ملائمة تحكّم المسائل التي ارتبط ظهورها بهذا النوع من العقود.

ونتيجة لذلك بدأت الحاجة الملحّة إلى البحث عن نظام قانونيّ جديد يتماشى مع المعطيات الجديدة لهذه العقود، وعند إعداد هذا النظام الجديد، يجب أن يُأخذ بعين الاعتبار أنّه لن يستقر ولن يقبل التطبيق إذا أهمّل جانب القانون الدوليّ الخاصّ، حيث إنّ معظم العقود الإلكترونيّة تلتقي بالعقود الدوليّة في أنّها تتم خارج الحدود الوطنيّة، مما يترتب عليه وجود عنصر أجنبي في العلاقات التي تنشأ في إطارها.

وإذا كان القانون الدوليّ الخاصّ يتضمن منهاجين هما: منهاج[١] التنازع ومنهاج القواعد الماديّة، فإنّ معالجة القواعد الواجبة التطبيق على منازعات

---

[١] _ **جاء في لسان العرب:** طريق نهج: بين واضح... ومنهج الطريق أي وضحه، **والمنهاج كالمنهج**، وفي القران الكريم:**(لِكُلٍّ جَعَلنَا مِنكُم شِرعَةً وَمِنهَاجاً)** سورة المائدة– الآية ٤٨.

والمنهاج: الطريق الواضح، والنهج: الطريق المستقيم.

والمنهاج في معجم المعاني الجامع: وسيلة محدّدة توصل إلى غاية معيَّنة، **والمَنهَج والمِنهاج جمعها واحد**، وهو: مَناهيجُ و مَناهِجُ، والمنهج العلميّ: خُطَّة منظّمة لعدَّة عمليّات ذهنيَّة أو حسيَّة بُغية الوصول إلى كشف حقيقة أو البرهنة عليها، مناهج التَّعليم: برامج الدِّراسة، وسائله وطرقه وأساليبه.

وورد معنى منهج **في معجم قاموس الكل:** مَنْهَج / مِنْهَج: جمع مَناهِجُ ومَناهيجُ:

العقود الدولية للتجارة الإلكترونيّة لن يكتمل إلا بدراسة هذين المنهاجين معاً لجهة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة.

أولاً_ موضوع البحث:

يتمثل عنوان الرسالة في "القواعد الواجبة التطبيق على منازعات العقود الدوليّة للتجارة الإلكترونيّة"، ويُقصد بهذا العنوان القواعد الواجبة التطبيق على العقود الإلكترونيّة الدولية التي تُصنف إلى فئتين[١]، وهما: **من الأعمال إلى الأعمال Business-to-Business**(B2B)، **ومن الأعمال إلى المستهلك Business-to-Consumer**(B2C)، كما تدل التسمية، فإنّه يقصد بفئة الأعمال إلى الأعمال العقد الإلكترونيّ الذي يكون بين طرفين يعتمد كلّ منهما شبكة الإنترنت وسيلة لإدارة نشاطه وإتمام علاقاته المرتبطة بالعمل، بهدف

---

١ _ مِنْهاج، طريق واضح : منهج الإسلام، يتَّبع في حياته مِنْهجاً قويماً.

٢ _ منهاج، وسيلة محدّدة توصِّل إلى غاية معيَّنة: مناهج البحث العلميّ، منهج الدّراسة، لكلِّ علم مِنْهجه.

المنهج العلميّ: خُطَّة منظّمة لعدَّة عمليّات ذهنيَّة أو حسيَّة بُغية الوصول إلى كشف حقيقة أو البرهنة عليها، مناهج التَّعليم: برامج الدِّراسة، وسائله وطرقه وأساليبه.

وبالتالي، لا يوجد فرق بين الكلمتين "منهج" و"منهاج" في اللغة العربية، حيث يمكن استخدام أياً منها بدلاً عن الآخر، ولكن تبقى كلمة منهج الأكثر استخداماً وشيوعاً في اللغة العربية.

لمزيد من التفصيل، يُرجى مراجعة:

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%85%D9%86%D9%87/

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٨/٥م.

١ _ هناك فئات أخرى، وهي: وحدة أعمال – إدارة حكومية(محلية) Business To Administration، ومستهلك – إدارة حكومية Consumer To Administration. إلا إنّ موضوع البحث وطبيعته اقتضت دراسة فئة (B2B) و(B2C).

إنجاز الأعمال وتحقيق متطلبات النشاط الذي تقوم به منشأة كل منهما، وأمّا فئة الأعمال إلى المستهلك فيقصد بها العقد الإلكترونيّ الذي يتمّ بين موقع يمارس التجارة الإلكترونيّة وبين مستهلك، الذي هو مشترٍ للبضاعة أو طالب للخدمة المعروضة على الموقع الإلكترونيّ للتاجر بهدف تلبية رغباته واحتياجاته.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه الدراسة سوف تعتمد في تحديد القواعد الواجبة التطبيق على العقود الإلكترونيّة على منهاج القواعد الماديّة الدوليّة التقليديّة، مثل: اتفاقيّة الأمم المتّحدة بشأن البيع الدولي للبضائع "فيينا ١٩٨٠" واتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، واتفاقية روما لعام ٢٠٠٨، التي يمكن تطبيق جانب منها على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، والقواعد الماديّة الإلكترونيّة التي تشكلت من سلوك المتعاملين عبر شبكة الإنترنت والهيئات الدوليّة المعنيّة بهذا النوع من العقود، وغيرها من القواعد التي أفرزها المجتمع الافتراضي وقرارات التحكيم، على أنّ تحديد هذه القواعد لن يتم إلا بعد تطبيق منهاج التنازع على عقود التجارة الإلكترونية.

ثانياً_أهمّية البحث:

إنّ الموضوع محل الدراسة له أهمّيّة بارزة تتمثل أساساً في أنّه يرتبط بعقود تتنامى وتزداد يوماً بعد يوم بصورة سريعة، فازديادها أصبح ملموساً في حياة الأفراد ولأنّ معظم هذه العقود تتميّز بالصيغة التجاريّة وبقيمتها الماديّة التي تكون ضخمة في الكثير من الأحيان، فغياب قانون يطبّق على هذه العقود يثير إشكالات كبيرة في الواقع مما يحتم البحث في موضوع القانون الواجب التطبيق عليه، لتجنب أيّ عراقيل وصعوبات يثيرها هذا النوع من العقود.

وتتمثل الأهمّيّة العلميّة أو القانونيّة للبحث في أنّ موضوعه يهدف إلى توعية المتعاملين في هذا المجال ومساعدة الدول في جهودها الرامية إلى استيعاب العمليات الإلكترونيّة عبر الإنترنت، فهذه الدراسة تقدّم تحليلاً شاملاً لجميع القضايا المتّصلة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونيّة التي تتمّ بين التجار أنفسهم وبين التجار والمستهلكين عبر شبكة الإنترنت، وتستعرض القضايا القانونيّة التي ينظر إليها على أنّها تشكّل عقبات أمام استخدام شبكة الإنترنت في التجارة الدوليّة، كما تشمل تحليلاً للحلول المقدّمة في القانون النموذجي المتعلّق بالتجارة الإلكترونيّة الذي أعدّته لجنة الأمم المتّحدة للقانون التجاريّ الدوليّ، كما تقدّم هذه الدراسة أيضاً تحليلاً للاتفاقيات الدوليّة والقوانين الوطنيّة، وكذلك التوجيهات الأوربية والعقود النموذجية وتقنيات السلوك الوطنيّة والدوليّة المعنيّة بالتجارة الإلكترونيّة.

وبالإضافة إلى ذلك، فإنّها تشمل عدداً من الاقتراحات لكي تنظر فيها الحكومات والأطراف المعنيون بالعمليات التجاريّة عبر شبكة الإنترنت، فالأمر يحتاج إلى بيان الأطر القانونيّة الملائمة لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة حتى يتحقّق الأمان القانونيّ للمتعاقدين عبر الإنترنت، وهو ما يتّفق مع هدف القانون الدوليّ الخاص الذي يرمي إلى تحقيق الأمان القانونيّ أكثر منه سعياً لتحقيق العدالة.

ثالثاً_ إشكالية البحث:

لا شك أنّ عقود التجارة الإلكترونية هي ضرب من ضروب عقود التجارة الدولية، لذلك فقد كان ومازال تنازع القوانين من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص، إذ لا يخفى على أحد أهمية التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية عامة، والتجارة الإلكترونية خاصة، إذ تختلف قواعد

الإسناد وتتنوع وذلك تبعاً لتنوع موضوع النزاع المطروح أو حسب طبيعة مضمونه، لذلك يمكن حصر إشكالية موضوع البحث بالآتي:

_ مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين للتطبيق على العقود الإلكترونيّة لإيجاد القانون الواجب التطبيق عليها، وهل بإمكان القواعد الماديّة الدوليّة إيجاد الحل الأمثل لذلك؟

_ ويندرج ضمن هذه الإشكالية إشكالات فرعيّة نطرحها وفق الآتي:

_ هل يمكن إخضاع العقد الإلكتروني للقوانين المسند إليها بموجب قواعد الإسناد التقليديّة، التي أهمّها قانون إرادة المتعاقدين؟

_ ما هو القانون الواجب التّطبيق في حال غياب اتفاق المتعاقدين؟

_هل يمكن إعمال قواعد الإسناد الاحتياطيّة في مجال العقد الإلكتروني؟

_ وإذا كان من الضروري وجود القواعد الماديّة الدوليّة أو القانون الموضوعي الإلكتروني، فما المقصود به؟ وما هي مصادره وقيمته القانونيّة؟ وهل تتوفر فيه صفة النظام القانونيّ؟ وهل يمكن اعتباره نظاماً قانونيّاً مستقلاً؟

رابعاً_ صعوبات البحث:

هناك صعوبات عديدة واجهت البحث في مجال موضوع القواعد الواجبة التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ومن تلك الصعوبات:

١_ قلة المؤلفات المتخصصة والمتعلقة بموضوع البحث: فالمهتمين بالقانون الدولي الخاص يلاحظون نقصاً شديداً، وندرة في الدراسات، ولا سيما أنّ هناك دراسات قليلة تناولت القواعد أو القانون الوجب التطبيق على العقد الإلكتروني في القانون السوري، فقواعد الإسناد الخاصة بالعقد الإلكتروني تناولها المشرع السوري في قانون المعاملات الإلكترونية رقم(٣) لعام ٢٠١٤ بالمادة(١١) منه، التي تقتصر فقط على اتفاق أطراف العقد الإلكتروني على القانون الواجب التطبيق(قانون الإرادة)، وفي حال عدم وجود اتفاق أو اختيار للقانون الواجب

التطبيق من قبل هذه الأطراف يتم العودة إلى قواعد القانون الدولي الخاص أو قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني.

٢_ قلة أحكام قضاء الموجودة على المستوى الوطني يمكن الاستئناس بها في مجال البحث، من أجل الحصول على حل مناسب للمشكلات القانونية التي تطرحها الدراسة.

خامساً_ منهج البحث وخطته:

انطلاقاً من الإشكالية المطروحة وللإحاطة بموضوع البحث" القواعد الواجبة التطبيق على منازعات العقود الدولية للتجارة الإلكترونية" دراسة مقارنة بين المنهاجين التنازعي والمادي، وبما أنّ البحث العلمي يتميز بالتكامل المنهجي لا الأحادية المنهجية، فقد تم الاعتماد على كل من المنهاج التأصيلي والمنهاج المقارن، والمنهاج الوصفي والتحليلي.

فالمنهاج التأصيلي أُعتمد لرد الفروع إلى أصولها بالإشارة المستمرة إلى مناهج القانون الدولي الخاص واجبة التطبيق في مجال العقود الدولية، فما عقود التجارة الإلكترونية في حقيقتها إلا عقود دولية، وبالتالي لا تخرج عن نطاق القواعد المادية وقواعد التنازع.

والمنهاج المقارن ليتم المقارنة بين القوانين الوطنية المختلفة التي تناولت موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، وما يجري عليه العمل في الاتفاقيات الدولية، والعقود والقوانين النموذجية.

ويقتضي البحث في اتباع المنهاج الوصفيّ التحليليّ لتحليل كل جزئية من جزئيات الدراسة في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية.

وتم الاعتماد على المقالات والأبحاث والدراسات التي ناقشت **تطويع بعض قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية**، وذلك من خلال العمل على وضع قواعد قانونية عامة تهدف إلى الحفاظ على خصوصيات التعامل بالإنترنت،

وتشجيع المنافسة المشروعة وحماية المستهلك على غرار القانون الأمريكي الموحد للمعاملات المعلوماتية الحاسوبية الذي قام بإخضاع العقود التي يتم تسليم المبيع فيها من خلال شبكة الإنترنت إلى قانون المكان الذي يقع فيه موطن المورد أو المزود عند إبرام العقد، أمّا بالنسبة لعقود الاستهلاك التي يسلم فيها المبيع خارج نطاق الشبكة فتخضع لدولة التسليم(دولة المستهلك) رغبة في حماية المستهلك، أمّا في غير هذه الحالات يخضع العقد للقانون الأكثر ارتباطاً بالعملية التجارية، وذلك لإعطاء نوع من الحرية الكاملة في الاستناد إلى العناصر المختلفة الملائمة للبيئة الإلكترونية لقواعد الإسناد المادية[١].

ترتيباً على ما تقدم، فإنّ موجبات بلوغ هذا البحث أهدافه اقتضت تقسيمه إلى بابين، يُعالج في الباب الأول تطبيق منهاج التنازع في مجال العقود الدوليّة على العقود الإلكترونيّة، أمّا في الباب الثاني سيتم التطرّق لتطبيق منهاج القواعد الماديّة الدوليّة على تلك العقود، ثمّ تنتهي الخطّة بالنتائج والاقتراحات والتوصيات.

وعلى ذلك تم تقسيم البحث إلى:

الباب الأول: تطبيق منهاج التنازع على عقود التجارة الإلكترونيّة

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكترونيّ في حال اتفاق الأطراف المتعاقدة

المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة وإعماله في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية وصعوبات إعماله

---

[١] _ طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية(دراسة تحليلية)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٨، ص١٠.

الفصل الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية في حال غياب اتفاق الأطراف المتعاقدة

المبحث الأول: الإسناد الجامد لعقود التجارة الإلكترونية

المبحث الثاني: الإسناد المرن لعقود التجارة الإلكترونية

الباب الثاني: منهاج القواعد المادية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية

الفصل الأول: مصادر القواعد المادية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الأول: القواعد المادية الوضعية

المبحث الثاني: القواعد المادية الفعلية أو ذات النشأة التلقائية

الفصل الثاني: تقويم القواعد المادية لعقود التجارة الإلكترونية

المبحث الأول: مدى تمتع القواعد المادية لعقود التجارة الإلكترونية بصفة نظام قانوني

المبحث الثاني: مدى تشكيل القواعد المادية للتجارة الإلكترونية لنظام قانوني مستقل

الباب الأول
تطبيق منهاج التنازع على عقود التجارة الإلكترونيّة

الباب الأول
تطبيق منهاج التنازع على عقود التجارة الإلكترونيّة

كان تنازع القوانين في مسائل العقود الدوليّة، وما زال، أحد أهمّ موضوعات القانون الدوليّ الخاص، وأدقّها على الإطلاق[١]، ولتوضيح مضمون مشكلة تنازع القوانين فيما يخص العقد يمكن إيراد التساؤل أو المثال التالي: إذا قامت شركة سورية ببيع منتجاتها لشخص مصري، وأُبرم العقد عبر شبكة الإنترنت[٢] أو

---

[١] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، منشأة المعارف، مصر، ١٩٩٥، ص٩٠.

[٢] _ الإنترنت (internet) : كلمة إنجليزية الأصل تتكون من مقطعين هما inter وتعني البينية أو الاتصال، أمّا الثانية net وتعني الشبكة، وإذا جمعنا الكلمتين معاً فإنّ المعنى الكامل المتحصل هو الشبكة المتصلة أو البينية.

ويُعرف الإنترنت بأنّه : (مجموعة من أجهزة الحاسب الآلي مرتبطة ببعضها البعض الآخر بطريقة تمكن من تبادل المعلومات باستخدام التكنولوجيا الحديثة).

وقد بدأت الإنترنت في نهاية الستينات، حيث عهدت وزارة الدفاع الأمريكية إلى وكالة مشروعات الأبحاث المتقدمة (advanced research project agency) بمهمة إنشاء شبكات حواسيب يتصل بعضها ببعض، وكان هدف هذه الوكالة أساساً إجراء أبحاث في مجال الدفاع لضمان تفوق الولايات المتحدة الأمريكية في مجال أبحاث الدفاع خاصة بعدما أطلق الروس مركبتهم الفضائية (سبوتنيك) عام ١٩٥٧.

ويعزى سبب ذيوع الإنترنت وانتشارها إلى قلة كلفة هذه الوسيلة إذا ما قورنت بوسائل الاتصال الأخرى، واستغنائها عن الورق في الكتابة، فضلاً عن دمجها لخصائص الوسائط المتعددة من تلفاز وحاسوب وهاتف معاً (صوت وصورة ونص)، وتوفيرها لإمكانيات مذهلة في التواصل بين البشر أينما كانوا متجاوزة بذلك حدود الزمان والمكان. وقد بدأ استخدام الإنترنت في الأغراض التجاريّة عام ١٩٩٢، عندما ظهرت (www) شبكة الويب العالمية (world wide web) كمروج للسلع والخدمات، ومن هنا بدأ إقبال رجال الأعمال وأصحاب

إحدى تطبيقاتها، وأُتفق أن يتمّ التسليم في الأردن، وحدث أن تأخرت في التسليم، ورفع النزاع بشأنه إلى القضاء، فما هو القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد؟

هذا السؤال يطرح تفسيراً منطقياً: إنّ العقد على صلة بقوانين عدة دول، وقانون كل دولة مرشح لحكمه، ولكن من غير الممكن تطبيقها جميعاً على العقد في وقت واحد، حيث لا بّد من اصطفاء أو تفضيل أحدهم، وإسناد النزاع إليه باعتباره القانون الذي يتمتّع بإسناد وصلات أقوى[١]، ويتلاءم تطبيق أحكامه مع معطيات العقد، ويناط بمنهاج تنازع القوانين مهمة ذلك الاصطفاء أو المفاضلة بين القوانين.

وتختلف قواعد الإسناد[٢] التي تعالج التنازع ما بين قوانين الدول المختلفة باختلاف نوع النزاع المطروح أو طبيعة مضمونه، ومن ثمّ تتعدّد عوامل أو

المؤسسات والشركات التجاريّة على تلك المواقع وأصبحوا يبرمون الصفقات عن طريق مراسلاتهم عبر البريد الإلكتروني، ثمّ عن طريق عرض منتجاتهم وخدماتهم من خلال مواقع لهم على شبكة الإنترنت. يرجى مراجعة: محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٢٥.

ويرجى مراجعة أيضاً: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونيّة للتعاملات الإلكترونيّة، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٣، ص٢٣.

[١] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدوليّ، المجلد الواحد الخمسون، العدد ٥١، ١٩٩٥، ص٩٦.

[٢] _ تعرف قاعدة الإسناد بأنّها:(قاعدة قانونيّة وضعية، ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدوليّة، فتصطفي أكثر القوانين مناسبة وملائمة لتنظيم تلك العلاقات، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق)، كما تعرف كذلك بأنّها:(تلك القواعد القانونيّة التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات أو المراكز القانونيّة المشتملة على عنصر أجنبي) أو هي أداة قانونيّة لحل مشكلة تنازع القوانين عن طريق توزيع الاختصاص التشريعي، ويكون ذلك عن طريق تركيزها في أحد الأنظمة القانونيّة.

ضوابط الإسناد التي يجري على أساسها تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وهذه القواعد وضعت للمسائل الأكثر شيوعاً في المعاملات أو الوقائع ذات الطابع الدوليّ مثل تلك المتعلقة بالعقود الدوليّة وحالة الأشخاص والمسؤولية المترتّبة على الفعل الضار. إلا إنّ الذي يهمنا بهذا الصدد هو أنّ قواعد التنازع التقليديّة المتعلقة بالعقود خصوصاً، لم تضع إمكانية إنجازها عبر القنوات الإلكترونيّة، التي قد تفتقر إلى عوامل الإسناد أو الارتباط التقليديّة، فعوامل الارتباط الماديّة مثل مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، هو مما يصعب تطبيقه في حالة إبرام العقد أو تنفيذه عبر الفضاء أو القنوات الإلكترونيّة[١].

ولهذا فإنّ إسناد العقود الإلكترونيّة التي تتم في بيئة إلكترونيّة يصعب تحديد مكان إبرامها أو تنفيذها، لأنّ العقد يرتبط بأكثر من مكان وهي مسألة يكتنفها الغموض لصعوبة تركيز العلاقة التعاقدية في مكان محدد، وهذا الأمر يزيد من تنازع القوانين في شأن تلك العقود[٢].

وبالعودة لقانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم(٣) لعام ٢٠١٤ الذي نظم موضوع تنازع القوانين فيما يخص المعاملات الإلكترونية، نجد أنّه كان تنظيماً مقتضباً في المادة(١١) منه التي نصّت على:(ما لم يوجد اتفاق بين أطراف العقد الإلكتروني على القانون الواجب التطبيق، يُطبَّق على القانون

د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص٩٧.

وكذلك يرجى مراجعة:

HENRY Laurence- Caroline, L'essentiel du droit international privé, Gualino, Paris, 2005, p.25.

[١] _ د. سلطان عبد الله الجواري، عقود التجارة الإلكترونيّة والقانون الواجب التطبيق(دراسة قانونيّة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص٩٢.

[٢] _ هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، مصر، دون تاريخ، ص٢٥٥.

الواجب التطبيق قواعد القانون الدوليّ الخاص المنصوص عليها في القانون المدني).

وبالرجوع إلى القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ بتاريخ ١٩٤٩/٥/١٨ في القسم الخاص بتنازع القوانين بالمادة(٢٠) التي نصّت على:(١_ **يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإنّ اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه.**

٢_ على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار).

والسؤال الثاني الذي يثار في هذا الصدد هو: هل تتلاءم قواعد تنازع القوانين المنصوص عليها في القانون المدني السوري، والمطبقة في مجال العقود التقليدية مع بيئة العقد الإلكتروني وطبيعته؟

حيث يُلاحظ أنّ قانون المعاملات الإلكتروني السوري ترك لأطراف العقد الإلكتروني حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، إلا أنّه في حالة عدم الاتفاق على ذلك، أوجب الرجوع إلى قواعد القانون المدني[١].

ومما سبق، تفرض دراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على نزاعات عقود التجارة الإلكترونيّة بطبيعتها الدوليّة، التي تتم بين أطراف متواجدة في دول مختلفة[٢]، الاستعانة بمنهاج تنازع القوانين التقليدي لنرى مدى ملاءمته

---

[١] _ سهام فؤاد انجق، أحكام العقد في قانون المعاملات الإلكترونية السوري مقارنةً مع أحكامه في القانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة دمشق، ٢٠٢١، ص٢٢٩-٢٣٠.

2_ A. KOTEICHE Lama, la loi applicable aux control du commerce électronique, Mémoir pour l'obtention d'un Diplome d'études approfondies en droit Internet et International des affaires, faculté de

للتطبيق على هذه العقود، وذلك بالاستناد على ضابط الإرادة أو الإسناد الشخصيّ، ومن ثمّ البحث في ضابط الإسناد الجامد أو قواعد الإسناد الاحتياطية وقواعد الإسناد المرن.

droit et des Sciences politique et Administratives, Université, Beyrouth.2005, p.14.

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكترونيّ في حال اتفاق الأطراف المتعاقدة

(قانون الإرادة)

استقرت في معظم بلدان العالم فقهاً وقضاءً قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، أي خضوعه للقانون الذي يختاره الأطراف المتعاقدة، وقد أخذت به العديد من التشريعات في الدول بوصفها قاعدة الإسناد الأصلية الأولى، فيما **يتعلّق بالعقد من الناحية الموضوعيّة**[١].

وللإشارة، فإنّ هذه الفكرة وإن عرفت عدّة تطورات على مدار التحولات التي عرفها منهاج تنازع القوانين عبر الأزمنة، غير أنّ مبدأ سلطان الإدارة لم يستقر في فقه تنازع القوانين إلا لفترة حديثة نسبياً، ترجع إلى بداية القرن التاسع عشر[٢] عندما ظهرت بعض الاتجاهات الفقهية الحديثة التي تطرقت لمبدأ سلطان الإرادة واستقلالها، نظراً لما يتمتع به هذا المبدأ من اهتمام، لكونه من أهمّ القواعد القانونيّة في فقه التجارة الدوليّة[٣].

---

[١] _ د. سلطان عبد الله الجواري، عقود التجارة الإلكترونيّة والقانون الواجب التطبيق(دراسة قانونيّة مقارنة)، مرجع سابق، ص٩٣.

[٢] _ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، دار الثقافة، الأردن، ٢٠١١، ص١٢٥ وما بعدها.

[٣] _ عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/ جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ١٧-١٩.

ويشترط منح الحرية للأطراف وجود شرطين أساسيين:

أولاً_ وجود ارتباط القانون بعلاقة حقيقية بالأطراف أو المعاملات التجاريّة.

ثانياً_ ألا يتعارض القانون المختار مع أيّ سياسة جوهرية لدولة القاضي أو الدولة التي سوف يكون قانونها هو الواجب التطبيق على العقد[١].

وقد منح فقه القانون الدوليّ الخاص الحقّ للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، ويعود الفضل في ذلك إلى أنّ أغلب التشريعات الوطنيّة جعلت هذا الحق أحد المبادئ الأساسية(العقد شريعة المتعاقدين)[٢]، وحذت حذوها الاتفاقيات والقوانين الدوليّة التي اعترفت بحق الأطراف وقدرتهم على اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدوليّة، نظراً لاتصالها بأكثر من قانون واحد مما يتعين تحديد القانون الملائم في حال نشوب أيّ نزاع(**المبحث الأول**).

وقد ساهمّت ثورة المعلومات والتقنيات الحديثة في تطوير نمط عقود التجارة الدوليّة وأبرزت وسيلة جديدة لإبرام العقود، هذا ما أدى إلى ظهور إشكالات قانونيّة حول تطبيق مبدأ سلطان الإدارة في عقود التجارة الدوليّة المبرمة بالوسائل الإلكترونيّة(**المبحث الثاني**).

---

[١] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص٩٨.

3_ JQCAUET Jean-Michel, principe de l'autonomie et contrats internationaux, edition ECONOMICA, Paris, p.20.

المبحث الأول
مبدأ سلطان الإرادة وإعماله في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة

من المتعارف عليه أنّ قاعدة الإسناد تعتبر الوسيلة الفنية الأولى التي يتم بموجبها تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي، ونظراً لأهمّية مبدأ سلطان الإرادة في تحديد هذا القانون في منازعات عقود التجارة بصفة عامة، وعقود التجارة الإلكترونيّة بصفة خاصة، التي كثيراً ما ترتبط بأكثر من نظام قانونيّ واحد. لذلك، فإنّ القاضي يلجأ إلى تحديد أي نظام قانونيّ يجب تطبيقه[١]، ومهمة تحديد القانون الواجب التطبيق أمر ينطوي على صعوبة بالغة، وهو الأمر الذي يثير العديد من التساؤلات[٢].

ولكن وقبل الولوج في مفهوم مبدأ الإرادة لا بد من **تحديد نطاق هذه الإرادة من خلال التعرف على مفهوم عقود التجارة الإلكترونية، ولا سيما أنّ الفقه لا يخول لإرادة المتعاقدين حق اختيار القانون الذي يحكم الرابطة العقدية إلا في الفروض التي تتسم فيها تلك الرابطة بالطابع الدولي، باعتبار أنّ مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق لا يمكن تصورها في عقد داخلي، الذي يخضع حتماً للقانون الوطني الذي تكون في ظله**[٣]، وبالتالي سيتم البحث في

1_ A. KOTEICHE Lama, op.cit,p.16.

[٢] _ أيت عبد الوهاب فهيمة– خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة بجاية، الجزائر، ٢٠١٧، ص٥.

[٣] _ عصام الدين القصبي، القانون الدوليّ الخاص، النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٨٧٥.

مفهوم قانون الإرادة **في المطلب الأول**، وكيفية تحديد القانون الواجب التطبيق **في المطلب الثاني**.

المطلب الأول
مفهوم عقود التجارة الإلكترونيّة والاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة قدرة المتعاقدين على خلق عقد بينهم، يحتوي على كل التفاصيل في حدود نصوص القانون، حيث يكون للأطراف كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، ولهم استبعاد القانون وإخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون أو عادات وأعراف التجارة الدوليّة، وذلك في حدود النظام والآداب العامة[١]، وهذا المبدأ يعتبر بمثابة قاعدة قانونيّة دوليّة[٢]، نظمتها القوانين الوطنيّة والاتفاقات الدوليّة[٣].

---

[١] _ حمودي ناصر، النظام القانونيّ لعقد البيع الدوليّ الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق / جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ٤٦٦.

[٢] _ أيت عبد الوهاب فهيمة– خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٦.

[٣] _ د. سلطان عبد الله الجواري، عقود التجارة الإلكترونيّة والقانون الواجب التطبيق(دراسة قانونيّة مقارنة)، مرجع سابق، ص٩٥.

ولكن لاعتبار أنّ قاعدة الإسناد الوطنية قررت إعمال ضابط قانون الإرادة على العقود الدولية التقليدية، فإنّ السؤال يبقى مطروحاً حول مدى قدرة إعمال هذا الضابط في مجال عقود التجارة الإلكترونية؟

وهذا ما سيتم البحث فيه من خلال **تحديد مفهوم دولية العقد الإلكتروني** الذي يعد مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص[١](الفرع الأول)، ومن ثمّ البحث **بمضمون هذه المبدأ** الذي تشير إليه قواعد التنازع في مجال عقود التجارة الإلكترونيّة(الفرع الثاني).

الفرع الأول
المقصود بعقود التجارة الإلكترونية

لمّا كانت التجارة الإلكترونيّة مثلها مثل التجارة التقليديّة، تقوم على تبادل القيم من سلع وخدمات في مقابل نقدي أو عيني، غير أنّ ما يميز التجارة الإلكترونيّة أنّها تتم باستخدام تقنيات نقل بيانات التعاقد في إطار فضاء إلكترونيّ من خلال الإنترنت وغيرها من الوسائل الإلكترونيّة، وهذا ما يستلزم دراسة المقصود بعقود التجارة الإلكترونية، ومادامت تلك العقود تبرم عبر وسيلة إلكترونية فلا بد من معرفة طبيعتها القانونية لجهة دولية هذه العقود من خلال:

أولاً_ تعريف عقود التجارة الإلكترونية:

من الأمور التى أثارت الجدل، واختلفت عندها وجهات النظر، محاولة

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٨، ص١٠.

وضع تعريف للتجارة الإلكترونية بصفة عامة[١]، والعقود الإلكترونية التى تتم عبر الشبكة الدولية للإتصالات بصفة خاصة.

ولعل مرد ذلك الخلاف تشعب هذه التجارة وتنوع العقود التى تبرم من خلالها بحسب المدرج فى كل نوع من العقود، الأمر الذى أدى إلى اختلاف المفاهيم، وبالتالي التعريفات، باختلاف الزاوية التى ينظر منها الباحث إلى تلك العقود.

فقد استند جانب من الشراح إلى صفة أطراف العلاقة القانونية فى تعريفه لعقود التجارة الإلكترونية، وعرفها بأنّها:(تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك

---

[١] _ يشيع لدى الكثيرين استخدام اصطلاح التجارة الإلكترونية E –COMMARCE رديفاً لاصطلاح الأعمال الإلكترونية E- BUSINESS، غير أنّ هذا خطأ شائع لا يراعي الفرق بينهما، فالأعمال الإلكترونية أوسع نطاقاً وأشمل من التجارة الإلكترونية، وتقوم الأعمال الإلكترونية على فكرة أتمتة الأداء في العلاقة بين إطارين من العمل، وتمتد لسائر الأنشطة الإدارية والانتاجية والمالية والخدماتية، ولا تتعلق فقط بعلاقة البائع أو المورد بالزبون، إذ تمتد لعلاقة المنشأة بوكلائها وموظفيها وعملائها، كما تمتد إلى أنماط أداء العمل وتقييمه والرقابة عليه، وضمن مفهوم الأعمال الإلكترونية، يوجد المصنع الإلكتروني المؤتمت، والبنك الإلكتروني، وشركة التأمين الإلكترونية والخدمات الحكومية المؤتمتة، التي تتطور مفاهيمها في الوقت الحاضر نحو مفهوم أكثر شمولاً هو الحكومة الإلكترونية، وأية منشأة قد تقيم شبكة إنترنت لإدارة أعمالها وأداء موظفيها والربط بينهم. في حين أنّ التجارة الإلكترونية نشاط تجاري، وبشكل خاص تعاقدات البيع والشراء وطلب الخدمة وتلقيها بآليات تقنية وضمن بيئة تقنية.

المحامي يونس عرب، منازعات التجارة الإلكترونية الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، ص٢، بحث متاح على الرابط:

https://www.univdz.com/bibliotheque/1-droit-prive/6294-

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/٢/٢٥م.

وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات)[١]، في حين أنّ غالبية الفقه قد انصب اهتمامهم على الوسيلة التي تتم من خلالها إبرام العقد، وحصر التعريفات داخل إطار العقود التي تتم على الإنترنت حيث عرفها البعض بأنّها:(اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل)[٢].

وفي ذات المعنى حدد قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم(٣) لعام ٢٠١٤ المقصود بالعقد الإلكتروني في المادة الأولى منه بأنّه:(**اتفاق بين طرفين أو أكثر يجري انعقاده أو تنفيذه، كلياً أو جزئياً، بوسائل إلكترونية**).

كما عرفها المشرع الأردني بقانون المعاملات الإلكترونية رقم(٨٥) لعام ٢٠٠١، السابق، الذي تم الاستعاضة عنه في القانون رقم(١٥) لعام ٢٠١٥، على إنّ العقد الإلكتروني:(الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية)[٣].

كما عرف القانون الاتحادي الإماراتي رقم(٤٦) لعام ٢٠٢١ بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة التعاقد العقد الإلكتروني من خلال تعريف المعاملات الإلكترونية بالمادة الأولى منه بأنّه:(أي معاملة يتم إبرامها أو تنفيذها أو توفيرها أو إصدارها كلياً أو جزئياً بشكل إلكتروني، وتشمل العقود والاتفاقيات وغيرها من المعاملات والخدمات الأخرى).

أمّا القانون اللبناني الخاص بالمعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي رقم(٨١) الصادر بتاريخ ٢٠١٨/١٠/١٠، فقد عرف التجارة

---

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١١.

[٢] _ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونيّة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٢١٣.

[٣] _ إلا أنّ القانون المعاملات الإلكترونية الأردني البديل رقم(١٥) لعام ٢٠١٥ لم يبقِ على ذات التعريف ولم يستبدله.

الإلكترونية(**Electronic Commerce**) بأنّها:(النشاط الذي يؤدي بموجبه أحد الأشخاص أو يعرض عن بُعد بوسيلة إلكترونية تزويد الغير بالسلع أو تقديم الخدمات لهم).

حيث يُلاحظ أنّ أغلب هذه التعريفات عولت على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، في حين أنّ مفهوم التجارة الإلكترونية قد يشمل استخدام تقنيات أخرى مثل النسخ البرقي.

كما أنّه لا بد من التمييز بين التجارة الإلكترونيّة والتجارة عبر الإنترنت التي تعد شكلاً من أشكال التجارة الإلكترونيّة، باعتبار أنّ الإنترنت هو أحد الوسائل المستخدمة في التجارة الإلكترونيّة[١].

وبناءً على ذلك، يمكن **تعريف عقود التجارة الإلكترونية**، وفق الرأي المستقر في الفقه والاجتهاد، بأنّها اتفاق يبرم وينفذ كلياً أو جزئياً من خلال تقنية الاتصال عن بُعد من دون حضور مادي متزامن للمتعاقدين، بإيجاب وقبول ويمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسائط، وذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد[٢].

وبالتالي، تتميز عقود التجارة الإلكترونية عن العقود التقليدية، بالسمة الإلكترونية، التي نتج عنها اختفاء الكتابة الورقية وانعدام التوقيع اليدوي وظهور الكتابة الإلكترونية والتوقيع الرقمي، وإحلال النقود الإلكترونية محل النقود العادية[٣].

---

[١] _ د. بسام شيخ العشرة– د. حنان مليكه، التجارة الإلكترونيّة، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سورية، ٢٠١٨، ص٩.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٥.

[3] _ CAPRIOLI (E.), Le juge et la preuve électronique, http://www.juris.Com. net/uni/doc/20000//0.htm, 10 janvier 2000;

حيث إنّ المعيار الأساسي لتميز العقد الإلكتروني عن العقد العادي هو بالوسيلة التي يتم بها إبرام هذا العقد، أي أنّ خصوصية هذه العقود تكمن في الوسيلة التي يتم من خلالها هذه العقود، حيث أصبح بالإمكان ليس فقط إتمام العقد بل وتنفيذه كذلك من خلال هذه الوسيلة، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإنّ تلك الوسيلة تسمح بإجراء حوار متبادل بين الطرفين بطريقة سمعية بصرية تفاعلية أدت إلى تقلص المسافات والفواصل الزمنية، **وهنا السؤال الذي يطرح نفسه هل تعتبر هذه العقود عقود دولية أم عقود وطنية؟**

ثانياً_ دولية عقود التجارة الإلكترونية:

يترتب على إضفاء صفة الدولية على عقد معين خضوع هذا الأخير لأحكام ومبادئ القانون الدولي الخاص، مثل قيام أطراف العقد باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الذي يحكم علاقتهم العقدية. ونتيجة لذلك، فإنّ الفقه يتجه إلى التفرقة في مجال روابط القانون الخاص بين الروابط الداخلية وبين تلك التي تتسم بالطابع الدولي[١].

ولا جدال في أنّ فكرة العقد الدولي الذي تناولته الاتفاقات الدولية التي ترتكز في الأساس على مبدأ تخطي الحدود الجغرافية للدولة وحكم العلاقات التي تنشئ في أكثر من دولة، وقد تعددت الآراء الفقهية التي قيلت في مجال تمييز

FAUVARQUE-COSSON (B.), Le droit international privé classique à l'epreuve des réseaux, droit - internet - 2001. univ - paris1. Fr/ pdf /vF / Fanvarque - B.pdf; DUPUIS -TOUBOL (F.), Commerce électronique: comment en apporter la preuve ?, R.D.A.I, 1998; Le décret d'application de la loi no 2000-230 du 13 mars 2000, J.C.P E 2000, ,p. 572.

[١] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٤٨.

العقد الدولي عن العقد الداخلي، وبالرجوع إلى القواعد العامة، فإنّ العقد يكون دولياً وفقاً لأحد المعيارين، الأول **وهو المعيار القانونيّ** ومؤداه أنّ العقد يكون دولياً إذا اشتمل على عنصر أجنبي، سواء تعلق هذا العنصر بأطرافه أو بهدفه أو بمحل إبرامه أو بمكان تنفيذه أو بموضوعه، وعليه فإنّ اتصال عناصر العقد بأكثر من نظام قانوني واحد هو الذي يبرر إضفاء الصفة الدولية عليه[١].

أمّا الثاني **وهو المعيار الاقتصادي**، الذي يعني انتقال الأموال والثروات والخدمات عبر الحدود مما يجعل العقد دولياً لاتصاله بمصالح التجارة الدولية[٢].

وفيما ي ة الإلكتروني ة

كما أنّ الطابع الدولي لا يقتصر على العقود فقط، بل ينسحب كذلك على سائر المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، مثل: الدعاية والترويج السلع والخدمات واستغلال حقوق الملكية الفكرية وغيرها[١].

أمّا النوع الثاني فيتعلق بالعقود التي ترتكز فيها جميع العناصر سالفة الذكر في دولة واحدة، كأن يبرم العقد شخص مقيم في فرنسا، مع مورد للكتب(شركة فرنسية)، ومن موقع فرنسي، ويتضمن العقد شرط التسليم في فرنسا، ويتم الدفع بشيك فرنسي، وبالعملة الفرنسية(اليورو)، ففي هذه الحالة من الصعب القول بأنّ هذا النوع من العقود ذي صبغة دولية، بل يعتبر عقداً داخلياً بحتاً ويخرج بالتالي عن نطاق القانون الدولي الخاص.

وبعد عرض النوعين الآنفي الذكر، نصل إلى رأي لا يشترط لتطبيق قانون الإرادة على العقد الإلكتروني أن يكون هذا العقد دولياً، وهو توجه اعتمدته بعض الاتفاقيات الدولية، فالثابت في معظم الاتفاقيات الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أنّها تطبق على المعاملات الدولية فقط دون الداخلية، وهناك عدة طرق لتحديد الطابع الدولي للعقد وهي تختلف من تشريع لآخر، فالبعض منها يشير إلى مكان النشاط التجاري، والبعض الآخر يشير إلى مقر الإقامة المعتادة للطرفين في بلدين مختلفين، مع الأخذ بمعيار أعم أمثل أن يكون للعقد صلات واضحة بأكثر من دولة أو يتعلق بالتجارة الدولية.

على أنّ هناك استثناءاً ملحوظاً من القاعدة السابقة بشأن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، حيث عمد الفريق العامل على عدم التمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية لتطبيق القانون النموذجي، دون وضع

---

[١] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدوليّ الخاص: فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٢ – ١٣ أيار ٢٠٠٠، ص٢٩.

تمييز فيما بين ما يعد داخلياً أو دولياً، وهو ما يستفاد من نص المادة الأولى من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية حيث جاء نصّها على أنّ:**(ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية).**

وسبب ذلك صعوبة وضع معيار لما يعد دولياً وما يعد داخلياً، بصدد المعاملات التي تتم من خلال شبكة الإنترنت، فأراد الفريق العامل توحيد القواعد التي ستطبق على المعاملات الإلكترونية نظراً لما تتميز به من خصائص في أسلوب التعاقد تختلف عن العقود التي تبرم بالطرق التقليدية المتعارف عليها[١].

ومن ناحية أخرى، فإنّ القواعد الخاصة بتكوين العقد بالطرق التقليدية تميز ما بين الإبلاغ الآني والإبلاغ غير الآني للعرض والقبول، أي بين الاتصالات المتبادلة بين الأطراف الحاضرين في ذات المكان وذات الوقت، والاتصالات المتبادلة عن بعد، والأمر المستقر عليه هو أنّه إذا لم يكن الطرفان على اتصال آني أو يتفاوضان وجهاً لوجه، فإنّ العقد يتكون إمّا عند إرسال القبول إلى مقدم العرض أو عند تسلمه له، وعلى ذلك يكون من السهل نسبياً تحديد مكان تكوين العقد، إذا ما عرف مكان إرسال القبول أو تسلمه، الأمر الذي يجعل من مكان تكون العقد معياراً يصلح لتحديد الدولية، حيث يرتبط بمسألة غياب الحدود الجغرافية في عالم شبكة الإنترنت، إضافة إلى أنّ غالبية العناوين على الشبكة، لا تقترن باسم حقل معين يرتبط بدولة معينة، أي أنّها لا تنتهي بمميز جغرافي يربطها بدولة معينة، أي أنّها في الحقيقة ليست عناوين أمكنة

---

[١] _ دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦، منشورات الأمم المتحدة، ص ٢٥، منشور على الموقع الإلكتروني:
https://uncitral.un.org/
تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/١٢/١٣م.

مادية، وإنّما مجرد عناوين رقمية افتراضية على الشبكة، وقد ذكر في مشروع تقرير الفريق العامل المعني بالتجارة الإلكترونية التابع للأونسيترال، عن دورته الثامنة والثلاثين:(**إنّ نظام تخصيص أسماء المجالات للمواقع الموجودة على الإنترنت لم يصمم في الأصل وفقاً لاعتبارات جغرافية محضة، وهذا ما يتضح من استخدام أسماء مجالات وعناوين للبريد الإلكتروني لا تدل على أي صلة ببلد معين، ومثال ذلك العناوين الملحقة بأسماء المجالات الرئيسية .net.com**)[١].

كما ذكر في ذات المشروع أنّ:(التجارة الإلكترونية تؤدي إلى طمس التمييز بين الصفقات الداخلية والصفقات الدولية)[٢].

فمثلاً، موقع (www.neelwafurat.com) الذي يعتبر أكبر متجر إلكتروني للمحتوى العربي، ويقع المكتب الرئيس له في لبنان، يسمح بالبحث في عناوين الكتب، ويمكن للمستهلك الشراء وتسديد الثمن عن طريق الإنترنت، ويتم إرساله فيما بعد للمستهلك عن طريق البريد الإلكتروني الخاص به، دون أن يتطلب انتقالاً مادياً.

إنّ العنوان المشار إليه، لا يحدد الوجود الجغرافي للجهة صاحبة الموقع، حيث إنّ com. معناه commercial، ويعني الهيئات والشركات التجارية فقط.

وإذا كان العنوان يقترن باسم النطاق يرتبط بدولة معينة، كأن ينتهي بـ sy يعني سورية، أو Lb أي لبنان، فإنّه لا يعبر عن وجود صلة حقيقية ودائمة

---

[١] _ مشروع تقرير الفريق العامل المعني بالتجارة الإلكترونية عن دورته الثامنة والثلاثين، نيويورك، ١٢-١٣ آذار ٢٠٠١، ص ٢٥- الفقرة ٩٩، متاح على الرابط:
https://uncitral.un.org/ar/commission
تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/١٢/١٣م.

[٢] _ المرجع السابق، ص٢٥- الفقرة ١٠١.

بين مستخدم الحقل والبلد المعني، وهو ارتباط ظاهري، حيث إنّ مسجلي عناوين المواقع لا يحولون دون تسجيل عنوان موقع لصالح شخص لا يقيم في بلد التسجيل، فالمواطن السوري مثلاً أو المقيم في سورية يمكنه أن يسجل عنوان الموقع في فرنسا والعكس بالعكس، ونتيجة لذلك فإنّ عنوان الموقع لا يساعد في مسائل القانون الدولي الخاص[١]، وبالتالي لا يمكن اعتباره بشكل آلي المعادل الوظيفي للمكان المادي[٢]، وفي هذا الشأن تنص المادة(٥/٦) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٥ على أنّه:(إنّ مجرد استخدام الطرف اسم النطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أنّ مقر عمله يوجد في ذلك البلد).

ولما كان الفصل في طبيعة العقد الذي يبرم عن طريق شبكة الإنترنت، ضرورة قانونية تقدر بقدرها، رجح معظم الفقهاء الذين كتبوا حول الموضوع، دولية العقد على وطنيته، وذلك لأنّ الغالب على هذه العقود هو البعد الدولي، فمثلاً مستخدمي شبكة الإنترنت يتواجدون في جميع أنحاء العالم، ويستخدمون هذه الشبكة في إبرام تعاقداتهم أثناء تواجدهم المادي في دول العالم المختلفة دون المرور عبر الحدود، ودون الحاجة لتوطين هذه العلاقة، فتعيين مكان تمام العقد في الفضّاء الإلكتروني يعد أمراً عسيراً في ظل شبكة عالمية مفتوحة، ولا سيما أنّ أطرافه أشخاص متواجدون ومنتمون إلى دول مختلفة، فمستخدم

---

[١] _ نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة بغداد، العراق، ٢٠٠٤، ص٤٢.

[٢] _ مشروع تقرير الفريق العامل المعني بالتجارة الإلكترونية عن دورته التاسعة والثلاثين، نيويورك، ١١-١٥ آذار ٢٠٠٢، ص ١٣- الفقرة ٥١، متاح على الرابط:
https://uncitral.un.org/ar/commission

الشبكة يقيم في دولة معينة ومقدم خدمات الاشتراك في مكان آخر، فتعدد الدول المرتبطة بعناصر العقد أمر وارد لا محال[١].

كما أنّ القول بالتمييز بين نوعين من عقود التجارة الإلكترونية السابق الإشارة إليه لا يمكن التسليم به، لأنّه في مجال التعاقد عبر الإنترنت على سبيل المثال وإن كان أطراف العلاقة ينتمون لدولة واحدة، فلا ننسى ارتباط العقد بأطراف آخرين كمزود الخدمة ومعالج البيانات، وحتى ولو كانت الأطراف السابقة يمكن توطينهم في دولة واحدة، فإنّ المجال الذي تعمل فيه الشبكة لا يمكن رده إلى دولة واحدة، إذ أنّ هذا المجال يُمكن الأفراد من الاتصال به، وبنفس الخصائص من أكثر من دولة، وبالتالي العقد الإلكتروني يثير مسألة تنازع القوانين سواء وصف ذلك العقد بأنّه دولي أم لا، فعندما ترتكز جميع عناصر العقد الإلكتروني في بلد واحد لا يمكن وصفه بأنّه محلي لأنّ العقد أُبرم ابتداء بين مواقع شبكية ليس لها أدنى ارتباط مادي بدولة معينة[٢].

وعليه، فإنّ ظهور التجارة الإلكترونية في الساحة القانونية، وسهولة استخدام الإنترنت في المجال التجاري بشكل مطرد، أدى إلى تعزيز المفهوم التقليدي في القانون الدولي الخاص الذي يعتمد عليه لإسباغ العقد الصفة الدولية، فعولمة الإنترنت أدت إلى تدويل العقود التي تتم عبرها ولو لم يتوافر فيها المعيارين السابقين.

وقد جاءت هذه الشبكة لتزعزع الأوضاع والمفاهيم التي استقر عليها القانون الدولي الخاص، وأن تخلق مجال خاص بها وهو المجال الافتراضي الذي يجمع البائعين في معارض تجارية افتراضية تتم عبرها، ويكون متاح لكل طرف

---

[١] _ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٥، ص٢٣٤.

[٢] _ نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٢.

حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم، وبمعنى آخر أنّ نظرية تنازع القوانين اتّسع نطاقها لتشمل نمطاً جديداً من العقود تسمى العقود الإلكترونية[١].

وبالتالي، تُعتبر العقود الإلكترونية في معظمها عقود دولية، ما لم يتبين عكس ذلك، ومن يتمسك بأنّ العقد ليس دولياً عليه إثبات ذلك[٢].

الفرع الثاني
الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة

الأصل أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق وتحديده باتفاق صريح بين الأطراف، يتضمن العقد شرطاً صريحاً ينص على ذلك، أو باتفاق لاحق مستقل، وهذا التحديد يمثل عنصر أمان قانوني للأطراف، فهم يعرفون مقدماً القانون الواجب التطبيق على أي نزاع حول العقد المبرم بينهما من الجانب الموضوعي منه.

والإرادة تكون صريحة بالنص عليها في سند العقد الإلكتروني، ويجب أن تكون هناك إمكانية حفظ مضمونه على جهاز المتعاقد بصورة دائمة، تضمن السلامة حتى يمكن الاعتداد بهذا النص[١].

---

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ٢٠٠٨، ص ٣٩.

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مكتبة بدر الحقوقية، لبنان، ٢٠١٧، ص٢٣١.

وقد خصصت أغلب القوانين والاتفاقيات الدولية مبدأ سلطان الإرادة، ومنحته دوراً حاسماً في تحديد القانون الواجب التطبيق، كما أخذت به العديد من الاتفاقيات والقوانين الدوليّة، منها التي قامت بتوحيد قواعد تنازع القوانين، وأخرى جاءت بأحكام خاصة[٢].

وإذا كان هذا الطرح قد شمل عقود التجارة الدولية التقليدية التي تُعالج في عالم مادي، اعتماداً على المستندات الورقية، فإنّه امتد ليشمل في ظل غياب النصوص القانونية المنظمة لعقود التجارة الإلكترونية هذه الأخيرة التي تعتمد على الوسائط الإلكترونية، وتُبرم في بيئة افتراضية لا تعتمد على أدنى مرتكزات جغرافية.

ونظراً لخصوصيات هذه العقود كان لا بد من تحديد قدرة قانون الإرادة بمفهومه الوارد في عقود التجارة التقليدية للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، حيث يعد العقد الإلكتروني من العقود الحديثة المنشأ، إلا أنّه في حال التمعن والبحث في الأركان العامة للعقد، والآثار المترتبة عليه، نجد أنّه لا يختلف عن غيره من العقود التقليدية إلا بالوسيلة التي تم إنشاؤه بها ليتم توفير الوقت والجهد، فالاعتراف لطرفي العقد بحق إنشائه وتكوينه متوافر قبل

---

[١] _ د. قارة سليمان محمد خليد، الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني، المقال متاح على الرابط:
https://academia-arabia.com/ar/reader/2/69201
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/٦م

[٢] _ د. سلطان عبد الله الجواري، عقود التجارة الإلكترونيّة والقانون الواجب التطبيق(دراسة قانونيّة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٢٣.

التوصل إلى مثل هذه العقود ومقررة من قبل الفقه والقضاء والنصوص القانونية[١].

حيث تعتبر قاعدة خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة من أهمّ القواعد التي أسست لها قواعد تنازع القوانين في جلّ الأنظمة القانونية، وقد كان لهذا المبدأ تأثير في آلية القانون الدولي الخاص التي تعتبر التقاء الإرادات المتعاقدة كافياً بحد ذاته ليكون مصدراً للالتزام[٢].

ونظراً لاستجابة هذا المبدأ للتنوع الهائل والمعقد للعمليات التعاقدية الدولية، فقد أصبح مبدأً يمكن وصفه بالعالمية، وذلك كله لأنّ الإرادة تعتمد على تركيز العقد في نظام قانوني معين[٣].

وقد تبنّت العديد من الاتفاقيات والقوانين الدوليّة مبدأ سلطان الإرادة، إذ لم يقتصر الاعتراف بهذا المبدأ على القوانين الوطنيّة فقط، وذلك نتيجة للأهمّية التي يحضى بها في حلّ نزاعات العقود الدوليّة، ومن بين الاتفاقيات الدوليّة[٤] التي قنّنت هذا المبدأ:

---

[١] _ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٣٣.

[٢] _ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٩، ص١٨٠.

[٣] _ ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٥، ص١٦٦.

[٤] _ يتجلى دور الاتفاقيات الدوليّة في مجال العقود التجاريّة الدوليّة والمسائل التي تثيرها في إطار القانون الواجب التطبيق في التقليل من ظاهرة تناقض الحلول المعتمدة في التشريعات الوطنيّة، ويكون هذا إما بتوحيد قواعد التنازع التي تبين القانون الواجب التطبيق، أو بتوحيد القواعد الموضوعية مباشرة، وبذلك يعد كحل بديل لمنهاج الإسناد الذي يقضي على ظاهرة تنازع القوانين.

يرجى مراجعة:

اتفاقية لاهاي الصادرة بتاريخ ١٥ حزيران لعام ١٩٥٥ والنافذة ابتداءً من ١ أيلول لعام ١٩٦٤ بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدوليّة لبيع الأشياء المنقولة الماديّة، التي تنصّ بالمادة(١/٢) على أنّه:**(يخضع البيع لقانون البلد الذي يعينه المتعاقدان، ويتم هذا التعيين أمّا صراحة في إحدى بنود العقد أو يستنتج بصورة مؤكدة من أحكام العقد وتخضع للقانون نفسه الأحكام المتعلقة برضاء الطرفين فيما يخص القانون الواجب التطبيق).**

ويتضح من نصّ هذه المادة أنّ اتفاقية لاهاي أخذت بقاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد أصليّة لعقد البيع، وهي دون شك القاعدة الأكثر ملاءمة لحاجات التجارة الدوليّة، حيث أعطت هذه المادة للمتعاقدين الحرية الكاملة لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما دون اشتراط أيّ صلة بين العقد والقانون المختار[١].

وأقرّت اتفاقية جنيف للتحكيم التجاريّ الدوليّ لعام ١٩٦١ التي دخلت حيّز التنفيذ في أيلول ١٩٦٤ مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدوليّة، حيث نصّت المادة(٧) منها على أنه:**(الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع..)**، وهذا ما انتهت إليه المادة(٤٢) من اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدوليّ لفضّ منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي تنصّ على أن:

LOUSSOURN Yvon et BERNARD Thierry, droit international privé, 5ème édition, Paris, 1996, p.427.

[١] _ د. سلطان عبد الله الجواري، عقود التجارة الإلكترونيّة والقانون الواجب التطبيق(دراسة قانونيّة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٣٠.

(تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد التي يقررها الأطراف...)[١].

وجاءت في المعنى نفسه المادة(١/٣) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية[٢]، التي نصّت على أنّه:**(يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف)**، وتعتبر هذه الاتفاقية بمثابة القانون الدوليّ الخاص للعقود بالنظر إلى الثقل القانونيّ الذي تمثله الثقافات القانونيّة التي تنتمي إليها دول الأعضاء[٣]، كما أكّدت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع للبضائع بنصّ المادة(٧) على أنّه:**(يحكم البيع القانون المختار من الأطراف)**[٤].

ومن جهة أخرى، يلاحظ أنّ أطراف اتفاقية مكسيكو لعام ١٩٩٤ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدوليّة، التي أبرمت بين دول الأمريكيتين الشماليّة والجنوبية أكدوا على مواصلة التطوّر البناء لصياغة القانون الدوليّ الخاص، والعمل على تجانس الحلول لقضايا التجارة الدوليّة، واضعين في

---

[١] _ قبايلي الطيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدوليّ لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى CRDI، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، الجزائر،٢٠٠١، ص٩٣.

[٢] _ دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في الأول من نيسان ١٩٩١.

[3]_ LOUSSOURN Yvon et BERNARD Thierry , op.cit,p 428.

[٤] _ جاءت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ لتعديل اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدوليّة لبيع الأشياء المنقولة المادية، حيث أخذت الاتفاقية الجديدة بعين الاعتبار التطورات الحديثة في مجال التجارة الدوليّة عموماً، ومن أهمّ هذه التطورات إبرام اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بخصوص توحيد الأحكام الموضوعية لعقد البيع الدوليّ للبضائع.

يرجى مراجعة: د. سلطان عبد الله الجواري، عقود التجارة الإلكترونيّة والقانون الواجب التطبيق(دراسة قانونيّة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٣١.

اعتبارهم الاستقلال الاقتصادي لكل منهم، ومن أجل تحقيق ذلك يجب إزالة الفروق بين أنظمتهم القانونيّة، وبناءً على ذلك جاء بالمادة رقم(٧) منها:
(العقد يحكم بوساطة القانون الذي يختاره الأطراف واتفاق الأطراف على هذا الاختيار يجب أن يكون واضحاً جلياً، أو في حالة أن لا يكون هناك اتفاق واضح يجب أن يكون ذلك واضحاً من سلوك الأطراف ومن بنود العقد وهذا الاختيار يمكن أن يرتبط بكامل العقد أو بجزء منه)[١].

وقد قامت الأمم المتحدة بدور هام في تحفيز مبدأ سلطان الإرادة على أنّه أساس لتحديد القانون الواجب التطبيق، حيث أقرّت الاتفاقيات وقوانين ولوائح التحكيم على قانون الإرادة، فنجد مثلاً أحد فروعها وهي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاريّ الدوليّ(C.N.U.C.I) التي نصّت بالمادة(١/٣٣) من قواعد التحكيم التي وضعتها على أنّه:**(تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي عينه الأطراف).**

كما نصّت المادة(٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاريّ الدوليّ لعام ١٩٨٥ مع التعديلات التي اعتمدت في عام ٢٠٠٦ على أنّه:**(تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون الذي اختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانونيّ يجب أن يؤخذ على أنّه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة..، إذا لم يعين الطرفان أية قواعد...، لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة أو الحسنى، أو كمحكم عادل منصف، إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة)**[٢].

---

[1]_ CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3ème édition, Vuibert, Paris, 2007, p.268.

[٢] _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢٨.

علاوة على ذلك، فإنّ معهد القانون الدوليّ الخاص نشر إعلاناً أوضح فيه أنّ:(الأطراف لهم حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، فيمكنهم الاتفاق على تطبيق قانون أيّ دولة)[١].

وأشارت إلى مبدأ سلطان الإرادة أيضاً من المادة (٤) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، كما نصّت المادة ١٧ من نظام غرفة التجارة الدولية على أنّ للمتعاقدين الحرية التامة في تعيين القانون الذي يجب على هيئة التحكيم تطبيقه على موضوع التحكيم الإلكتروني[٢].

وقد انتقد جانب من الفقه هذا المضمون الضيّق لفكرة قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونيّة، التي تتم عبر شبكة الإنترنت على أساس أنّ تطبيق هذا المنهاج يترتب عليه تطبيق حلول وطنيّة وضعت أساساً من أجل العقود الداخلية، في حين أنّ عقود التجارة الإلكترونيّة هي عقود دوليّة[٣].

وبالمقابل من ذلك، فإنّ للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم والتوسّع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية، بحيث لا تقف عند حدود القانون الداخلي لدولة معينة، فيجوز إسناد العلاقة العقدية لقواعد ذات صبغة عالميّة مثل القواعد العرفية التي نشأت واستقرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الإلكترونيّة.

وبالعودة إلى القانون السوري: نجد نصّ المادة(١١) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري:(ما لم يوجد اتفاق بين أطراف العقد الإلكتروني على

---

[١] _ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، ١٩٩٦، ص١٠٧٤.

[٢] _ نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٦٤.

[٣] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٧١.

القانون الواجب التطبيق، يُطبّق على القانون الواجب التطبيق قواعد القانون الدوليّ الخاص المنصوص عليها في القانون المدني). وبالرجوع إلى قواعد الإسناد وللمادة(١/٢٠) من القانون المدني السوري[١] التي نصّت على أنّه:(يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، **هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه)**[٢].

حيث يتبين من هذه المادة رغبة المشرع السوري بتطبيق قانون دولة معينة على وجه التحديد، بما يعنيه ذلك من رفض لمفهوم العقد الدولي الطليق[٣]، الذي يراه جانب من الفقه بأنّه إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون الإرادة، وهذا ينسجم باعتقادهم مع طبيعة العقد الدولي المرتبط أصلاً بأكثر من قانون على نحو يتيح له الإفلات من الخضوع لقانون دولة محددة، بل ثمة من يذهب

---

[١] _ وبالمقابل لهذه المادة من القانون المدني السوري نص المادة(١٩) من القانون المدني المصري.

[٢] _ **تجد الإشارة إلى أنّ القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية بموجب المادة(٢٠) من القانون المدني السوري، سواء أكان قانون الإرادة أم قانون الموطن المشترك أم قانون محل الإبرام، يجب من حيث المبدأ أن يحكم العقد من مختلف جوانبه باستثناء مسألتين هامتين، هما: أهلية المتعاقدين وتخضع لأحكام المادة(١/١٢) أياً كان محل العقد سواء أكان عقاراً أم منقولاً، وشكل العقد يخضع لأحكام المادة(٢١) من القانون المدني السوري.**

د. فؤاد ديب، تنازع القوانين، منشورات جامعة دمشق، ١٩٨٦، ص٣٢٥.

[٣] _ د. وفاء مزيد فلحوط، القانون الواجب التطبيق على الجانبين الموضوعي والشكلي للعقود" دراسة تحليلية في إطار نظام تنازع القوانين السوري"، مجلة جامعة البعث، المجلد ٤٣– العدد ١٧، ٢٠٢١، ص١١٦.

لتحرير العقد من قوانين الدول ليغدو طليقاً، فيقبل الخضوع لشروطه التعاقدية، أو للعادات وللأعراف السائدة[١].

أمّا إذا ذهبنا إلى قانون التحكيم السوري رقم(٤) لعام ٢٠٠٨، حيث نصّت المادة(١/٥):**(لطرفي التحكيم حرية تحديد القانون الذي يجب على هيئة التحكيم تطبيقه على موضوع النزاع)**، إضافة إلى المادة(١/٣٨) من نفس القانون.

فهذه النصوص تؤكّد بما لا يدع مجالاً للشك أنّه يحق للمتعاقدين اختيار قواعد لا تنتمي إلى نظام وطني معين، ولعل خير دليل على ذلك الفقرة الثانية من المادة(٥) من قانون التحكيم السوري حيث أجازت بصريح النص للمتعاقدين حرية إخضاع عقدهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دوليّة، حيث نصّت على أنّه:**(إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونيّة بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دوليّة أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بما تشمله هذه الوثيقة من أحكام خاصة بالتحكيم)**.

فهذا الاتجاه يخول المتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة عملاً بحقّهم المقرّر بموجب قاعدة الإسناد واحتراماً لتوقعاتهم، ولكنّه يحرص في ذات الوقت على ألا تصل هذه الحرية إلى حد إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون على نحو يؤدي إلى الغش نحو القانون أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة[٢]، فهذا الحل يقيم

---

[١] _ د. وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص١١٦-١١٧.

[٢] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٢٥٣.

نوعاً من التوازن بين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وإسناد هذه الحرية على أسس مشروعة[١].

المطلب الثاني
كيفية تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة

يقوم المتعاقدان في نطاق العقود الدوليّة باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وقد يتم هذا الاختيار صراحة كما يمكن استخلاصه من القاضي أو المحكم من خلال قرائن تكشف عن إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد.

ومن ناحية أخرى، يثور الخلاف حول مدى حرية المتعاقدين في الاختيار من حيث مدى اشتراط صلة بين القانون المختار والعقد، ومدى إمكانية إسناد الرابطة العقدية لأكثر من قانون لحكمها، وأخيراً في الوقت الذي تمارس فيه الإرادة حريتها في اختيار قانون العقد[٢]، فهل يتعين الاختيار عند إبرام العقد؟ أم يمكن أن يتم ذلك في وقت لاحق على إبرام العقد؟ وهذه المسائل نحاول أن نعالجها في ضوء عقود التجارة الإلكترونيّة من خلال **الاختيار الصريح** للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة في الفرع الأول، **والاختيار**

---

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٧٥.

[٢] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٤٦٢.

الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة في الفرع الثاني، وبيان **مدى حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الإلكتروني الدوليّ** في الفرع الثالث.

الفرع الأول
الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة

تعد إرادة المتعاقدين أفضل وسيلة لتسوية تنازع القوانين في مجال عقود التجارة الإلكترونيّة وذلك من خلال الاختيار الصريح لقانون العقد[١]، ففي إطار المجتمع المعلوماتي نجد أنّ جميع المؤسسات الاقتصاديّة التي لها منبر على

[١] _ جدير بالذكر أنّ القضاء حرص على احترام إرادة المتعاقدين في العقود المبرمة عبر الإنترنت، وكان ذلك بصدد شرط الاختصاص القضائي بنظر النزاع الناشئ عن تلك العقود، وهو ما أكده القضاء الكندي بحكم محكمة انتاريو العليا في كندا الصادر في ١٩٩٩/١٠/٨، حيث قضى بمجرد ظهور نصوص العقد على شاشة الإنترنت لا يبرر عقد الاختصاص لمحاكم تلك الدولة ما دام هناك شرط اختصاص حصري باختيار محكمة دولة أخرى وعدم وجود سبب يبرر مخالفة هذا الشرط، وعلى ذلك ينعقد الاختصاص القضائي للمحكمة التي اتفق الأطراف على طرح نزاعهم أمامها ابتداءً، حتى لو ارتبطت العلاقة التعاقدية بدولة أخرى ما دام كان هذا الارتباط ليس من الأهمّية التي يستفاد منها عدول الأطراف عن المحكمة المتفق على عقد الاختصاص القضائي الدوليّ.

وفي هذا الصدد نشير إلى ضابط الخضوع الاختياري أو الاتفاق على الاختصاص للمحاكم في المنازعات ذات الطابع الدوليّ يعد من الضوابط المستقرة في النظم القانونيّة

شـــبكة الإنترنـت وعلـــــى اختـلاف نشـاطها، تخصـص جانبـاً مـن موقعهـا لإبرام التعاقد الذي يحتوي على كافة جوانب العملية التعاقدية وشروطها، وبهذا تعدّ الإرادة هي الوسيلة المثلى لتحديد القانون الذي يطبّق على العقود المبرمة عبر الإنترنت[١]، ويجد ذلك أساساً له في أنّ هذه العقود تهدف إلى تداول السلع والخـــدمات ممـــا يحقـــق منـــافع للمتعاقـــدين، ومـــن ثـــمّ يكـــون مـــن حق المتعاقدين اختيار القانون الذي يسهل عليهم تحقيق الغايات التي يسعى المتعاقدين إليها من وراء العقد[٢].

ويـتم التعبيـر عـن الإرادة فـي اختيـار قـانون العقـد باسـتخدام الوسـائل الإلكترونيّة، فيمكن أن يتم من خلال الرسائل الإلكترونيّة المتبادلة عبر تطبيق الواتس أو البريد الإلكتروني من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية، كما يمكن أن يتم عبر غرف المحادثة والمشاهدة، التي تمكن الطرفين من مناقشة شروط العقد كافة ومنها القانون الواجب التطبيق عن طريق المحادثة المباشرة والكتابة، ومن المتصور أيضاً أن يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد عبر صفحة الويب من خلال الرسائل الإلكترونية التي يتبادلها الأطراف في نفس الوقت.

المقارنـة، نـذكر منهـا قـانون المرافعـات المصـري(المادة ٣٢)، القـانون الفرنسـي(المادة ٤٨ مرافعات)، والقانون التونسي لعام ١٩٩٩(المادة الرابعة).

يرجى مراجعة: عكاشه محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجاريّة الدوليّة(الاختصاص القضائي الدوليّ، القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، الفتح للطباعة والنشر، مصر، ١٩٩٤، ص٧٧.

[١] _ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٣٣.

[٢] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٤٦٤.

وقد أبرز المشرّع السوري دور الإرادة الصريحة في مجال العقود الإلكترونيّة على نحو صريح ومتمثل في اختيار قانون العقد الإلكتروني، ويظهر ذلك في **نص المادة(١١) من القانون رقم(٣) لعام ٢٠١٤ بشأن المعاملات الإلكترونيّة،** حيث يلاحظ أنّ المشرع السوري اختار في المادة(١١) من قانون المعاملات الإلكترونية قاعدة إسناد أساسية واحدة، كما هو الأمر في المادة(١/٢٠) من القانون المدني التي تأثرت بالتطورات الفقهية والتشريعات الدوليّة التي جعلت من الإرادة الصريحة أحد أهمّ الضوابط التي تكشف عن القانون المختص وأبرزها.

أمّا في لبنان، فيلعب التشريع دوراً مختصراً في إطار القانون الدولي الخاص، فنادراً ما يتدخل المشرع اللبناني في نطاق تنازع القوانين وإنّما توجد نصوص متفرقة، ليس من ضمنها أي نص يشير صراحة إلى حرية الفرقاء في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم[١].

إلا أنّ المشرع اللبناني وفي موضوع التحكيم أقر للفرقاء حرية اختيار القاعدة القانونية التي يرونها مناسبة لترعى العقد الموقع بينهم، وذلك في المادة(٨١٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية التي تنصّ على ما يلي:(يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم، وإلا فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة. وهو يعتد في جميع هذه الأحوال بالأعراف التجارية.

وهو يفصل في النزاع كمحكم مطلق إذا حددت اتفاقية الخصوم مهمته على هذا الوجه).

---

[١] _ سامي منصور – نصري دياب – عبده غصوب، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ٢٠٠٩، ص١٢.

والنص يكرس مبدأ حرية الفرقاء في اختيار القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع باعتبار لهم من سلطان في تحديد حقوقهم والتزاماتهم والتصرف فيها.

أمّا بالنسبة لقانون المعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي اللبناني رقم(٨١) الصادر بتاريخ ٢٠١٨/١٠/١٠، فلم يتضمن أي قاعدة إسناد، وقد إحال ذلك إلى القواعد العامة المشار إليها أعلاه، بالمادة(٣) منه التي نصّت على:(تطبق الأحكام المنصوص عليها في القوانين المرعية الإجراء في كل ما لم يرد وما لم ينص عليه هذا القانون، وفي كل ما لا يتعارض مع أحكامه). وبالمادة(٣٠) أيضاً التي نصّت على أنّ:(تكون ممارسة التجارة الإلكترونية حرةً في حدود الموانع والقيود التي ينص عليها القانون.

تخضع عقود التجارة الإلكترونية في كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون للقوانين المرعية الإجراء، لاسيما لقانون التجارة وقانون الموجبات والعقود وقانون أصول المحاكمات المدنية وقانون حماية المستهلك).

وبالنسبة للقانون الأردني، فلم يتضمن قانون المعاملات الإلكترونية رقم ١٥ لعام ٢٠١٥ أي ذكر عن الإرادة الصريحة باعتبارها ضابط إسناد تكشف عن القانون المختص أو القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، ويمكن استنتاج ذلك من نص المادة(١/٢٠) القانون المدني الأردني الذي جاء فيه:(يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم

يتفق المتعاقدان على غير ذلك)[١].

وفي العراق، أقر القانون المدني العراقي مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم في المادة(٢٥) منه التي نصت على:(يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أنّ قانوناً آخر يراد تطبيقه). **بينما القانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم(٧٨) لعام ٢٠١٢**، لم يتضمن أي مادة تشير إلى إرادة أطراف العقد الإلكتروني في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم.

وفي شأن العقود التي يتم إبرامها عبر صفحة الويب، يقرر البعض أنّه يجب أن يتفق الطرفان على القانون المطبق على صفحة الشاشة المستقبلية، إذ من الطبيعي أن يمارس هؤلاء المتعاقدون هذا الحق ويعلنوا صراحة عن القانون المختص لحل ما يثور بينهم من منازعات في المستقبل في صفحة الاستقبال، إضافة إلى أنّه يمكن أن توضع هذه الشروط على صفحة أخرى من الموقع[٢].

ولقد جرى العمل في عقود خدمات المعلومات أن يدرج في نهايتها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهو ما يعرف بشرط الاختصاص التشريعي، على الرغم من أنّ العقود المعروضة عبر الويب يتم

---

[١] _ محمد نائل أبو قلبين، مدلولات تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني في ضوء أحكام التشريع الأردني، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، المجلد ٣ – العدد ١، ٢٠٢١، ص٤، متاح على الرابط:
https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/621/3/1/147995
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١٢/١٩م.

[٢] _ د.أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مرجع سابق، ص١٠٥٩.

إعدادها سلفاً من قبل العارض، وهو يستقل بفرض شروطها وإملاء بنودها، إلا أنّ إرادته لا تكفي وحدها لإبرام العقد إذ لا بد من أن يوافق الطرف الثاني على الشروط التي وضعها الموجب التي من بينها شرط القانون الواجب التطبيق على العقد، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من إمكانية التفاوض حول شروط العقد في مجال التجارة الإلكترونية، كأن يعرض التاجر عقوده الخاصة بمحله الافتراضي، وعلى أن يورد ملاحظة بإمكانية مناقشة بنود العقد، أو بند معين منها، مثل البند المتعلق بالقانون الواجب التطبيق، **وهذا ما يؤكده الواقع العملي في مجال التجارة الإلكترونية**، إذ بعض تلك العقود تجيز المفاوضات والمساومة بين أطراف العقد، حول كل ما يتعلق بشروط التعاقد أو تعديلها.

والسؤال هنا، هل يثير إدماج شرط الاختصاص التشريعي في الشروط العامة للعقد، وكذلك الشكل الإلكتروني للعقد صعوبة في مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق وقبوله من المتعاقد الآخر؟

وجدت الشروط العامة التي جرى العمل بها في التجارة الدولية التقليدية، مكاناً مهماً في التجارة الإلكترونية، ويقبل العميل هذه الشروط العامة من خلال القيام بعدة(clicks) عن بعد لصفحة الإنترنت يعلن فيها قبوله. ونتساءل هنا هل تعد هذه الشروط العامة جزءاً من العقد؟ ومتى يعتبر القبول بالعقد قبولاً؟ بمعنى، إذا أدرج بند في الشروط العامة للعقد، ينص على قانون معين لحكم العقد، هل يعتبر قبول المتعاقد بالشروط العامة قبولاً أيضاً بالقانون المحدد في هذه الشروط لحكم العقد؟

للإجابة عن هذا التساؤل نستعرض، بعضاً من اجتهاد المحاكم الأمريكية، التي تعرضت في الكثير من الدعاوى لهذه النقطة بالتحديد[١].

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٣٦.

دعوى pollstar v. Gigmania Itd. بشأن ترخيص التصفح حيث قام المدعي وهو شركة pollstar بعرض صفحة على الإنترنت تحتوي معلومات وفي نهايتها ملحوظة عبارة عن اتفاقية الترخيص، والضغط على الملحوظة ينقل المستخدم إلى صفحة أخرى تحتوي على نصوص الاتفاقية، وكان المدعى عليه قد رفض الاعتراف ببنود الاتفاق رغم الدخول على الموقع والاستفادة من المعلومات المعروضة به، وقد قضت المحكمة في صالح المستهلك حيث قضت بأنّه غير ملزم بالضغط على الأيقونة التي تشير إلى موافقته على بنود الاتفاقية[١].

الاجتهاد الثاني: دعوى Hill v. gateway 2000 وتتلخص وقائعها في أنّ العميل طلب جهاز الحاسب(الكمبيوتر) عن طريق الإنترنت، ووصل هذا الجهاز إليه في صندوق يحتوي على بنود الترخيص بما فيها بند خاص بالتحكيم، وينص على ما يلي:(يسري هذا البند طالما لم يقم العميل بإعادة

---

[١] _ وهذا الاجتهاد قد عادت وأكدت عليه محكمة (Court of Appeals for the Ninth Circuit) بتاريخ ٢٠١٤/٨/١٨، في دعوى مشابهة، المدعي فيها كان (Kevin Nguyen) ضد(Barnes & Noble Inc)، وقد تبين أنّ شروط الاستخدام الموجودة على موقع barnes and noble كانت جزءاً من اتفاق browsewrap، حيث إنّ شروط وبنود الاستخدام كانت موضوعة بشكل عام على الموقع بوساطة وصلة نهاية صفحة الشاشة. واعتبرت المحكمة أنّ المدعي، مستعمل الموقع، كان يملك إشارة غير كافية لبنود وشروط الاستخدام العائدة للمدعى عليها Barnes & Noble، ولم يثبت للمحكمة أنّه كان على علم فعلي بشروط وبنود الاستخدام.

لمزيد من التفصيل يرجى مراجعة القرار المنشور على الموقع الإلكتروني:
http//:www.courtlistener.com/opinion/2718526/kevin-nguyen-v-barnes-noble-inc

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/١م.

جهاز الكمبيوتر خلال ثلاثين يوماً، مع ذلك فإنّ العميل غير ملزم بأن يوافق على الترخيص قبل استخدام جهاز الكمبيوتر).

وبعد أكثر من ثلاثين يوماً قام العميل برفع دعواه اعتماداً على الضمان الموجود في اتفاقية الترخيص وتمسكت الشركة ببند التحكيم الوارد في الاتفاقية، وقد أشارت المحكمة إلى أنّ المنتج شركة(gateway 2000) "يمكنه أنّ يثبت الموافقة من خلال سلوك العميل، الذي احتفظ بالجهاز مدة تزيد عن ثلاثين يوماً، ولذا فإنّ المدعي وافق على العرض وعلى بند التحكيم".

ويرى بعض الفقهاء أنّ المحكمة في هذا الحكم لم تذكر أنّ العميل، من خلال سعيه للاستفادة بشروط الضمان الموجودة في اتفاقية الترخيص، قد التزم ببنود العقد وبالتالي يكون ملزماً بشرط التحكيم[١].

الاجتهاد الثالث: وهو صادر في الدعوى التي رفعها شخص يدعى Caspi ضد شركة Microsoft network حيث اشتمل العقد عبر الإنترنت(من أجل الاشتراك في شبكة ما يكروسوفت) على بند اختيار القانون، قررت محكمة الاستئناف العليا بولاية نيوجرسي تأييد حكم محكمة أول درجة الذي قضى بقبول بند اختيار القانون، لأنّ المدعي لم يثبت أحد الاستثناءات التالية:

١_ إنّ البند نتيجة احتيال أو قوة مساومة مستقبلية.

٢_ إنّ تطبيق هذا البند سوف يؤدي إلى مخالفة النظام العام لولاية نيوجرسي.

٣_ إنّ تطبيق هذا البند سوف يؤدي إلى محاكمة غير عادلة.

ويتضح من تلك التطبيقات القضائية أنّ المحاكم الأمريكية تميل إلى اتباع النهج الذي استقر عليه القضاء قبل ظهور الإنترنت، إذ أنّ صاحب القبول ليس ملزماً ببنود العقد التي لا يكون على دراية بها، ما دامت أنّها موجودة في

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٤٣.

مستند طبيعته التعاقدية غير واضحة، بما في ذلك الموافقة بشأن التحكيم والقانون الواجب التطبيق[١].

وبالنتيجة يمكن القول أنّه يمكن اعتبار الشروط العامة جزءاً من العقد لو قام المورد بعرض هذه الشروط على المستخدم عرضاً واضحاً نافياً للجهالة، أو قام بالإحالة إليها بإشارة واضحة دون لبس أو غموض، أمّا لو ترك المورد هذا الأمر لقدرة المستخدم وحجم خبرته فإنّها تعد أحد ملاحق العقد وليست جزءاً منه، ولقد وضعت العديد من الإجراءات لضمان علم المتعاقد بالشرط الخاص باختيار القانون الواجب التطبيق، كأن يقوم المورد بعمل شيء فني معين لجذب انتباه المستخدم لهذه الشروط العامة، ويقوم المستخدم بإعلان إرادته لقبول مضمون هذه الشروط، ومنها شرط الاختيار، وذلك بالضغط على مؤشر "أنا أقبل" أو "نعم"، ويعطي المورد للمستخدم مدة شهر لإعلان قبوله، ونظراً لأن قبول المستخدم لهذا الشرط غير مثبت بالكتابة وغير موقع من الأطراف، فإنّه يجب على الطرف الذي يتمسك بتطبيق الشروط الموجودة في العقد أن يثبت قبول الطرف الآخر لهذه الشروط[٢].

ويمكن في هذا المجال الاسترشاد بما أقرته اللجنة الفرعية للتجارة الإلكترونية، الخاصة بلجنة الفضاء الإلكتروني القانونية، الخاصة بدورها بقسم قانون الأعمال في نقابة المحامين الأمريكيين(ABA)، التي وضعت عدة مبادئ، لفعالية الشروط العامة في العقد الإلكتروني، وهي:

---

[١] _ يرجى مراجعة ما خلصت إليه محاكم الولايات المتحدة الأمريكية من أحكام وقرارات في هذا الصدد منذ منتصف القرن الماضي، متاحة على الموقع:
http://www.justia.com/
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١٢/٢٢م.

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٤٦.

١ _ يجب أن يحاط المستخدم بالعناية المناسبة لوجود الشروط المقترحة، أو الشروط العامة.

٢ _ يجب أن يكون للمستخدم فرصة حقيقية لمراجعة هذه البنود أو الشروط.

٣ _ يجب أن يزود المستخدم بالعناية المناسبة بأن اتخاذه لأي إجراء محدد من شأنه أن يظهر رضاه بالنسبة للبنود.

٤ _ يأخذ المستخدم الإجراء المحدد في البند أعلاه.

وفي القانون الفرنسي يجب أن يكون الاتصال بالشروط العامة قبل إبرام العقد[١].

ولكي يعتد ببند اختيار العقد الوارد في الشروط العامة للعقد الإلكتروني، **يجب أن يكون بمقدور المتعاقد أن يطلع على هذه الشروط العامة، بشكل أكيد قبل إبرام العقد، وإلا لن يعتبر هذا البند بنداً اتفاقياً لاختيار القانون الواجب تطبيقه على العقد، في حال نازع المتعاقد بذلك، ولأنّ قيام الأطراف بتعيين القانون الذي يحكم اتفاقهم تعييناً صريحاً، يجنبهم العديد من المشكلات التي يمكن أن تحدث مستقبلاً**[٢].

هذا بالنسبة للاختيار الصريح من قبل الفرقاء للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني المبرم بينهم، لكن ماذا لو لم يقم أطراف العقد باختيار هذا القانون بشكل صريح، هل يمكن أن نستدل على إرادة ضمنية لهم في اختيار قانون معين لحكم العقد؟ إجابة السؤال ستكون موضوع الفرع التالي.

---

[1] _ Cass. Com 17 juin 1997, Revue Internationale du droit d'auteur, 1997, N 1312 p.902.

[٢] _ حنان عتيق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونيّة، رسالة ماجستير، المركز الجامعي آكلي أولحاج البويرة، الجزائر، ٢٠١٢، منشورة على موقع الجامعة الإلكتروني، ص١٠٣.

الفرع الثاني
الاختيار الضمني

قلما يهتم أطراف العقود الإلكترونية، وبالأخص، أطراف عقود خدمات المعلومات، باختيار القانون الذي يحكم عقدهم، لأنّ معظم مبرمي العقود يهدفون أساساً إلى سرعة الحصول على المعلومات والاستفادة من وقتها، لأنّ التأخير في الحصول عليها قد يفوت عليهم رغبة الاستفادة منها وتصبح بالنسبة لهم عديمة الفائدة. فضلاً على أنّ هذه العقود تبرم بسرعة عبر قنوات الاتصال المعلوماتية.

ونتيجة لذلك، قد يغفل الأطراف الاتفاق صراحة على القانون الذي يحكم عقدهم، ولكن هذا لا يعني انتهاء دورهم حيث يوجد إلى جانب الإرادة الصريحة للأطراف إرادة ضمنية، يجب الاهتمام بها، لأنّها إرادة حقيقية تنبئ عن رغبة واضحة، وإن كانت خفية، في تطبيق نظام قانوني معين[١].

فلقد نصت العديد من الاتفاقيات الدولية، والتقنيات الحديثة للقانون الدولي الخاص على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، حيث نصّت المادة(١/٣) من اتفاقية روما عام ١٩٨٠ وتنظيم روما لعام ٢٠٠٨[٢] الخاصتين بالالتزامات التعاقدية، على أنّه يسري على العقد القانون المختار من الأطراف،

---

[١] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مرجع سابق، ص١٠٩٩.

[٢] _ اتفاقية روما المؤرخة في ١٩٨٠/٦/٧، وتعد القانون الوضعي في دول اتحاد أوروبا بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود، وعلى الرغم من إلغائها بموجب التوجيه الأوروبي رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية المعروف باتفاقية أو تنظيم روما لعام ٢٠٠٨، إلا أنّ هذه الاتفاقية حافظت على القواعد الأساسية التي وردت في الاتفاقية القديمة.

على أن يكون هذا الاختيار صريحاً، **أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو ظروف الموضوع.**

كما أنّ المشرع السوري أقر الاختيار الضمني في المادة(١/٢٠) من القانون المدني التي تنص:(... أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يجب تطبيقه). فبعد أن جعلت هذه المادة الأولوية لاتفاق المتعاقدين، أضافت ما لم يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه.

والمستخلص من هذه المادة هو أنّ المشرع أوجب على القاضي البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف في حالة عدم الاتفاق صراحة على تعيين القانون الواجب التطبيق، كما أنّ المشرع لم يقيد القاضي بتدرج ملزم لقرائن الإرادة الضمنية، حيث ترك أمر استخلاصها لتقديره دون أن يخضع مسألة استخلاصها لرقابة محكمة النقض، باعتبارها مسألة موضوعية تتعلق بتفسير العقد وبظروف التعاقد، لا بتطبيق القانون[١].

فالأصل أن يكون اتفاق الطرفين صريحاً بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أنّه في حال عدم وجود بند صريح يحدد القانون المراد تطبيقه، فإنّه يجوز للمحكمة أن تستخلص التعبير الضمني عن إرادة المتعاقدين من ظروف الواقع وملابساته.

وهذا كله بالنسبة للعقود التقليدية، أمّا لجهة العقود الإلكترونية، فإنّ نص المادة(١١) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري واضح، حيث نصّت المادة(١١) بأنّه:(ما لم يوجد **اتفاق بين أطراف العقد الإلكتروني** على القانون الواجب التطبيق،) وبالتالي الإرادة المعتد بها بموجب هذا النص هي الإرادة الصريحة فقط، وبالتالي لم يقر المشرع في قانون المعاملات الإلكترونية

---

[١] _ د. وفاء مزيد فلحوط، القانون الواجب التطبيق على الجانبين الموضوعي والشكلي للعقود" دراسة تحليلية في إطار نظام تنازع القوانين السوري"، مرجع سابق، ص ١١٥.

السوري بالإرادة الضمنية، ونشير، برأي الباحث، إلى أنّه يمكن الرجوع إلى المادة(١/٢٠) من القانون المدني من أجل استخلاص الإرادة الضمنية حسب طبيعة وظروف الواقع وحيثيات العقد والقضية، وفق ما تم الإشارة إليه أعلاه.

وهنا السؤال الذي يثار: هل يمكن الاحتكام إلى ظروف العقد لاستنتاج الإرادة الضمنية وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية كما هو الأمر في العقد التقليدي[١]؟

استقر الفقه– في نطاق العقود الدوليّة التي تبرم بالطرق التقليديّة– على وجود عدّة قرائن يستدل منها على الإرادة الضمنية للمتعاقدين[٢]، حيث لا يكتفي عادة بواحد منها للدلالة على تلك النية غير المعلنة، بل يأخذ بأكثر من قرينة لاستخلاص الإرادة الضمنية للأطراف لتطبيق قانون دولة معينة.

وهذه القرائن منها ما يكون ذاتياً يُستمد من الرابطة العقدية ذاتها، ومنها ما يكون خارجياً يستخلص من ظروف وملابسات الحال.

ومن أمثلة القرائن الذاتية نذكر منها:

١_ قرائن مستمدّة من أطراف العلاقة العقدية، مثل: الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين.

٢_ قرائن مستمدّة من موضوع التعاقد، حيث ذهب القضاء الفرنسي في شأن العقود المتعلقة بعقار إلى إسنادها إلى قانون الموقع، ومثل هذه العقود تخرج من نطاق تطبيق تشريعات المعاملات الإلكترونيّة[٣].

---

[١] _ سهام فؤاد انجق، أحكام العقد في قانون المعاملات الإلكترونية السوري مقارنةً مع أحكامه في القانون المدني، مرجع سابق، ص٢٣٧.

[٢] _ د.أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مرجع سابق، ص١١٠٠.

[٣] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٤٦٧.

٣_ قرائن مستمدّة من شكل العقد وتدخّل موظّف عام في إبرامه، إذ إنّ تحرير العقد لدى كاتب عدل في دولة معينة، قد يفيد رغبة الخصوم في الخضوع لقانون هذه الدولة.

٤_ اللغة المستخدمة في تحرير العقد[١].

٥_ شرط الاختصاص القضائي، فحرص المتعاقدين على إخضاع المنازعة في العقد لاختصاص محاكم دولة معينة، يعد دلالة على إرادتهم الضمنية على تطبيق قانون هذه الدولة[٢].

٦_ العملة المستخدمة في الدفع تعدّ من القرائن الذاتية التي يمكن الاسترشاد بها للكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين.

٧_ استخدام اصطلاحات مقررة في قانون معين قد يفيد اتجاه الإرادة نحو الأخذ بهذا القانون.

ومن أمثلة القرائن الخارجية التي يمكن من خلالها الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين نذكر منها:

قرائن مستمدّة من مضمون القوانين التي تتنازع لحكم العقد، فلو فرضنا أنّ أحد القوانين المرتبطة بالعقد تؤدي إلى إبطاله على خلاف القانون الآخر، فإنّه يفترض أنّ إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى تطبيق القانون الأخير بوصفه المصحح للعقد، فلا يتصور أن يختار المتعاقدان قانوناً يبطل تعاقدهم[٣]. وإمّا قرائن مستمدة من مسلك المتعاقدين اللاحق على إبرام العقد، فإذا لم يتم الاتفاق

---

[١] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٣٢١.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٨٨.

[٣] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٣٢٢.

على مكان تنفيذ العقد عند إبرامه ثمّ قام المتعاقدون بتنفيذ العقد في دولة معينة، فقد يستفاد من ذلك اتجاههم إلى تطبيق قانون هذه الدولة على علاقاتهم التعاقدية.

وفي التحكيم لا تختلف القرائن التي يستند إليها المحكم لتبيان ما إذا كان هناك إرادة ضمنية للفرقاء في اختيار قانون ما ليطبق على العقد الموقع بينهم، عن القرائن التي يستند إليها القاضي[١].

ويرى البعض أنّه يمكن الاسترشاد بتلك القرائن بالنسبة للعقود التي يتم إبرامها عن طريق شبكة الإنترنت، لاستخلاص الإرادة الضمنية للأطراف[٢].

ولكن يلزم وجود صلة واضحة بين السوق الإلكتروني الذي تعرض فيه السلعة أو الخدمة وبين قانون الدولة المراد تطبيقه، فلو أن بنكاً أمريكياً أو مؤسسة تجاريّة عرضت خدماتها عبر موقع إلكتروني، وكان من السهل الوصول إليه(الدخول إليه) عن طريق مستهلك ياباني، فإنّ ذلك ليس كافياً

---

[١] _ وفي هذا الشأن نذكر القرار الصادر عن هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم ١٧١٧ لعام ١٩٧٢، حيث نشب نزاع بشأن عقد بيع مبرم بإيران بين ممثل تجاري لبائع يوغسلافي الجنسية، وشارٍ من إيران، وقد قرر المحكم تطبيق القانون الإيراني في غياب تحديد القانون مستعيناً بالمؤشرات التالية، مكان إبرام العقد، ومكان إقامة الأطراف، وتسليم البضاعة في إيران، فالعقد مرتبط بالقانون الإيراني، لأنّه مكان تسليم البضاعة وهو قانون الإرادة الضمنية. والمحكم عند استخلاصه للإرادة الضمنية لأطراف العقد الدولي يستلزم ألا يخلط بين إرادة المتعاقدين والإرادة المفترضة التي يراها من خلال تكوينه القانوني وميوله الشخصية.

حنان عتيق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٠.

[٢] _ د. سلطان عبد الله الجواري، عقود التجارة الإلكترونيّة والقانون الواجب التطبيق(دراسة قانونيّة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٠٤.

لجعل موضوع العرض خاضعاً للقانون الياباني، حيث يتعين أن يكون هناك رابط (صلة) أكثر وضوحاً بين السوق وتلك الدولة[١].

وتجدر الإشارة إلى أنّ محكمة الموضوع عادة ما تستخلص الإرادة الضمنية للطرفين بشأن القانون الواجب التطبيق من توفر أكثر من مؤشر واحد من هذه المؤشرات. **وعلى أي حال، فإنّ ما تقوم به المحكمة في هذه الحالة هو مسألة واقع تتمتع بشأنه بسلطة تقديرية، ولا يخضع لرقابة محكمة التمييز أو النقض ما دام جاء استخلاصها مبنياً على أسباب سائغة[٢]، لأنّها تتصل في الحقيقة بتفسير العقد وظروف عملية التعاقد ولا شأن لها بمسائل القانون[٣].**

وفي مجال العقود الإلكترونيّة، فإنّ اللغة التي يكتب فيها العقد الإلكتروني لا يركن إليها لاستنباط الإرادة الضمنية، لأنّها عادة ما تكون باللغة الإنجليزية، وحتى إذا ما كتب العقد بلغة أخرى فإنّها تترجم إلى الإنجليزية بطريقة آلية من خلال برنامج موجود في الحاسب، وحتى المواقع التي تكون متاحة بأكثر من لغة على الشبكة، لا يكون اعتمادها للغة الإنجليزية مؤشراً على نية المتعاقدين باعتماد قانون معين ليطبق على التعاقدات الحاصلة بوساطة تلك المواقع، إنّما بهدف التعامل مع أكبر عدد ممكن من مستخدمي الشبكة، وبالتالي فإنّ تحرير العقد باللغة الإنجليزية عند التعاقد بوساطة شبكة الإنترنت لا يشير إلى نية الأطراف بإخضاع عقدهم إلى القانون الإنجليزي[٤].

---

[١] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٤٦٨.

[٢] _ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٤٠.

[٣] _ د. فؤاد ديب، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٣١٨.

[٤] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٥٥.

كما أنّ عملة الوفاء تعد قرينة ضعيفة للاستدلال إلى القانون الواجب التطبيق، حيث يتم الدفع في العقود الإلكترونيّة عادة بالدولار الأمريكي أو اليورو، ومن خلال بطاقة الوفاء أو من خلال وسيلة إلكترونيّة أخرى[١]، وبالتالي يمكن للمتعاقد أن يسدد بهذه الوسائل بأية عملة وفي أي وقت من خلال بطاقات الائتمان، التي يطلق عليها تسمية النقود البلاستيكية[٢] أو بوساطة النقود الرقمية أو التحويلات المصرفية.

فضلاً على أنّه يصعب القول بأنّ إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها مقر المحكمة التي اتفق الفرقاء على إيلائها اختصاص النظر بالنزاع، لأنّه بات مستقراً في فقه القانون الدولي الخاص، أنّه لا تلازم بين الاختصاص التشريعي والقضائي، فلولا الاستقلال بين قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي وقواعد تنازع الاختصاص التشريعي، لطبقت كل محكمة قانونها الوطني وانتفى سبب قيام القانون الدولي الخاص، كما أنّه يمكن للفرقاء أن يعتمدوا محكمة افتراضية، يكون موقعها موجوداً على شبكة الإنترنت

---

[١] _ د.صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٦٥.

[٢] _ النقود البلاستيكية عبارة عن بطاقات تصدر عن المصارف والمؤسسات المالية، مثل: بطاقات الفيزا كارد والأميريكان اكسبرس، وغيرهما، التي يمكن استخدامها في تسديد المدفوعات عبر الإنترنت، وتغني عن استخدام النقود الورقية أو المعدينة، وقد سهلت هذه البطاقات عملية الدفع وإجراء التحويلات المصرفية، والنقود الإلكترونية بمفهومها الضيق، عبارة عن أداة ذات قيمة مخزنة مسبقة الدفع.

د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٥٦.

من خلال موقع أو عنوان إلكتروني لا ينتمي إلى دولة بعينها، ومثال ذلك اختيار محكمة التحكيم الفضائية Cyber tribunal منبراً لحسم النزاع[١].

كما أنّ مسألة شكل العقد وتدخل موظف عام في إبرامه لا وجود له في المجتمع المعلوماتي حتى تاريخه، بل والأكثر من ذلك فإنّ تشريعات التجارة الإلكترونية قد أخرجت من نطاق تطبيقها بعض الحقوق التي تحتاج إلى توثيق أو تدخل موظف عام كما هو شأن العقود الناقلة للملكية العقارية، أو التي تحتاج تدخل كاتب بالعدل[٢].

---

[١] _ غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، ٢٠٠١، ص١٧٣.

[٢] _ استثنى المشرع السوري تلك العقود من نطاق خضوعها لقانون المعاملات الإلكترونية وذلك بموجب المادة(١٣) من قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة رقم(٤) الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢٥ بدلالة المادة(٢٤) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم(٣) لعام ٢٠١٤، **حيث نصت المادة(١٣) على أنّ:**(باستثناء ما يُنصّ عليه بتعليمات خاصة تصدر عن مجلس الوزراء، لا تسري أحكام هذا القانون على:

١_ الأوراق المالية.

٢_ المعاملات والعقود والمستندات والوثائق التي تنظّم بصورة معيّنة وفقاً لتشريعات خاصة، أو تُجرى بإجراءات محدّدة ومنها:

_ المعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.

_ معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة، ومن ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها، باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.

_ لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم).

بينما نصّت المادة(٣٨) من قانون التوقيع الرقمي وخدمات تقانة المعلومات رقم(٧) لعام ٢٠٢٣ على أنّ:(أ_ تسري أحكام هذا القانون على جميع المعاملات والعقود والمستندات والوثائق المدنية والتجارية المُحررة والمُوقعة رقمياً وفق الشروط الواردة في هذا القانون، ماعدا

وبالمثل، فإنّه يصعب التسليم بتطبيق القانون المختار لحكم العقد الأصلي على العقد الإلكتروني المرتبط به، لأنّ مثل هذا الارتباط نادر الحدوث على شبكة الإنترنت. وكذلك، فإنّ الإشارة إلى الدولة التي تم فيها إبرام العقد قد تثير الشكوك حول القانون المعين ضمنياً من قبل الطرفين لصعوبة تحديد مكان

المعاملات والعقود والوثائق الخاصة بوزارة شؤون رئاسة الجمهورية ووزارة الدفاع وقوى الأمن الداخلي في وزارة الداخلية.

ب_ لا تسري أحكام هذا القانون على المعاملات والعقود والمستندات والوثائق التي تُنظَّم بصورة معينة وفقاً لتشريعات خاصة لدى الجهات العامة التي لا يمكن اعتمادها رقمياً، وتحدد بالتنسيق مع الوزارة، وتصدر بقرار من مجلس الوزراء). وبالتالي فإنّ القانون المُلغى حدد العقود المستثناة بشكل واضح، بينما في القانون الجديد ترك لمجلس الوزراء بعد التنسيق مع الجهات العامة المعنية تحديد العقود والمعاملات المستثناة التي لا يجوز اعتمادها رقمياً ولا تخضع لأحكام القانون الجديد.

كذلك، فإنّ **القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية لعام ٢٠٠٩،** الذي اعتمده مجلس وزراء العدل العرب بتاريخ ٢٠٠٩/١١/١٩، قد نصّ في المادة الثالثة منه على ما يلي:(تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات والعقود التجارية والمدنية التي يتم إبرامها بالوسائل الإلكترونية جزئياً أو كلياً.

_ يُستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون ما يأتي:

أولاً_ العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقاً لقانون يتطلب شكلاً معيناً لانعقادها أو لإجرائها.

ثانياً_ المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية.

ثالثاً_ سندات ملكية الأموال غير المنقولة.

(ويضاف إليها أي استثناءات أخرى يحددها المشرع الوطني).

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة الموقع الإلكتروني:

https://www.mohamah.net/law/wp-content/uploads/

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/٥م.

انعقاده، إضافة إلى أنّ التاجر يتعذر عليه وقت العقد معرفة المكان الذي سيبرم فيه الطرف الآخر العقد.

وفوق ذلك، فإنّ مكان وجود الخادم الذي أُستخدم في إبرام العقد الإلكتروني أو مكان وجود مقدّم خدمة الموقع للمتعاقدين (Server) لا يمكن الركون إليها لاستنباط إرادة الطرفين الضمنية لاختيار القانون الواجب التطبيق، كونها مؤشرات تحكمية ولا تكون عادة معروفة للطرف الآخر في العقد[١].

إضافة إلى ذلك، **يمكن استنباط الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد الالكترونيّ من العادات التجاريّة السائدة بين الطرفين**، فإذا ما اعتاد الطرفان إبرام صفقاتهما عبر التبادل الإلكتروني للمعلومات Electronic Data Interchange, EDI، وكانت هذه الصفقات تتضمن شرطاً على القانون الواجب التطبيق، ثم تحولا إلى التعاقد عبر شبكة الإنترنت أو أبرما عقد إلكتروني وكان هذا الأخير لا يتضمن اختياراً صريحاً للأطراف للقانون الواجب التطبيق، فإنّ اتفاق التبادل الإلكتروني كفيل بالكشف عن نية الخصوم باعتبار أنّ اختيار القانون الذي يحكم العقد الإلكتروني هو أحد المسائل القانونية التي تغطيها تلك الاتفاقات، إضافة إلى أنّ الشرط السابق على القانون الواجب التطبيق يسري على صفقاتهما الجديدة ما دام أنّ العلاقة بينهما لم تتغير بشكل

---

[١] _ محمد إبراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونيّة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٥، ص٥٢.

جذري[١]، لذلك يتوجب على القاضي أو المحكم أن يتبين من وجود مثل تلك الاتفاقات بين الخصوم في المنازعات المعروضة عليه[٢].

ولتجنب أي شك حول تحديد العناصر الجغرافية التي يرتبط بها العقد الإلكترونيّ، ومن أجل ضمان توفر الأمان القانونيّ لطرفيه، فمن الأفضل لهما أن يختارا القانون الواجب التطبيق على عقدهما صراحة لحسم منازعات العقود الإلكترونية، لأنّ المسألة في هذا الإطار دقيقة جداً بالنسبة للقاضي أو المحكم الناظر في النزاع الناشئ عن العقد الإلكتروني، عند محاولته استخلاص إرادة الفرقاء الضمنية في تطبيق قانون معين أو قواعد معينة على عقدهم[٣].

الفرع الثالث

مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الإلكترونيّ

في إطار معالجة مدى حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدوليّ سيتم التعرض فيما إذا كان يستطيع الفرقاء بعد اختيار قانوناً معيناً ليحكم العقد

2_Herbert Kronke, Applicable Law in Torts and Contracts inCyperspace. in: Boele-Woelki. Katharina and others (Editors) .Internet. Which Court Decides? (Internet. Quel Tribunal decide:(؟ Which Law Applies? (Quel droit s'applique?) (Law and Electronic Commerce). Kluwer Law international,(1998). p. 75.

[٢] _ نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٦٩.

[٣] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ١٥٨.

المبرم بينهم أن يقوموا بتغيير هذا القانون واختيار سواه، وهل يلزم وجود صلة بين القانون المختار والعقد الإلكتروني من عدمه؟

ونشير إلى مدى جواز إسناد الرابطة العقدية لأكثر من قانون وهو ما يعرف بتجزئة العقد، وقبل ذلك لا بد من معرفة الوقت الذي يمارس فيه المتعاقدان سلطة اختيار قانون العقد، وذلك من خلال التالي:

أولاً_ توقيت اختيار قانون العقد:

الأصل أن يتم الاتفاق بين المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما عند إبرام العقد، ولكن الأمور لا تسير على هذا النحو في جميع الحالات، فقد يحدث أن يتراخى المتعاقدان في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم العقدية إلى مرحلة لاحقة على إبرام العقد، بل قد يتصور أن يتم اختيار القانون في مرحلة متأخرة بعد طرح النزاع أمام المحكمة المختصة وأمام المحكمين، **فهل يعتد القاضي أو المحكّم بمثل هذا الاختيار لقانون العقد؟**

اتجه الفقه والقضاء في فرنسا وسويسرا إلى تأكيد حق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق في وقت لاحق على التعاقد، ولو كان ذلك أمام المحكمة التي طرح النزاع أمامها، بشرط أن تكون تلك المحكمة من محاكم الموضوع، وأن يكون كلا المتعاقدين على دراية بهذا الاختيار وآثاره.

وأساس الاشتراط ألّا يتم الاختيار اللاحق لقانون العقد في مرحلة تالية للفصل في النزاع بمعرفة محاكم الموضوع، أي في مرحلة النقض أو التمييز[١].

وهناك جانب من الفقه يذهب إلى أنّه يحق للمتعاقدين في العقد الإلكتروني في حالة عدم تحديد القانون عند إبرام العقد، تحديد القانون الذي ينظم العقد بعد

---

[١] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٤٧٥ – ٤٧٦.

إبرامه سواء أكان هذا الاتفاق شفوياً أم مكتوباً في اتفاق مستقل عن العقد، ويكون ملحقاً به[١].

كما يجوز لهما تعديل الاختيار ولو أمام المحكمة المختصة عند نظر الدعوى وقبل الفصل في النزاع، بشرط ألا يترتب على ذلك مساسٌ بحقوق طرف ثالث أبرم اتفاقات تتعلق بتلك العلاقة بناءً على القانون الذي تم تحديده أولاً، كما يشترط في التعديل ألا يؤثر على التوازن العقدي بين طرفيه[٢].

ثانياً_ تعديل اختيار قانون العقد:

ومن المشكلات التي يثيرها استخدام الوسائل الإلكترونيّة في إبرام المعاملات التعاقدية، أن يقع اختيار أطراف التعاقد على قانون دولة لا تعترف بصحة المعاملات التي يتم إبرامها باستخدام تلك الوسائل، فبعض الدول لم تسنّ تشريعات تنظم المعاملات الإلكترونيّة وقد يقع اختيار الأطراف على قانون إحدى تلك الدول ليحكم عقدهم، الأمر الذي يثير التساؤل حول ما إذا كان يحق للأطراف تعديل هذا الاختيار إلى اختيار آخر في أي فترة لاحقة على إبرام العقد؟

الرأي المستقر عليه، في الفقه والاجتهاد، والتشريع يجيز ذلك، ما دام ليس في التغيير إضرار بحقوق الغير حسن النية، الذين بنوا توقعاتهم على القانون الأول المراد العدول عنه.

وقرر القضاء الأمريكي حق مزود الخدمة في تعديل الشروط الملحقة، بما فيها شرط القانون الواجب تطبيقه على العقد، من حيث المبدأ، على أن يحصل

---

[١] _ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٣٧.

[٢] _ المرجع السابق، ص ١٣٨.

التعديل بعد إخطار المتعاقد الآخر بوقت كاف يمكنه فيه تقييمها والرد بالرفض أو القبول[١].

وبالتالي، إذا كان من حق المتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإنّه يجوز لهم أيضاً تعديل اختيارهم السابق إلى اختيار آخر في فترة لاحقة على إبرام العقد، وهو ما اعتنقته اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن الالتزامات التعاقدية، فقد نصت المادة(٣/٢)، كما الفقرة الثانية من تنظيم روما لعام ٢٠٠٨، على أنّه:(يجوز للطرفين في أي وقت التوافق على إخضاع العقد لقانون آخر غير ذلك القانون الذي كان يحكمه، سواء كان هذا الاختيار نتاج اتفاق سابق بالاستناد إلى هذه المادة أو إلى أي من بنود الاتفاقية الأخرى. إنّ أي تغيير للقانون الواجب التطبيق من قبل الفرقاء بعد إبرام العقد يجب أن لا يخل بصلاحية العقد المحددة بموجب المادة /٩/(روما ١٩٨٠)، /١١/(روما ٢٠٠٨) أو أن يؤثر في حقوق الفرقاء الثالثين)[٢].

كما منحت مبادئ لاهاي بشأن اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية لعام ٢٠١٥ في الفقرة الثانية من المادة(٢) الحق بتعديل القانون المختار، حيث يجوز إجراء هذا الاختيار أو تعديله في أي وقت، على ألا يمس أي اختيار أو تعديل لاحق لإبرام العقد بصحة العقد الرسمية، ولا بحقوق الغير.

---

[١] _ القرار الصادر عن محكمة كاليفورنيا بتاريخ ٢٠١٠/١١/٢٢، ومتاح على الرابط:
http://www.courtlistener.com/opinion/2477687/
تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/١٢/١٢م.

[٢] _ تنصّ الفقرة الثانية من المادة الثالثة من تنظيم روما لعام ٢٠٠٨:
The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice made under this Article or of other provisions of this Regulation. Any change in the law to be applied that is made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 11 or adversely affect the rights of third parties.

وعليه يجب ألا يؤثر التعديل في صحة العقد الرسمية، وذلك كما لو كان القانون الجديد لا يعترف بصحة العقد على خلاف القانون القديم، كما يجب ألا يؤثر التعديل في حقوق الطرف الثالث، وذلك كما لو رتب القانون الجديد على كفيل أحد المتعاقدين التزامات أكثر من التزامات المترتبة عليه وفق القانون القديم[١].

وبالنظر إلى التقدّم التكنولوجي المضطرد، فإنّ القانون الذي ينظم العقد الإلكتروني يتم عادة تعديله تبعاً لذلك. وبالتالي، فإنّ مصلحة المتعاقدين تكون أيضاً جلية في العدول عن القانون المختار أصلاً واختيار قانون آخر غيره ليحكم العقد، كونه صار أكثر مناسبة للعقود الإلكترونيّة[٢].

على أنّ قبول فكرة تعديل القانون المختار يجب ألا يترتب عليها الأضرار بالغير الذين بنوا توقعاتهم على القانون الذي تم اختياره أولاً والمراد العدول عنه، ويسري ذلك على كافة العقود دون استثناء طائفة دون أخرى[٣].

فحداثة التعامل باستخدام الوسائل الإلكترونيّة تتطلب إفساح المجال للأطراف في بعض الحالات لتعديل اختيارهم للقانون الواجب التطبيق.

---

[١] _ سهام فؤاد انجق، أحكام العقد في قانون المعاملات الإلكترونية السوري مقارنةً مع أحكامه في القانون المدني، مرجع سابق، ص٢٣١.

[2] _Sanon Van der Hof. Party Autonomy and International Online Business-to-Business Contracts in Europe and United States.in: Schulz. A. Legal Aspects of an E-Commerce Transaction :International Conference in The Hague. 26 and 27 October 2004.published by sellier: European law publ,(2006), p.129.

[3] _Briggs, The conflict of laws, Oxford,2002,p.149.

ثالثاً_ مدى اشتراط وجود صلة بين العقد الإلكتروني والقانون المختار:

يرى بعض الفقه، وكذلك بعض التشريعات[١]، أنّ القانون المختار يجب أن تربطه بالعقد الذي يحكمه صلة جوهرية، وبغير ذلك يتم إهمّاله وتحديد القانون الواجب التطبيق من قبل القاضي وفقاً لضوابط الإسناد الاحتياطية الواردة في قاعدة الإسناد المعنية.

إنّ الدولة التي يتم اختيار قانونها ليحكم العقد يرتبط بها العقد عادة بصلة ما، كأن ينتمي إليها أحد الطرفين بجنسيته أو يكون فيها موطنه، أو محل إبرام العقد أو تنفيذه، ولكن لا شيء يمنع المتعاقدين أيضاً من اختيار قانون دولة محايدة إنّ كانت مصلحتهما تقتضي ذلك، وخاصة وأنّ الدفع بالغش نحو القانون يظلّ ضابطاً لتصرف المتعاقدين في هذا المجال[٢].

وبالمقابل، لا تشترط بعض الاتفاقيات الدولية وجود صلة بين العقد والقانون المختار، فنجد أنّ اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ وتنظيم روما لعام ٢٠٠٨، خولا للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق، دون استلزام توافر رابطة بين القانون المختار والعقد، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة

---

[١] _ يرجى مراجعة: التنظيم الاوربي رقم٢٠٠٨/٥٩٣ المادة الثالثة، واتفاقية لاهاي ١٩٨٦بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود بيع البضائع الدوليّة المادة السابعة، واتفاقية مكسيكو لعام ١٩٩٤ بين الدول الامريكية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدوليّة المادة السابعة.

[٢] _ يرجى مراجعة: المادة(٢/١٨٧) من تقتين تنازع القوانين الأمريكي الثاني والمادة (١/١٠٥) من القانون التجاريّ الموحد اللتان تشترطان لتطبيق القانون الذي يختاره المتعاقدان وجود صلة جوهرية بينه وبين المتعاقدين أو العقد، والمادة(٥/١٠) من القانون الإسباني الصادر بتاريخ١٩٧٤/٥/١٣، والمادة(١/٢٥) من القانون البولوني الصادر بتاريخ ١٩٦٥/١١/١٢، اللتان تشترطان وجود رابط بين العقد والقانون المختار.

من الاتفاقية روما لعام ١٩٨٠ و٢٠٠٨، على أنّ العقد يخضع للقانون الذي يختاره الفرقاء.

إلا أنّهما وضعتا قيداً على تلك الحرية يتعلق بوجوب مراعاة القواعد الآمرة في قانون البلد الذي تتوافر فيه كل عناصر العقد، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من اتفاقية روما ١٩٨٠ على أنّ:(واقعة اختيار الفرقاء لقانون أجنبي، وسواء صاحب هذا الخيار اختيار محكمة أجنبية أم لا، وعندما تكون جميع العناصر الخاصة بالحالة متصلة عند وقت الاختيار بدولة واحدة فقط، هذه الواقعة يجب أن لا تخل بتطبيق أحكام قانون ذلك البلد، والتي لا يمكن مخالفتها).

ونصّت المادة الثالثة من اتفاقية روما ٢٠٠٨ على حكم مشابه في الفقرة الثالثة، إلا أنّها تضمنت فقرة إضافية، وهي الفقرة الرابعة، ونصها:(عندما تكون كل العناصر الأخرى المرتبطة بالقضية، العقد، عند وقت الاختيار، مركزة في واحد أو أكثر من الدول الأعضاء، فإنّ اختيار الفرقاء لقانون واجب التطبيق، غير ذلك القانون العائد لدولة عضو، يجب أن لا يخل بأحكام قانون المجتمع، كما تطبق هذه الأحكام من قبل دولة عضو، والتي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها)[١].

كما صرحت مبادئ لاهاي بشأن القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية لعام ٢٠١٥ في الفقرة الرابعة من المادة الثانية منها التي نصّت على

---

[١] _ تنص الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من تنظيم روما لعام ٢٠٠٨:

Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in one or more Member States, the parties' choice of applicable law other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement.

أنّه:(لا يشترط وجود صلة بين القانون المختار والأطراف أو معاملاتهم). وقد جاءت المذكرة التفسيرية المرفقة بهذه المبادئ لتؤكد على أنّ هذه المبادئ لا تتطلب أن يكون هناك صلة بين القانون المختار وبين الفرقاء أو العقد، سواء صلة جغرافية أم غير ذلك[١].

وفي العقود الإلكترونيّة، يرى جانب آخر من الفقه ضرورة وجود صلة بين العقد والقانون المختار للتطبيق عليه، لكنه يتوسع في مفهوم هذه الصلة كثيراً حتى لو كانت هذه الصلة اجتماعية أو اقتصاديّة، بينما يرى الجانب الآخر أنّ للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، ولو كان منعدم الصلة بالعقد الإلكتروني[٢]، حيث يصعب اشتراط وجود صلة بين العقد الإلكتروني والعقد المختار قياساً على عقود التجارة الدولية التي تتم بالطرق التقليدية استناداً للآتي:

١_ إنّ الدول لم تقم جميعها حتى الآن بوضع قانون خاص ينظم التعاقد الإلكتروني، وعليه فما الذي يمنع الطرفين من اختيار قانون أي دولة يكون أكثر ملاءمة من غيره ليحكم عقدهما، ولا سيّما أن هذا العقد يسبح في البيئة الدوليّة الافتراضية مما يتيح الفرصة لتطبيق أي قانون عليه، وربما هذا ما جعل المادة(١٠٩) من القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسب لسنة ١٩٩٩ لا تشترط وجود صلة ما بين القانون المختار والعقد الإلكتروني، وذلك على الرغم من أنّ المادة(٢/١٨٧) من تقنين تنازع القوانين الأمريكي الثاني والمادة(١-١/١٠٥) من القانون التجاريّ الموحد تشترطان

---

[١] _ سهام فؤاد انجق، أحكام العقد في قانون المعاملات الإلكترونية السوري مقارنةً مع أحكامه في القانون المدني، مرجع سابق، ص٢٣٣.

[٢] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٤٧٣.

لتطبيق القانون الذي يختاره طرفا العقد العادي وجود صلة جوهرية بينه وبين المتعاقدين أو العقد[١].

٢_ إنّ الرابطة بين القانون المختار والعقد تتأسس في الغالب من عناصر مادية مثل مكان إبرام العقد أو تنفيذه، فإذا كانت هذه الضوابط الماديّة تصلح للتطبيق على عقود التجارة الدوليّة التي تتم بعيداً عن شبكات الاتصال الإلكترونيّة أو في حالة الإبرام من خلال تلك الشبكات مع تنفيذها مادياً، فإنّ ثمة صعوبة حقيقة تعترض تطبيق تلك الضوابط في حالة المعاملات التي تتم وتنفذ بالطرق الإلكترونيّة، كما هو الشأن في حالة توريد برامج الحاسبات الآلية عن طريق إنزالها مباشرة على الحاسب الآلي للمستهلك أو إذا كان محل العقد الإلكتروني بيع اسم نطاق Domain Name على الشبكة[٢].

ففي مثل هذه الحالات يثور التساؤل عن مكان تنفيذ العقد، هل هو المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي؟ أم هو المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات التابع للبائع؟ أم أنّه مكان محل إقامة البائع أو محل إقامة الشاري؟ أم الحيز الافتراضي الذي يعيش فيه المجتمع المادي؟

حيث يصعب تحديد إقليم دولة معينة يتم فيها تنفيذ العقد لأنّنا بصدد بيئة غير مادية افتراضية يتم تنفيذ العقد من خلالها، ومن ثمّ يجب تحرير اختيار المتعاقدين من كل قيد. فيمكن أن تنشأ علاقة تعاقدية عبر الإنترنت بين أطراف ينتمون إلى دول لا تنظم مسألة محل التعاقد من خلال الوسائل الإلكترونيّة أو تنظمها ولكن على نحو لا يتلاءم وتطورات مجتمع الإنترنت،

---

[١] _ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٨٤.

[٢] _ فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونيّة، ، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص١١٤.

فإذا اشترطنا مثلاً تطبيق قانون إحدى الدول المرتبطة بالعقد الإلكتروني على هذا النحو، فإنّ ذلك يحد من تطور التجارة الإلكترونيّة.

كما يتعين ملاحظة أنّ هناك عقوداً تبرم وتنفذ آلياً في إطار المجتمع المعلوماتي دون أن يكون لها صلة بالمجتمع المادي كما هو شأن عقود إنشاء أسماء النطاقات وإيجارها وبيعها، وبهذه المثابة يصعب اشتراط وجود صلة بين القانون المختار والرابطة التعاقدية[١].

وعلى سبيل المثال، لو اتفق أطراف عقد خدمات المعلومات المبرم بين مستخدم لبناني ومورد معلومات فرنسي على اختيار القانون الإنجليزي لحكم هذا العقد، فإنّ الاختيار لا يعد تحايلياً أو مشوباً بالغش نحو القانون، نظراً لأنّ العقد الافتراضي ولا سيما المبرم عبر الإنترنت، يعد مركزاً في المجال الدولي مما يتيح الفرصة لتطبيق كل التشريعات الوطنية. ومن هذا المنطلق لا يوجد ما يدعو للحديث عن الغش نحو القانون، ولو اتضح بعد ذلك أنّ القانون الإنجليزي المختار من الأطراف يعد من قوانين المجاملة، وأنّ المورد قام باختياره للتخلص من التشريعات الآمرة في القانون اللبناني والفرنسي، فيمكن تدخل هذه القواعد الآمرة لتصحيح الموقف ولا سيما لحماية المستهلك[٢].

ويبدو أنّ المشرع السوري بالمادة(٢٠) من القانون المدني لم تقيد حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب تطبيقه بأي قيد أو بأي اعتبار[٣]، والأمر ذاته في المادة(١١) من قانون المعاملات الإلكترونية، والمادة(٥) من

---

[١] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٤٧٦.

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٢٥١.

[٣] _ سهام فؤاد انجق، أحكام العقد في قانون المعاملات الإلكترونية السوري مقارنةً مع أحكامه في القانون المدني، مرجع سابق، ص٢٣٣ – ٢٣٤.

قانون التحكيم رقم(٤) لعام ٢٠٠٨ التي تنص على أنّه:(لطرفي التحكيم حرية تحديد القانون الذي يجب على هيئة التحكيم تطبيقه على موضوع النزاع)، وذلك على خلاف غيره من المشرعين الذين صرحوا بوجوب وجود صلة حقيقية بين القانون المختار وبين العقد[١].

وفي الحقيقة، وإن لم يشترط المشرع وجود صلة بين العقد وبين القانون المختار، إلا أنّه من الناحية العملية يستبعد ذلك، فلا يتصور عدم وجود رابطة بينهما، فالمتعاقدان سوف يختاران في النهاية قانوناً يرتبط بشكل أو بآخر بعقدهما[٢].

وبالنتيجة، تماشياً مع ما نص عليه تنظيم روما لعام ٢٠٠٨، وانسجاماً مع مبادئ لاهاي بخصوص اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية لعام ٢٠١٥، كما واقع التجارة الإلكترونية الحالي الذي يمكن المتعاقدين من إبرام عقد إلكتروني بالكامل على شبكة الإنترنت، إنّه بإمكان المتعاقدين اختيار القانون الذي يشاؤون ليطبق على العقد الإلكتروني المبرم بينهم، بشرط أن لا يكون هذا الاختيار مخالفاً للقواعد التي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها في القانون الأقرب صلة بالعقد[٣].

---

[١] _ وعلى سبيل المثال، المادة(١٨) من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنّه:(يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حال عدم ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنّه يسري على العقود المتعلقة بالعقار، قانون موقعه).

[٢] _ سهام فؤاد انجق، أحكام العقد في قانون المعاملات الإلكترونية السوري مقارنةً مع أحكامه في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٣٤.

[٣] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

رابعاً_ تجزئة عقود التجارة الإلكترونيّة:

لمّا كان لإرادة المتعاقدين دورٌ أساسي في حل مشكلة تنازع القوانين بصدد عقود المعاملات الإلكترونيّة، فإنّه يثور تساؤل حول ما إذا كان لهذه الإرادة اختيار أكثر من قانون لحكم العلاقة العقدية، بأنّ يطبق على كل جزء منها قانون يختلف عن الآخر أم لا؟

يلاحظ في إطار الاتفاقات الدوليّة أنّ ثمة مواقف متباينة بشأن تجزئة العقد بصفة عامة، إذ تجيز بعضها تجزئة العقد، بحيث يخضع لأكثر من قانون، منها على سبيل المثال المادة رقم(٢/٧) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ وجاء فيها أنّ:(الأطراف يجوز لهم الاتفاق في أي وقت على إخضاع العقد بأكمله أو في جزء منه لقانون آخر غير القانون الذي يحكمه)، والمادة رقم(١/٣) من اتفاقية روما لعام١٩٨٠، وكذلك اتفاقية روما لعام ٢٠٠٨[١]، التي أشارت إلى القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وأجازت للمتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد أو على جانب منه فحسب.

كذلك نصت المادة الثانية من مبادئ لاهاي بشأن اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية، صراحة على أنّه من حق الأطراف أن تختار القانون المطبق على العقد برمته أو على جزء منه فقط، وأن تختار أيضاً قوانين مختلفة تنطبق على العقد برمته أو على جزء منه.[٢]

---

[١] _ تنصّ المادة(١/٣) من اتفاقية روما لعام ٢٠٠٨، كما اتفاقية روما لعام ١٩٨٠:
A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.

[٢] _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص٨٥.

ومن ثمّ، فإنّه في **إطار عقود التجارة الإلكترونية** يمكن الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون ليحكم العقد، فإعلاء مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية لن يتحقق إلا من خلال مبدأ المرونة النسبية للقواعد التي تسمح بتجزئة العقد، وإسناد كل جانب منها إلى قانون معين، هناك مسائل خاصة تتم عبر الشبكات الإلكترونية كالوفاء حيث تلقى تعاملاً منفصلاً عن العقد[١].

إنّ اختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة يجنبهم العديد من المشكلات التي يمكن أن تحدث مستقبلاً، إلا إنّ التعاقد عبر الشبكة الإلكترونيّة لا يتيح مثل تلك الحرية، لأنّ العمل جرى على إعلان الأطراف صراحة عن القانون الواجب التطبيق ولن يكون أمام المستخدم سوى الضغط على مؤشر "أنا أقبل" أو "نعم"، ولكن يمكن التفاوض على هذا القانون إذا كان التعاقد من قبيل التعاقدات القابلة للتفاوض، وكل ما هنالك أنّ الفقه يشترط عدم تعارض هذا القانون مع النظام العام أو انطوائه على غش نحو القانون، على أساس أنّ مثل هذا التحايل يعتبر تهرباً من الخضوع للأحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق، كما من شأنه إهدار الاعتبارات التي بنى عليها المشرّع قواعد الإسناد، وهذا ما تقرره غالبية التشريعات[٢].

ولكن يرى جانب من الفقه على إجازة القاضي تجزئة العقد– عند سكوت الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق– على سبيل الاستثناء فيما لو اقتضت ذلك من الظروف الملابسة للحالة المعروضة، حيث نصّت

---

[١] _ أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونيّة وأثره، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق/ جامعة طنطا، الجزء الأول، العدد٤١، نيسان ٢٠٠٧، ص٢٠٢.

[٢] _ ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدوليّ الخاص – تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٢، ص٤٠٠.

المادة(١/٤) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ على أنّه:(...إذا كان جانب من العقد يقبل الانفصال عن جوانبه الأخرى، وكان هذا الجانب على أوثق صلة مع قانون دولة أخرى، فإنّه يجوز تطبيق قانون هذه الدولة بصفة استثنائية على هذا الجانب)[١].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة حصر الاستثناء حفاظاً على وحدة العقد، وبالتالي فإنّ تنفيذ أحد الالتزامات المترتبة على العقد، في دولة معينة يختلف عن دولة تنفيذ الالتزام الآخر، لا يعني أن هذين الالتزامين قد أصبحا قابلين للتجزئة، وهي الحالة الاستثنائية التي تعبر عنها بعض العقود المركبة، مثل: عقود التعاون الصناعي التي تتضمن مجموعة من الالتزامات المستقلة، ومنها الالتزام بإنشاء المصانع، والالتزام بتوريد الآلات والالتزام بنقل التكنولوجيا وغيرها[٢].

ويرى جانب من الفقه أنّه بالإمكان تجزئة عقود التجارة الإلكترونيّة بالنسبة للعقود التي تبرم بين التجار (B2B)، وبأنّه يمكن تجزئة عقود التجارة الإلكترونية، خاصة في العقود التي تنفذ بالتسليم المادي في منطقة جغرافية محددة، وبالتالي يمكن الاتفاق على قانون الدولة التي يتم فيها التسليم مثلاً أو قانون بلد الوفاء وتطبيقه على مهلة تنفيذ العقد فقط. وهناك من يرى بأنّه لا يمكن تجزئة العقود تلك التي تبرم بينهم وبين المستهلكين(B2C) لأنّ طبيعة أو خصوصية تلك العقود تجعلها تأبى وتنفر من إمكانية التجزئة، وهذا ما ترنو إليه التشريعات الأوربية التي تقرر الحماية للمستهلك، من خلال تطبيق قانون

---

[١] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١١٠.

[٢] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٦٢٨.

واحد وهو قانون الدولة التي يقيم فيها، حتى مع افتراض تطبيق أكثر من قانون على منازعات تلك العقود، إذا كانت تقرر حماية له، فإنّ قيمة العقود لا تتناسب وتكلفة التقاضي بحثاً عن تطبيق أكثر من قانون[١].

أمّا في القانون السوري فلم يصرح المشرع بذلك، لكن بعد الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني يلاحظ أنها أكدت على فكرة وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد، وعلى استبعاد فكرة تحليل عناصر العقد[٢]، باعتبار أنّ العقد عملية واحدة من الناحية النفسية والاقتصادية مما يستوجب خضوع مجموعه إلى قانون واحد. وهذا هو التفسير الراجح في منحى المشرع السوري وذلك لجهة شمولية مادة الإسناد لكل ما يتعلق بالرابطة العقدية، سواء من حيث تكوينها، أم من حيث آثارها، أم من حيث انقضائها، مع الاحتفاظ بهامش من الاستثناءات غير مخل بقاعدة عدم التجزئة[٣].

وبعد أن فرغنا من معالجة ضابط الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونيّة، فلا بّد من التعرض للقيود الواردة عليه وصعوبات أعماله، وهذا ما سيدور الحديث عنه في المبحث الثاني.

---

[١] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١١١.

[٢] _ يرجى مراجعة: سهام فؤاد انجق، أحكام العقد في قانون المعاملات الإلكترونية السوري مقارنةً مع أحكامه في القانون المدني، مرجع سابق، ص٢٣٦

[٣] _ د. وفاء مزيد فلحوط، القانون الواجب التطبيق على الجانبين الموضوعي والشكلي للعقود" دراسة تحليلية في إطار نظام تنازع القوانين السوري"، مرجع سابق، ص ١١٨.

المبحث الثاني
القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الإلكترونيّة وصعوبات إعماله

لما كان لأطراف العقد كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونيّة إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، فإنّ لهذا المبدأ أو لهذه الإرادة قيوداً ينبغي مراعاتها، فقد ذهب فقه القانون الدوليّ الخاص في إجماعه إلى وجود حالتين يتعين معهما على القاضي الوطني استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، ويرجع هذا أمّا لتعارضه مع الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي، وهو ما يعرف بالدفع بالنظام العام أو يرد استبعاده كأن يأتي تحديده بناءً على تحايلهما على قاعدة الإسناد الوطنيّة، وهو ما يعرف بالدفع بالغش أو التحايل على القانون[١]، إضافة إلى وجوب توافر صلة بين العقد والقانون المختار، كما يرد على هذا المبدأ صعوبات لإعماله وهذه الصعوبات نجدها متعلقة بالتحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق، كما نجدها متعلقة بالتحديد الضمني له، وكل هذا سنتناوله في هذا المبحث بالتطرق إلى القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونيّة في المطلب الأول، إضافة إلى صعوبات إعماله في المطلب الثاني.

[١] _ عوض الله شيبه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدوليّ الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٣٩١.

المطلب الأول
القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الإلكترونيّة

يرد على مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونيّة جملة من القيود تتعلق بالنظام العام، وكذلك التحايل على القانون(الغش نحو القانون)، حيث سيتم معالجة كل قيد على حدا من خلال التالي:

الفرع الأول
اعتبار النظام العام قيداً على مبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونيّة

إذا ما فرغ القاضي من إعمال قاعدة التنازع الوطنية، وأمكنه الوقوف على مضمون القانون الأجنبي المختص، وفي حالة القانون الذي اختاره أطراف العقد الإلكتروني عملاً بأحكام المادة(١١) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم(٣) لعام ٢٠١٤، فليس معنا ذلك أنّه سيطبق هذه القانون بصفة آلية وعلى نحو لازم، وإنّما ينبغي أن يقوم بفحصه أولاً، فقد يظهر عندئذ أنّ القانون يتعارض مفهومه مع المبادئ الأساسية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان

مجتمعه[١]، ومن ثمّ يتعين عليه في هذه الحالة استبعاده باسم النظام العام أو الآداب العامة في دولته بموجب نص المادة(٣٠) من القانون المدني السوري[٢].

هذا هو النظام العام الذي يعتبر قيداً وارداً على مبدأ سلطان الإرادة، لذلك سوف نعرض لفكرة النظام العام من خلال التعرف على المقصود بالنظام العام الذي يأخذه القاضي أو المحكم بعين الاعتبار، هل هو النظام العام الداخلي؟ أم هناك نظاماً عاماً دولياً يستند إليه؟ وماذا لو استبعد القاضي أو المحكم الناظر في النزاع القانون المختار من قبل الفرقاء لتعارضه مع النظام العام، ما هو القانون الذي سيحل محله؟

ثمّ نوضح إلى أي مدى يعد النظام العام قيداً على مبدأ قانون الإرادة وفي مجال عقود التجارة الإلكترونيّة:

أولاً_ مضمون فكرة النظام العام:

معالجة النظام العام على أنّه قيد على حرية الإرادة يقتضي منا أن نوضح الأدوار المختلفة التي تقوم بها هذه الفكرة في مجال القانون الداخلي والقانون الدوليّ الخاص، وأيضاً دورها في مجال العقود الدوليّة[٣].

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٣١١.

[٢] _ حيث تحل هنا المادة(١١) من قانون المعاملات الإلكترونية رقم/٣/ لعام ٢٠١٤ في هذا المثال محل المادة(٢٠) من القانون المدني السوري حسب المادة(٢٥) من القانون المدني السوري، وتبقى القواعد المكملة كما هي بما في ذلك المادة(٣٠) من القانون المدني السوري.

[٣] _ د. جهاد محمد الجراح، تعطيل أثر قاعدة الإسناد في تطبيق القانون الأجنبي أعمالاً للدفع بالنظام العام في القانون الأردني – دراسة مقارنة، المجلة الأردنية في القانون والعلوم، المجلد ١٢– العدد ٤، ٢٠٢٠، ص ٢٩٩.

١ـ النظام العام في مجال القانون الداخلي:

تعتبر فكرة النظام العام من الأفكار الجوهرية في علم القانون بوجه عام، وتستعمل تلك الفكرة في القانون الداخلي للإشارة إلى القواعد الآمرة[١] التي لا يمكن للأفراد مخالفة حكمها باتفاق خاص، أو بمعنى آخر يبطل كل اتفاق يخالف أية قاعدة ترتبط بالمصالح الاقتصاديّة والسياسية والاجتماعية في المجتمع، **ولذلك يعد قيداً هاماً على مبدأ حرية التعاقد**[٢]، ويترتب على إعمال النظام العام في هذا المجال إبطال كل تصرف أو اتفاق تقرر بصورة مخالفة

[١] ـ الجدير بالذكر أنّ الفقه يختلف في تحديد العلاقة بين القواعد الآمرة والنظام العام، فيرى جانب أنّ النظام العام هو القواعد الآمرة، ولذلك فإنّ النظام العام لديهم هو فكرة معروفة تتلخص في القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها باتفاق خاص، والجانب الآخر من الفقه يرى أنّ فكرة النظام العام أوسع وأشمل من القواعد الآمرة، فالنظام العام نطاق يجاوز نصوص القانون، وأنّ الاتفاق قد يقع باطلاً لمخالفة النظام العام دون أن يصطدم بنص معين في القانون، فإن كان المشرّع يحدد النظام العام بقواعد آمرة لا يجوز مخالفتها، فإنّ القضاء يساهمّ أيضاً في خلق النظام العام بالتوسع في مفهوم النصوص التشريعية، هذا بالإضافة إلى أنّ الحياة العملية التي تساهمّ في تكوين هذه الفكرة عن طريق تكوين جماعات من أصحاب المصالح المشتركة يدافعون عن مصالح أعضائها كالنقابات، وقد وضعت هذه النقابات عقوداً نموذجية يلتزم بها الأطراف وتحد من حريتهم في إدراج ما يشاءون من الشروط الخاصة التي تهدد مصالح العمال كما في عقد العمل الجماعي. ولهذا ترى غالبية من الفقه أنّ كل القواعد الآمرة من النظام العام، ولكن ليست كل قواعد النظام العام قواعد آمرة.

د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٩٢.

[٢] ـ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٣٣.

لـه[١]. وعلـى سبيل المثال: إذا كانـت القاعدة التـي تحدد سن الرشد(الأهلية) لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها في القانون السوري، وخلافاً لذلك، وفي العلاقات الدولية الخاصة، فإنّ تطبيق القانون الأجنبي الذي يحدد سن الرشد بما يخالف هذه السن لا يصطدم مع النظام العام في سورية.

وأيضاً، فيما يتعلق بالولاية على القصر، يعتبر ترتيب من تحق لهم هذه الولاية من النظام العام على المستوى الداخلي في القانون المصري، غير أنّ الأمر خلاف ذلك في مجال العلاقات الدولية الخاصة، حيث قبل القضاء تطبيق القانون الأجنبي الذي يمنح الولاية لشخص خارج التعداد الذي ذكره القانون المصري[٢].

٢_ النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص:

إنّ فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص تعد فكرة حديثة نسبياً، ولعلّ مرد ذلك إلى أنّ قواعد القانون الدولي الخاص نفسه هي أيضاً حديثة النشأة، فلم يكن دور النظام العام الهدف منه استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، بل أداة لتثبيت الاختصاص الإقليمي للقانون الوطني، ولعل أصل هذه الفكرة يرجع إلى فقهاء مدرسة الحواشي ونظرية الأحوال التي نادوا بها للتمييز

[١] _ د. حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٥، ص ٢٩٩-٣٠٠.

[٢] _ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية-مصر، ١٩٩٢، ص ٣٩٢.

بين القوانين الملائمة والقوانين البغيضة[١]، وأنّ الأولى هي وحدها التي يمكنها الامتداد خارج الإقليم الذي صدرت فيه[٢].

ونجد أنّ فكرة النظام العام قد عرفها الفقه الحديث بأنّها:**(وسيلة قانونيّة يستبعد فيها في النزاع المطروح أمام قاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي)**[٣]، وبالرغم من أنّ الفقه الحديث مجمع على أهمّية فكرة النظام العام ودورها باعتباره أداة لاستبعاد القانون الأجنبي إلا أنّه يبقى مختلفاً مع ذلك حول تحديد مضمونها، ومع ذلك فإنّ هناك اتفاقاً حول تحديد هدفها، المجسد عموماً في حماية المبادئ والأسس الجوهرية التي تصون المجتمع سواء كانت تلك المبادئ والأسس اقتصاديّة أو اجتماعية أو سياسية[٤].

---

[١] _ يرجع أصل فكرة النظام العام إلى عهد الفقة الإيطالي القديم، حينما ميزّ الفقيه(Barlot) ما بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة، وقصر إمكانية تطبيق الأحوال خارج حدود الإقليم التي صدرت فيه الأحوال المستحسنة دون المستهجنة.

لمزيد من الفصيل يرجى مراجعة: د. وفاء مزيد فلحوط، النظام العام في القانون الدولي الخاص، "دراسة تحليلية لنص المادة(٣٠) من القانون المدني السوري، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد ٢– العدد الثاني، ٢٠٢٢، ص٣٠٤.

[٢] _ ولكن هذه الفكرة لم تتبلور إلا على يد الفقيه الإيطالي مانشيني في القرن التاسع عشر ليتخذ منها أساساً لبناء قواعد الإسناد، وأنّ هناك مجموعة من القوانين يمكن وصفها بقوانين النظام العام وهي تسري داخل إقليم الدولة ولا تمتد خارجه ومن أمثلتها قوانين الملكية العقارية وقوانين الأمن المدني وكذلك فروع القانون العام.

د. جهاد محمد الجراح، تعطيل أثر قاعدة الإسناد في تطبيق القانون الأجنبي أعمالاً للدفع بالنظام العام في القانون الأردني – دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

[٣] _ محمد إبراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١١١.

[4] _ TERRE Francois, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, droit civil, Les obligations, DALLOZ, Paris, 1999, p345.

وفي القانون الدوليّ الخاص يتلخص دور النظام العام في منع تطبيق القانون الأجنبي، الذي عقدت قاعدة الإسناد الوطنيّة له الاختصاص، إذا كان من شأن تطبيق الأحكام الموضوعيّة لهذا القانون المساس بالأسس والمبادئ والركائز التي يقوم عليها النظام القانونيّ لدولة القاضي[١]، وهذا ما أقرّه المشرّع السوري من خلال نص المادة(٣٠) من القانون المدني التي تنصّ على أنّه:(**لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب[٢] في سورية**).

وهذا ما يسمى بالنظام العام الحمائي أو الاستبعادي، **ويلعب دوراً سلبياً** حيث يهدف إلى استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق إعمالاً لقاعدة الإسناد إذا كانت أحكام هذا القانون تحمل في طياتها مخالفة لقواعد النظام العام أو الآداب العامة في دولة القاضي[٣].

ويمكن للنظام العام أن يلعب دوراً إيجابياً، حيث يفرض تطبيق القواعد التي يتضمنها قانون القاضي وذلك لحماية الأهداف السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية التي حددتها الدولة.

وهذا ما يُعرف بقوانين البوليس، وهي مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني، التي تبلغ في أهميتها للمجتمع حداً كبيراً يحول

---

[1] _ Maire NAMIE-CHARBONNIER, La formation et exécution du contrat électronique, Thèse de doctorat, Droit économie, sciences sociales, université panthéon – Assas, Paris II, Paris، 2003, op.cit, p 252.

[٢] _ تُعرف الآداب العامة بأنّها:(مجموعة القواعد وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة في الجماعة، والآداب بهذا المفهوم هي أحد جوانب النظام العام).

يرجى مراجعة: د. فؤاد ديب، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص١٣٩.

[٣] _ خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون تخصص والتعاون الدوليّ، جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٣٢.

دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، ويتعين من ثمّ تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون النظر إلى تصنيفها، وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو إلى القانون الخاص[١].

والمُلاحظ من نصّ المادة المشار إليها أعلاه، أنّ المشرع اكتفى فقط بالنص على استبعاد القانون الأجنبي المختص في حالة مخالفته لمقتضيات النظام العام لمجتمعه دون أن يضع تعريفاً قانونياً للنظام العام، إلا أنّ بعض المشرعين في بعض الدول قد قاموا بتعداد بعض المسائل التي تعتبر من صميم النظام العام، كما فعل المشرعان الأردني والإماراتي[٢].

وبالرغم من ذلك يوجد بعض المشرعين الذين بادروا إلى تعريف النظام العام، على غرار المشرع الألماني في المادة الثلاثين من القانون المدني حيث نصّ على أنّ قواعد النظام العام هي تلك التي تتصل بالأسس الاجتماعية

---

[١] _ علاء الدين محمد ذيب عبابنه، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدوليّ في القانون الأردني والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونيّة العليا/ جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، ٢٠٠٤، ص١١٧.

[٢] _ نصّت الفقرة الثالثة من المادة(١٦٣) من القانون المدني الأردني رقم(٤٣) لعام ١٩٧٦ على أنّه:(يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار وفي مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية).

كما نصّت المادة الثالثة من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم/٥/ لعام ١٩٨٥، على أنّه:(يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث وقواعد الملكية الفردية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية).

والسياسية والاقتصادية للبلد، وبمفاهيمها الأساسية في وقت معين ويكون من طبيعة القانون الأجنبي المراد تطبيقه في ألمانيا انتهاك مبادئها الأساسية[١].

[١] _ الملاحظ أنّ التعاريف السابقة وغيرها لم تنجح في إعطاء معنى دقيق وواضح للنظام العام، لأنّ هذا الأخير يتميز بالمرونة ويكتنفه الغموض، فما يتعارض مع النظام العام في دولة قد لا يعتبر ذلك في دولة أخرى، فلو قام موقع إلكتروني مثلاً في إحدى الدول الإسكندفانية بالإعلان عن رغبات الزواج المثلي، فإنّ مثل هذا لا يعد مخالفاً للنظام العام في هذه الدول بينما يعد كذلك في الدول العربية والإسلامية، والكثير من الدول الأخرى.

والأكثر من ذلك النظام العام متغير داخل الدولة الواحدة، فما يعتبر مخالف للنظام العام في وقت معين قد لا يعتبر ذلك كذلك في وقت لاحق. فمثلاً في الولايات المتحدة الأمريكية أنّ حرية التعبير التي تنص عليها المادة(١) من الدستور الأمريكي، هي حرية مقدسة ولا يمكن المساس بها بداعي أنّها تمس مصالح أساسية للغير، إلى أنّ العديد من الولايات الأمريكية، مثل: ولاية فلوريدا وولاية ألاباما وولاية ماريلاند وولاية نيو جرسي حاولوا خلق آليات لحماية القصر ومن ثمّ تقييد فكرة حرية التعبير.

كما نجد في حيثيات العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، العديد من العناصر التي تساعد في تبرير الكثير من الظروف، تحديد وتقييد الحق في حرية التعبير، وفق ما جاء في الرأي الشخصي للقاضي Holmes بأنّ:(أكبر حماية للحق في التعبير لا يمكن أن تحمي الشخص الذي يصيح في العامة "النار" داخل مسرح ويخلق جو من الفوضى).

وبالنظر للاعتبارات السابقة تفادت التشريعات وضع تعريف للنظام العام، مكتفية بمنح سلطة تقديرية للقاضي في الكشف عما إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام في قانون دولة القاضي أم لا. ويقدر القاضي ذلك وقت الفصل في النزاع وليس وقت نشوء العلاقة القانونية. ففي هذا الوقت بالذات يعمل القاضي فكرة النظام العام ليستبعد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد في قانونه، ويجري ذلك الإعمال في صورة دفع **هو الدفع بالنظام العام.**

د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٣١٨ – ٣١٩.

وما يهمنا في هذا المقام، باعتبار أنّ النظام العام يعد قيداً على قانون الإرادة، هو النظام العام الحمائي أو الوقائي، فهذا النوع من النظام العام يحمي الأسس العليا في المجتمع، سواء سياسية أو اقتصاديّة أو اجتماعية، مثله في ذلك النظام العام الداخلي، وذلك باستبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي، حتى ولو اتفق الأطراف على تطبيقها، ما دامت تتنافى مع هذه الأسس العليا[١].

ولا يوجد فارق في هذه الحالة بين الوظيفة التي يؤديها النظام العام في القانون الداخلي ووظيفته في مجال القانون الدوليّ الخاص، إلا أنّ موضوع الاستبعاد في القانون الداخلي هو إرادة الأطراف، بينما موضوع الاستبعاد في القانون الدوليّ الخاص هو القانون الأجنبي[٢]، ويترتب على ذلك أنّ حرية الأطراف في اختيار قانون معين يحكم عقدهم يجب أن تكون مقيدة بألا تخالف قواعد النظام العام في دولة القاضي. وبمعنى آخر، فإنّ هذا النظام العام يرسم الحدود التي يسمح فيها بتطبيق أحكام القانون الأجنبي.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ قواعد النظام العام باعتبارها قيداً على حرية الأطراف، لها نطاق أضيق في مجال تنازع القوانين عنه في مجال القانون الداخلي، ويرجع السبب في ذلك إلى أنّ قواعد هذه الاخيرة ترتبط أكثر بعلاقات الأطراف وبحركة التجارة خارج الدول، ولذلك تتفق الغالبية على أنّه ليس كل ما يعد من النظام العام في مجال القانون الداخلي يعد كذلك في مجال تنازع

---

[١] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدوليّ الطليق بين القانون الدوليّ الخاص وقانون التجارة الدوليّة(دراسة تأصيلية انتقادية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص٥٨٢.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٩٥

القوانين أو في مجال القانون الدولي الخاص[١]. وتترتب على ذلك نتيجة هامة مؤداها أنّ مخالفة القانون الأجنبي لأحكام بعض القواعد الآمرة في قانون القاضي لا تستلزم بالضرورة وفي جميع الأحوال استبعاد أحكام هذا القانون الأجنبي باسم النظام العام[٢].

٣_ النظام العام الدوليّ:

أدت التطورات الحديثة التي عرفتها التجارة الدوليّة إلى ظهور فكرة النظام العام الدوليّ بمفهوم يختلف عن النظام العام الداخلي في إطار القوانين الداخلية، الذي يعني وجود تنظيم قانونيّ فوق الدول، فقد سلم الفقه الحديث بوجوده نتيجة تشابك العلاقات الدوليّة الخاصة ومساهمّة كل طرف(الدول، المنظمات الدوليّة، الشركات العالميّة..) في إنمائها، لتلبية متطلبات التجارة الدوليّة واحتياجاتها عن طريق تشجيع القواعد الذاتية الخاصة وابتداعها، التي تتفق ونمو المبادلات التجاريّة الدوليّة[٣].

وقد ذهب جانب من الفقه في مجال عقود التجارة الدوليّة، إلى القول باستبعاد القانون الأجنبي استناداً إلى فكرة النظام العام، إذا كان في تطبيق هذا

---

[١] _ ويعطي الفقه بعض أمثلة لبعض القواعد التي تعد من النظام العام الداخلي ولا تعد كذلك في مجال تنازع القوانين، منها: الحد الأقصى لسعر الفائدة، اشتراط الدفع بالذهب أو بقيمة الذهب، مدة تقادم الديون.

يرجى مراجعة: د. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدوليّ الطليق بين القانون الدوليّ الخاص وقانون التجارة الدوليّة(دراسة تأصيلية انتقادية)، مرجع سابق، ص٥٨٣.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٩٦.

[٣] _ عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص ٧٦.

القانون مساس بمبادئ العدالة الدوليّة أو مبادئ القانون الطبيعي أو بالمبادئ العامة المتعارف عليها في جماعة الأمم المتحضرة، أو بصيغة أخرى في حالة مخالفة النظام العام الدوليّ الذي يعرف بأنّه:**(مجموعة أسس وقواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين، وإنّما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدوليّة، لأنّه عبارة عن مجموعة قواعد مشتركة بين مختلف الأنظمة القانونيّة ومرتبطة بالعلاقات الدوليّة)**[١].

وتعبر فكرة النظام العام الدوليّ عن مجموعة المصالح الأساسية للجماعة الدوليّة أو المصلحة العليا التي لا يتصور بقاء كيانها سليماً دون الاستقرار على قواعد النظام العام الدوليّ، كما أنّ القواعد القانونيّة المتعلقة بها هي قواعد آمرة، لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها فهي بذلك تفرض قيداً على الإرادة، فهي إذن السياج القوي الذي يحمي النظام القانونيّ الدوليّ[٢].

ومن أبرز مصادر هذا النظام نجد القضاء الوطني، والتحكيم التجاريّ الدوليّ، ودون أن ننسى دور الاتفاقيات الدوليّة والقرارات والتوصيات الدوليّة في وضع قواعد هذا النظام[٣].

---

[١] _ صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٥، ص٢٣٤.

La live (P), ordre public transnational, ou réellement international/ Arbitrage international, Rev- arb, 1986, P 326

[٢] _ عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١٧، ص١٥٧.

[٣] _ من الأمثلة التي يسوقها أنصار هذا الرأي القرارات الصادر بخصوص الرشوة في مجال المعاملات الدوليّة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣٥١٤، والقرارات الصادرة في مجال تجارة المخدرات والإرهاب.

يرجى مراجعة: محمد أمين الرومي، النظام القانونيّ للتحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص١١٢.

إذ يساهمّ القضاء الوطني من خلال الأحكام التي يصدرها في إرساء العديد من القواعد التي توصف بالنظام العام الدوليّ، ونذكر على سبيل المثال: **الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس في قضية Banque Ottomane**، التي أكدت أنّ أمن العلاقات التجاريّة والماليـة والدوليّة، يقوم على الاعتراف بالنظام العام إن لم يكن عالمياً فهو على الأقل مشترك بين مختلف الأنظمة القانونيّة، وفي حكم آخر عن محكمة النقض الفرنسية الصادر في قضية LATOUR ألحّت على وجود مبادئ عدالة عالميّة لها قيمة دوليّة مطلقة[١].

وللنظام العام وظيفتان أو دوران إيجابي وسلبي، **فيتمثّل الدور الإيجابي** عندما يدعو هذا النظام المحكّمين إلى أن يطبقوا بصفة أولية القواعد والمبادئ الأساسية للتجارة الدوليّة التي تستقل عن كل نظام وطني، فأنصار وجود نظام قانوني خاص بعقود التجارة الدولية يرون أنّ عادات وأعراف التجارة الدوليّة وكذلك المبادئ العامة للقانون كافية لأن تشكل نظاماً قانونيّاً خاصاً مستقلاً، يلتزم المحكمّون بتطبيقه بصفة خاصة عند غياب اتفاق صريح من الأطراف على النظام القانونيّ المطبق[٢].

ويُفسر هذا الدور الإيجابي للنظام العام الدولي بأنّ:(الأنشطة والعمليات التي يقوم بها المتعاملون في التجارة الدولية تخضع لمجموعة من القواعد الوطنية التي تتوافر فيها، بلا جدال، خصائص القاعدة القانونية. وهذا النظام العام توجيهي لأنّه يلبي احتياجات المتعاملين في التجارة الدولية إلى الصدق

1_GUILLEMARD Sylvette، Le droit international privé face au contrat de vent cyberspatial ،Thèse de doctorat, faculté de droit, Université LAVAL, Québec, 2003, p 407 .

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٠٢.

والعدالة والنظام والأمان. فهو يتدخل لإلزام المحكم بتطبيق هذه القواعد دون حاجة إلى اللجوء للقانون الأجنبي واجب التطبيق وفقاً لقاعدة التنازع)[١].

وهنالك **دور سلبي يتمثّل** في استبعاد القانون الوطني واجب التطبيق وفقاً لقاعدة التنازع أو وفقاً لاختيار الأطراف، ويطبق أحد المبادئ والقواعد العامة للتجارة الدوليّة إذا قدّر المحكّم أنّ نصوص هذا القانون تصطدم بأحد المبادئ الهامة التي يجب احترامها على المستوى الدوليّ، بل ذهب البعض إلى أبعد من ذلك عندما رأى أنّ هناك تدرّجاً بين الأنظمة العامة، بحيث يغلب أولاً النظام العام الدوليّ ثمّ يأتي بعدها النظام العام الوطني، أي أنّ النظام العام الدوليّ يمكنه أن يستبعد النظام العام الوطني إذا وجده مخالفاً لأحد هذه المبادئ العامة[٢].

ثانياً_ مدى اعتبار النظام العام قيداً على مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الإلكترونيّة:

من الثابت في النظم القانونيّة الوطنيّة والدوليّة، أنّ اصطلاح النظام العام يقترن استعماله لحماية وصيانة المبادئ العليا الاقتصاديّة والاجتماعية والسياسية، والخلقية والدينية التي يقوم عليها مجتمع الدولة، وإنّ الحد الفاصل بين النظام العام الداخلي والدوليّ هو الحدود الجغرافية، ولمّا كانت هذه الأخيرة منعدمة في مجال العقود الإلكترونيّة أثير إشكال النظام العام الذي ستخضع له العقود الإلكترونيّة، واختلفت آراء الفقهاء بين قائل بخضوع العقد الإلكتروني

---

[1]_CHAPELLE (P.), Les usages commerciaux dans les contrats internationaux, th, paris X, 1993, p. 532 .

[٢] _ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠٢، ص٥٢٦.

للنظام العام الداخلي أو الوطني، وآخر قائل بخضوع العقد الإلكتروني للنظام العام الدوليّ، وهو ما سنتناوله في النقطتين التاليتين:

١ـ خضوع العقد الإلكتروني للنظام العام الوطني:

ينبغي الإشارة في بادئ الأمر إلى ضرورة عدم الخلط بين فكرة النظام العام، والقاعدة القانونيّة الملزمة لأنّ القاعدة القانونيّة ملزمة ولو لم تتعلق بالنظام العام[١]، فعلى الرغم من تسليمنا بأنّ مصطلح النظام العام يقترن استعماله في الأنظمة الداخلية للمبادئ التي يقوم عليها المجتمع، لكّننا سنحاول تطبيق فكرة النظام العام الداخلي على العقود الإلكترونيّة، فيشير البعض إلى أنّ رسم حدود فكرة النظام العام للمجتمع الإلكتروني لن تكون مستقلة عن النظام العام الداخلي، بل إنّها تستقي منها بعض المبادئ التي يمكن تطبيقها على العقود الإلكترونيّة، بل يذهب البعض أكثر من ذلك بالقول أنّ كل عقد إلكتروني يمس بالنظام العام الداخلي لأية دولة يحق لها إبطاله[٢].

ولكن الإشكال المطروح يظهر في دوليّة العقد الإلكتروني الذي يتصل بأكثر من دولة، وبالتالي فإنّه يتصل بأكثر من نظام عام، ولمّا كان هذا الأخير يختلف من دولة إلى أخرى، فإنّ العقد الإلكتروني يمكن أن يكون صحيحاً في دولة وباطلاً في دولة أخرى، **ولعلّ قضية YAHOO أكبر مثال على ذلك**، التي تتلخص وقائعها بقيام أحد المتاجر الأمريكية التي تأويها "ياهو" بعرض وبيع متعلقات من الحقبة النازية، البيع عن طريق المزاد العلني، وإثر

---

[١] ـ د.هشام علي صادق، القانون الدوليّ الخاص، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٥، ص ١٥٠.

[٢] ـ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٠٤.

ذلك تقدّمت جمعية فرنسية ضد التمييز العنصري بشكوى ضد الموقع، فأصدرت المحكمة العليا الفرنسية ضد "ياهو" بأخذ الاحتياطات اللازمة لحذف المبيعات أو غلق الموقع التجاريّ الذي تأويه مقدم خدمات "ياهو"، وعدم وصول هذا النوع من البيوع إلى الجمهور الفرنسي بحجة مخالفة هذا العقد النظام العام الفرنسي، بالرغم من أنّ هذه السلع التي تم عرضها من الولايات المتحدة الأمريكية لم تمس النظام العام الخاص به[١].

ففي قضية Yahoo المذكورة أعلاه، دفعت المؤسسة في جلسة ٢٢ أيار ٢٠٠٠م دفعاً شكلياً يتعلق بعدم اختصاص القضاء الفرنسي بالنظر في هذه القضية، على أساس أنّ هذه المؤسسة يقع مقرها بالولايات المتحدة الأمريكية، وأنّها تمارس نشاطها وتخضع للتشريعات الأمريكية. ومن جهة أخرى وحسب دفاع مؤسسة YAHOO، فإنّ هذه الأخيرة توجه نشاطها للمستخدمين الأمريكيين، وما يدل على ذلك هو أنّها محررة باللغة الإنجليزية وأنّ عملة التعامل هي الدولار الأمريكي، وأنّ شروط استخدام هذه الخدمة(البيع عن طريق المزاد العلني) تخضع للقانون الوضعي الأمريكي.

غير أنّ القاضي الفرنسي Gommez رفض هذه الدفوع وأسس رفضه بالتالي:**(حيث إنّ السماح بالاطلاع على هذه الأشياء في فرنسا، والمشاركة**

---

[١] _ أضاف منطوق القرار على أنّه يتعين على مؤسسة Yahoo تكييف آلياتها مع مضمون هذا الأمر خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر، وأنّه بعد انقضاء هذه المدة سوف تتعرض لغرامة تأخير قدرها ١٠٠ فرنك فرنسي عن كل يوم تأخير بدءاً من انقضاء هذه المدة، حيث امتثلت Yahoo لمضمون هذا الأمر بتاريخ ٢٠٠١/١/١٠م، أي ضمن المدة المحددة.

حنان عتيق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٢٠.

الافتراضية للمقيم في فرنسا لمثل هذه العروض التي تضمنها مؤسسة Yahoo يجعل الخطأ ثابت على التراب الفرنسي)[١].

كذلك من القواعد المخصصة في التشريع الفرنسي، التي تدخل ضمن نطاق النظام العام الفرنسي، نجد وجوب استعمال اللغة الفرنسية في المعاملات الإلكترونيّة كافة، من عمليات العرض والتقديم والنشر المكتوب والمطبوع، بالإضافة إلى عقود الخدمات والأموال، وقد يكون وجود هذه القاعدة بسبب هيمنة اللغة الإنجليزية على شبكة الإنترنت مما حال إلى فرضها على المتعاقدين دون حق اختيار اللغة[٢].

ولقد خصص هذا القانون في القضاء الفرنسي، حيث قضى بغرامة وتعويض على إحدى دور النشر، عندما استخدمت بعض المصطلحات الإنجليزية ذات الصلة بالحواسيب[٣] وهي كلمة (Hardware-software)، على أساس أنّ دور النشر كان يمكنها الاستغناء عن المصطلحين السابقين والاستعاضة عنهما بكلمتي: programme,ordinateur[٤] .

---

[١] _ د. ميلاط عبد الحفيظ، الطبيعة الدولية لشبكة الإنترنت وفكرة النظام العام، ص٧، متاح على الرابط:

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/41389

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/٢م.

[2] _ Gautrais v, l'ordre public international en droit international privé, contrat électronique, article public da la revue "fiscalité européenne et droit international des affaires" N° 129- 2002, P 09.

محمد أمين الرومي، النظام القانونيّ للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص١١٣.

[٣] _ د. سلطان عبد الله الجواري، عقود التجارة الإلكترونيّة والقانون الواجب التطبيق(دراسة قانونيّة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٢٤.

[٤] _ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٣٠٦.

لذلك في مجال النظام العام الداخلي، وخصوصاً مشكلة الأنظمة التي تتمسك بلغتها الوطنيّة يستحيل تلقي جميع المعلومات التي ترد من شبكة الإنترنت باللغة الوطنيّة، الأمر الذي سيعيق نوعاً ما تطور التجارة الإلكترونيّة[١]، وخطورته على المعاملات الإلكترونيّة في حصرها باللغة الوطنيّة.

ونتيجة لذلك، من الممكن تخطي هذا الحظر في مجال عقود التجارة الإلكترونية، إمّا بالاستعانة باللغات الأساسية في عرض المبيعات أو تقديم الخدمات عبر الشبكة في البلدان التي توجب استخدام لغتها الوطنية أو على الأقل تصاحب اللغة الوطنيّة ترجمة باللغة الأجنبية أو أي لغة أجنبية أخرى، وهذا ما فعله التوجيه الأوربي الصادر في ٢١ أيار ١٩٩٢ الذي فرق بين المعاملات الوطنية والمعاملات التي تتخطى الحدود الوطنيّة، وأجاز التعاقد باللغة الأجنبية في النوع الأخير وبهذا تخطّى المشرّع حصر المعاملات الإلكترونيّة باللغة الوطنيّة[٢]. بالإضافة إلى أنّه يصعب أن يخضع العقد

---

[١] _ هذا الموقف المتشدد من جانب المشرع الفرنسي قد تعرض لنقد شديد من جانب الفقه الفرنسي، لأنّه يحول دون استخدام تكنولوجيا المعلومات في مجال التجارة الدولية، الأمر الذي يوقع ضرراً بالغاً بالاقتصاد الوطني، ولأنّه ليس من الممكن تغطية لغات العالم بأسره، لا سيما عندما يكون التعامل دولياً. ولا يخفى مدى خطورة ذلك الأمر على عقود التجارة الإلكترونية، وبصفة خاصة إذا وجدت تشريعات مماثلة في بلدان أخرى تفرض على مواطنيها استخدام اللغة الوطنية.

أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص٥٦ وما بعدها.

[٢] _ فقد ورد بهذا التوجيه أنّه:(إذا استجاب مستهلك فرنسي لإعلان في صحيفة صادرة باللغة الإنجليزية أو برنامج للبيع في التلفزيون باللغة الألمانية، فلا يجوز له أن يتوقع تلقي جميع المعلومات بلغته الوطنية. فإذا كانت الدعاية واردة من خارج الإقليم الوطني وقرر المستهلك التعاقد، فلا يجب أن تكون اللغة عائقاً أمام العقد الدولي). وهذا ينطبق على المعلومات التي يتم تداولها عبر الإنترنت في فرنسا.

أعمال المكتب الأوروبي لاتحاد المستهلكين على الموقع الإلكتروني:

الإلكتروني في الوقت نفسه إلى جميع قواعد النظام العام الداخلي في كل الدول، كما ظهر لنا في قضية YAHOO، كون النظام العام يختلف من دولة إلى أخرى.

٢_ خضوع العقد الإلكتروني للنظام العام الدوليّ:

إذا كان تحديد معالم النظام العام في التجارة الدوليّة تعترضه صعوبات، فإنّ هذه الأخيرة تزداد أكثر في إطار التجارة الإلكترونيّة، وبالأحرى تلك المعاملات الإلكترونيّة التي لا تعرف أية سلطة إقليمية أو سياسية يمكن مجاراتها[١]، بالرغم من أنّ البعض قد أقر أنّها تخضـــــع إلى قواعد النظام العام المعروفة، كتجريم ممارسة الأفعال غير المشروعة، مثل: منع عرض المخدرات للبيع عبر الإنترنت[٢].

بينما يرى جانب من الفقه، لابد أن تخضع العقود الإلكترونيّة إلى نظام عام ذي صلة بها، يراعي خصوصيّة البيئة التي تبرم من خلالها، أي مجموعة من القواعد الذاتية التي نشأت في كنف المعاملات الإلكترونيّة، التي تلبّي حاجياتها وتتفق ونمو المبادلات عبر شبكة الإنترنت، ومثال ذلك اعتبار حماية المعلومات الشخصية على الإنترنت من النظام العام وتجريم كل ابتكار لبرامج

---

http:// www. Beuc. Org/

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٢/٣م.

[١] _ حمودي ناصر، النظام القانونيّ لعقد البيع الدوليّ الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص٤١٤.

[٢] _ د. سلطان عبد الله الجواري، عقود التجارة الإلكترونيّة والقانون الواجب التطبيق(دراسة قانونيّة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٢٦.

التجسس، بالإضافة إلى تجسيد قواعد تقر بها الدول من أجل تفعيل توقيع العقاب، وعدم إفلات المجرم الإلكتروني[١].

ويمكن القول: بأنّ تحديد فكرة النظام العام التي تخضع لها علاقات التجارة الدولية بالمعنى الحقيقي، فكرة يصعب تحقيقها من الناحية العملية، ولعلّ هذه الصعوبة تزداد أكثر في إطار التجارة الإلكترونية، والقول إنّها تخضع لكلا النظامين العام والداخلي شيء مستحيل، وذلك لوجود تناقض بين قواعد النظام العام الدوليّ وقواعد النظام العام الداخلي، لذلك لا بّد من الضروري صياغة مبادئ عامة يقوم عليها المجتمع الإلكتروني، ويحدّد بوضوح فكرة النظام العام، بالرغم من وجود بعض النصوص التي تتعلق فقط بالعلاقات بين الأوربيين، مثل: فكرة النظام العام وإعمالها لحماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت باعتباره الطرف الضعيف في العقد، حيث تثار فكرة النظام العام على أنّه رد فعل عندما يقوم المتعاقد الآخر(وهو الطرف القوي في العقد) مع المستهلك[٢]بفرض قانون ينكر أو يتجاهل حقوق المستهلك.

---

[١] _ حنان عتيق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٢٢.

[٢] _ عرف المرسوم التشريعي السوري رقم(٨) لعام ٢٠٢١(قانون حماية المستهلك) بالمادة الأولى منه المستهلك بأنّه:(الشخص الذي يشتري أو تُقدم إليه مواد أو سلع بأنواعها المختلفة، أو يستفيد من أي خدمة وفقاً لأحكام هذا المرسوم التشريعي)، في حين عرفت الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم/٦٥٩/ تاريخ ٢٠٠٥/٢/٤، بأنّه:(الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستعملها أو يستفيد منها، وذلك لأغراض غير مرتبطة مباشرة بنشاطه المهني).

بينما عرفت اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ المستهلك بطريقة ضمنية في المادة(١/٢) بأنّه الشخص الذي يشتري البضائع من أجل الاستعمال الشخصي العائلي، أو المنزلي، بمعنى الشخص الذي يتصرف في إطار نشاط غير مهني.

وقد عرفت المادة السادسة من اتفاقية روما لعام ٢٠٠٨ عقد الاستهلاك بأنّه:(العقد المبرم بوساطة شخص طبيعي لغايات يمكن اعتبارها خارج نطاق تجارته أو مهنته، المستهلك، مع

ففكرة النظام العام تعني هنا إقصاء القانون الوطني الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة التنازع أو وفقاً لاختيار الأطراف، وتطبيق القانون الذي يكفل للمستهلك حماية أفضل، وهو عادة قانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للمستهلك[١].

وقد وجد هذا النهج تطبيقاً أيضاً في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، فهذه الاتفاقية بعد أن أشارت إلى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم م(١/٥)، إلا إنّها تضمنت وضعاً استثنائياً فيما يتعلق بالعقود المبرمة مع المستهلكين نصّت عليه المادة(٢/٥)[٢] منها مفاده أنّ اختيار الأطراف

شخص آخر يتصرف في سياق ممارسة تجارته أو مهنته، الممتهن). ما يعني أنّ المستهلك بمفهوم هذه الاتفاقية هو الشخص الطبيعي الذي يتعاقد لغاية خارج نطاق تجارته أو مهنته، مع شخص آخر يتصرف في سياق ممارسته تجارته أو مهنته(الممتهن).

كما أنّ التوجيه الأوروبي الصادر في ٨ حزيران لعام ٢٠٠٠ عرف المستهلك بأنّه:(كل شخص طبيعي يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار أنشطته المهنية أو التجارية).

د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٠٩.

[٢] _ نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ على ما يلي:

(على الرغم من أحكام المادة الثالثة، فإنّ اختيار الفرقاء لقانون واجب التطبيق على العقد، يجب أن لا يحرم المستهلك من الحماية المقررة له بموجب القواعد الآمرة المنصوص عليها في قانون البلد حيث له محل إقامة معتاد:

_ إذا كان في ذلك البلد قد سبق إبرام العقد دعوة موجهة إلى المستهلك أو من خلال الدعاية، وأنّ المستهلك أتم في ذلك البلد جميع الخطوات المطلوبة منه لأجل إبرام العقد.

_ أو إذا كان الفريق الآخر أو عميله تلقى طلب المستهلك في ذلك البلد.

للقانون الواجب التطبيق لا يمكن أن يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحماية التي تكفلها له الأحكام الآمرة في بلد محل إقامته المعتادة[١].

ويتضح من ذلك، إنّ هذه المادة اشترطت شروطاً معينة لتطبيق النصوص الآمرة في قوانين محل الإقامة العادية للمستهلك، **فطرح السؤال حول مدى استفادة المستهلك في العقد الإلكتروني من الحماية المنصوص عليها في ظل وجود هذه الشروط؟**

اختلفت الآراء حول ذلك، فرأى البعض، أنّه لا يمكن حماية المستهلك في هذه العقود طبقاً لهذه المادة وذلك لأنّ ما جاء في هذه المادة من ضرورة وجود عرض خاص أو إعلان يسبق إبرام العقد كي يتمتع المستهلك بالحماية، لا يتوافر بالنسبة للعقود المبرمة عبر الإنترنت، يرجع ذلك إلى أنّ الاتصال عبر الإنترنت لا يكون موجهاً إلى مرسل إليه معين أو مخصص لدولة محددة، بل

_ أو إذا كان موضوع العقد هو بيع السلع وكان المستهلك قد سافر من بلده إلى بلد آخر حيث قد طلبه، شرط أن تكون رحلة المستهلك قد نظمت من قبل البائع بهدف حماية المستهلك على الشراء).

[١] _ وقد وجد هذا النهج تكريساً له في بعض التشريعات الوطنية، مثال ذلك: القانون القانون الدوليّ الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ في المادة(١/١٢٠) منه على أنّ:(يسري على عقود الاستهلاك... قانون دولة محل الإقامة المعتاد للمستهلك:

أ_ إذا كاف الطرف الآخر في العقد (مقدم الخدمة أو السلعة) أو نائبه قد تلقى الطلب في هذه الدولة.

ب_ إذا كان يوجد اقتراح أو إعلان تم توجيهه إلى المستهلك وقام هذا الأخير في هذه الدولة بالأعمال الضرورية اللازمة لإبرام العقد.

ج _ أو إذا كان المورد أجبر المستهلك على الذهاب لدولة أجنبية وتم إبرام العقد في تلك الدولة).

يرجى مراجعة : د. سلطان عبد الله الجواري، عقود التجارة الإلكترونيّة والقانون الواجب التطبيق (دراسة قانونيّة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٢٧.

يمكن أن يكون موجه لشخص أو مخصص لدولة محددة، مما يعني عدم وجود عرض خاص، فضلاً عن أنّ الطبيعة الافتراضية لشبكة الإنترنت لا تؤكد حدوث الإعلان في دولة المستهلك، ولأنّ من المفروض أنّ الإعلان موجه إلى كل الدول[١]، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، في العقود التقليدية هو الذي يبذل، عادة، مجهوداً مضنياً لبيع منتجاته وخدماته في دولة إقامة المستهلك، فيقوم على سبيل المثال، بالإعلان في الصحافة أو في التلفاز أو إرسال كتالوج[٢] إلى هذه الدولة أو تلك. وفيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية، فلا يوجد إغراء من جهة المورد، الذي لم يقم سوى بعرض إيجاب للشراء، وأنّ المستهلك هو الذي يتوجه إليه ويطلب التعاقد، فضلاً عن أنّ تطبيق هذه المادة يجحف بالطرف المورد. ومن هذا المنطلق فإنّه ليس ضرورياً حماية المستهلك في مثل هذه العقود[٣].

على النقيض من الرأي المتقدم رأى البعض أنّه لا يوجد سبب لاستبعاد تطبيق المادة الخامسة من اتفاقية روما على عقود التجارة الإلكترونية، ذلك لأنّها تهدف إلى حماية المستهلك من تطبيق قانون المورد المختار من جانب واحد، الذي يمكن أن يحرم المستهلك من تطبيق قانونه الخاص، بالإضافة إلى أنّ استبعاد مستهلكي الإنترنت من الحماية يؤدي إلى استبعاد جزء كبير من هذه الطائفة من الحماية.

---

[1]_Olivier Cachard, Droit du commerce international, Paris, L.G.D.J, 2011, p.185.

[٢] _ الكتالوج عبارة عن حاوية تتضمن معلومات عن العناصر التي تريد الإعلان عنها أو بيعها على فيسبوك و Instagram. ويمكن إنشاء كتالوجات لأنواع مختلفة من المخزون، مثل المنتجات (التجارة الإلكترونية) أو الفنادق أو الرحلات الجوية أو الوجهات أو قوائم المنازل المعروضة أو المركبات.

[٣] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٣٠٠.

لهذا عندما يدرج البائع في الشروط العامة التي يظهرها على شاشة الإنترنت شرطاً خاصاً ينصّ على تطبيق قانون دولته على العقد، فإنّ هذا الشرط يمكن تغييره لصالح قانون المستهلك إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة(٣/٥) من اتفاقية روما لعام١٩٨٠[١]، فالاتفاقية وضعت نظام متكامل لعقود المستهلكين الإلكترونيّة: نصّت عليه المادة(٥) وهذا عندما يوجّه البائع أنشطته نحو دولة محل إقامة المستهلك[٢].

وقد سنحت الفرصة لمحكمة العدل الأوربية لتأكيد الصفة الآمرة للنصوص التي تحمي المستهلك والواردة في التوجيه الأوربي، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٦ تشرين الأول ٢٠٠٠، الذي فصل في مسألة حماية الوكلاء التجاريّين عند فسخ عقدهم. فقد ورد في الحكم:(أنّ الوكلاء التجاريّين لا يستطيعون استبعاد النصوص الأوربية بمجرد إدراج شرط في العقد يحدّد القانون الواجب التطبيق، فهذه النصوص تنطبق عندما تكون العلاقة وثيقة الصلة بدولة أوربية، وبصفة خاصة عندما يمارس الوكيل التجاريّ نشاطه على إقليم دولة عضو، أياً كان القانون الذي اختاره الأطراف لحكم عقدهم)[٣].

---

[١] _ تنصّ الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ على مايلي:(على الرغم من أحكام المادة الرابعة، إنّ العقد الذي تطبق عليه هذه المادة، وفي غياب الاختيار المنصوص عليه في المادة الثالثة، يكون خاضعاً لقانون البلد الذي يكون فيه للمستهلك محل إقامة معتاد إذا كانت داخلة في الظروف المذكورة في الفقرة الثانية من هذه المادة).

[٢] _ د.عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونيّة في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٩١.

[٣] _ المرجع السابق، ص٩٢.

هذا بالإضافة لحكم محكمة العدل الأوربية في حكمها ١٩١/١٥ بتاريخ ٢٠١٦/٧/٢٨، الذي ألزم فرع شركة أمازون في لوكسمبورغ بتطبيق قانون المستهلك عندما وضعت شرطاً يخالف ذلك العقد[١].

وعلى هذا النحو، تكون المحكمة قد أضفت على النصوص الأوربية المشتركة سمة النظام العام الأوربي بإقرارها أنّه لا يمكن استبعاد القواعد الواردة بالتوجيه لمجرد وجود شرط في العقد يحدّد القانون الواجب التطبيق.

وعلى الرغم من أنّ التوجيه الأوربي الصادر في ٨ حزيران عام ٢٠٠٠ بخصوص التجارة الإلكترونيّة قد استبعد مسألة حماية المستهلكين من نطاق تطبيقه، فقد أكدّ على أهمّية حماية المستهلك في الحيثية رقم(٦٥) بالنص:(إنّ اللجنة الأوروبية سوف تبحث عما إذا كانت هناك حماية كافية للمستهلكين في مجتمع المعلومات، وفي حال ثبوت عكس ذلك، فإنّ اللجنة مكلفة بتقديم اقتراحات خاصة بالإجراءات الإضافية لسد هذا النقص)[٢].

ومما سبق يتبين، إنّ هذه النصوص لا تتعلّق سوى بالعلاقات بين الأوروبيين ولا تحل المشاكل ذات الصبغة العالميّة، حيث إنّه من الأفضل تضمين القوانين الوطنية نصاً مشابهاً لنص المادة(٥) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ والمادة السادسة من اتفاقية روما لعام ٢٠٠٨، بشكل يسمح للفرقاء في

---

[١] _ القرار منشور ومتاح على الموقع الإلكتروني:
http:/curia.europe.eu/juris/document/document.jsf?text.
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/٢/٥م.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣١٤.

اختيار القانون الذي يشاؤون شرط عدم الإخلال بالقواعد الآمرة المتعلقة بحماية المستهلك في محل إقامته الأخير[١].

وفي ختام الحديث عن النظام العام الدولي أو العالمي، ننوه إلى أنّ بعض الاتفاقيات تنص على عدم أعمال الدفع بالنظام العام ضد أحكام اتفاقية دولية ولو كانت أحكامها تتعارض مع النظام العام لدولة القاضي، فقد تتضمن الاتفاقية النص صراحة على عدم إمكان لجوء القاضي في الدول الأعضاء في الاتفاقية إلى استخدام فكرة النظام العام لاستبعاد القانون الذي تقضي الاتفاقية بتطبيقه، وحينئذ لا يجوز للقاضي الوطني الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي بحجة أنّه يتعارض مع اعتبارات النظام العام لدولته. ومن هذه الاتفاقيات التي نصت على تغليب أحكام الاتفاقية ولو كانت تتعارض مع النظام العام لدولة القاضي، اتفاقية بروكسل المؤرخة في ٢٨ نيسان ١٩٦٨ المتعلقة بالاعتراف المتبادل للشركات والأشخاص المعنوية، فبعد أن ذكرت هذه الاتفاقية بالمادة التاسعة التي تنص على الشرط التحفظي التقليدي للنظام العام، حيث حددت حالة لا يمكن للنظام العام أن يتدخل فيها، فنصت على أنّه:(إذا تكونت شركة بمقتضى قانون يسمح بتأسيسها بشريك أو مساهم واحد، فإنّه لايمكن اعتبار هذه الشركة لنفس السبب متناقضة مع النظام العام بمفهومه في القانون الدولي الخاص، ففي حالة نشوب نزاع بين الاتفاقية المذكورة والمبادئ أو القواعد لأحد الدول المتعاقدة فإنّ أحكام الاتفاقية هي التي تغلب ولا يمكن التذرع بالنظام العام في إحدى هذه الدول)[٢].

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٣٠٥.

[٢] _ د. بلمامي عمر، أثر الاتفاقيات الدولية في أعمال فكرة النظام العام" دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، ص ١٨١، منشور على الموقع الإلكتروني:

وبمعنى أوضح، فإنّه لا يعتد بالنظام العام الداخلي لهذه الدول، **حيث يرفض الجانب الفقهي هذا الفرض**، بالرغم من النص صراحة في الاتفاقية على عدم التجاء القاضي إلى الدفع بالنظام العام، فإنّ للقاضي الحق له باعتباره ممثلاً للمجتمع ومدركاً في نفس الوقت للمفاهيم الأساسية والجوهرية التي لا يمكن المساس بها أي حال من الأحوال، بل للقاضي إذا تبين له من تطبيق الاتفاقية أنّها تتعارض مع النظام العام للمجتمع الدولي الدولي المعاصر الذي يعبر عنه(النظام العام الدولي)، أن يستبعدها من ميدان التطبيق، مثل القوانين التي تنهض على اعتبارات عنصرية، كقوانين جنوب أفريقيا سابقاً، وكذلك القوانين التي تتعارض مع كرامة الإنسان وآدميته بصفة عامة، **وإذا كانت الاتفاقية تنطوي على مخالفة لمبادئ العدالة الدولية، أو تصطدم بمبادئ القانون الطبيعي**.

ويرى الفقه أيضاً، أنّ غض النظر عن مسألة النظام العام في الاتفاقيات الدولية، يشكل خطراً ليس فقط على السيادة الوطنية فحسب، بل ومساساً بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيانها. إضافة إلى ذلك أنّ الدولة التي تسمح للنظم الأجنبية بانتهاك أسس النظام العام فيها تفقد مصداقيتها بين الدول، في نظرتها لما يعتبر وما لا يعتبر من النظام العام[١].

٣_ خضوع العقد الإلكتروني للنظام العام التوجيهي:

تتحدد فكرة النظام العام التوجيهي بحظر ممارسة الأنشطة غير المشروعة في هذا المجال، مثل: تحديد السعر في البورصة، حيث يتم تنظيمه بشكل دقيق

---

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/97728

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/٤م.

[١] _ المرجع السابق، ص١٨٣.

ويمنع نشره على شبكة الإنترنت، كما تحظر المجانية في مجال المعاملات التجاريّة، ومع ذلك في الوقت الراهن يشهد بأنّ غالبية المواقع عبر الإنترنت تلجأ إلى الإعلان لزيادة مواردها مما يجعلها تقترح بعض الخدمات المجانية كنوع من الدعاية.

ويتجه أنصاره إلى القول بأنّ النظام العام في التجارة الإلكترونية هو مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الإلكترونيّة، التي تلبّي كلّ احتياجاتها عن طريق خلق القواعد الذاتية التي تتفق ونمو المبادلات عبر الشبكة، فهي تضع تنظيماً خاصاً ومباشراً بالتجارة الإلكترونيّة[١].

وبالنتيجة، فإنّ فكرة النظام فكرة يصعب وضع تعريف لها أياً كان مجال إعمالها، فهل يقصد به النظام العام العالمي، أو ما يسمى النظام العام الإقليمي، فالشكل الأول لا يلقى تأييداً من جانب غالبية الفقه لكون الدول تختلف من حيث مدنيتها وتقدمها الاقتصادي والاجتماعي، فالاختلاف في الثقافة وفي الأسس الاقتصادية والاجتماعية والدينية بين الدول يحول دون إيجاد قواعد للنظام العام تنطبق على الدول. أمّا الشكل الثاني ممكن تقبله، حيث يهدف إلى توحيد القواعد التي تنطبق على كل مجموعة معينة من الدول تجمعها وحدة الاقتصاد والمجتمع والدين.

وبالتالي، لا يمكن القول بوجود نظام عام دولي بالمعنى الصحيح، فالنظام العام دائماً وطني بمعنى أنّه يتحدد وفقاً لمعايير مستمدّة من المجتمع الداخلي تعكس الأفكار الأساسية لمجتمع الدولة[٢].

---

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣١٥.

[2]_Paul la garde, le droit international privé esprit et méthodes, édition Dalloz 2005, P 723.

فالنظام العام سواء كان داخلياً أو دولياً يتحدد وفق معايير مستمدّة من مجتمع معين تعكس الأفكار الأساسية السائدة في هذا المجتمع، سياسيّة أو اجتماعيّة، أو اقتصاديّة أو دينيّة، يحتاج تطبيقه إلى سلطة عليا تفرضه الأطراف، فقواعد النظام العام الدوليّ لا تمثل قانوناً كاملاً مستقلاً، وإنّما هي قواعد خاصة بالتجارة الدوليّة، ولا تغني مطلقاً عن القواعد القانونيّة الوطنيّة ولا توجد سلطة عليا فوق الدول تفرض احترام قواعده، فلا يمكن التسلّيم في الوقت الحالي بما يسميه بعض فقهاء التجارة الدوليّة" النظام العام الدوليّ" بالمعنى الحقيقي في صورة النظام العام العالمي، فبالإضافة إلى الصعوبات السابقة التي تعوق الاعتراف بهذا النظام، تظهر صعوبة أخرى في تحديد المصلحة التي يحميها هذا النظام العام، فهل هي مصلحة الدول المتقدمة أم الدول الآخذة في النمو؟ حيث لا يخفى مدى التناقض بين مصالح هذه الدول.

وعليه، فإنّه لا يمكن رفض هذه الفكرة لو تم تنظيمها باتفاقية دوليّة تحدد فيها القواعد التي تدخل في هذا النظام العام، والجزاء المترتب عن مخالفتها، مع الأخذ بالاعتبار طبيعة علاقات التجارة الإلكترونيّة وما تتطلّبه من حرية أوسع للمتعاقدين، ولربما حمل المستقبل مزيداً من التحديد لهذه الفكرة ومزيداً من الاتفاق الدوليّ حولها[١].

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٢١.

الفرع الثاني
التحايل على القانون باعتباره قيد على مبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونيّة

الغايـــة من وجود قواعد الإسناد هو لتحديد أكثر القوانين ملاءمة لحكم النزاع، فمن خلال ضوابط الإسناد يكون المشرّع قد ربط العلاقة مع أكثر القوانين صلة بها مراعياً في ذلك مختلف الظروف الواقعية والقانونيّة المحيطة بالعنصر الرئيسي في العلاقة[١]. وقد يحدث أن يعطى الاختصاص لقانون معيّن لا يكون في حقيقة الأمر هو صاحب الاختصاص، وإنّما أصبح مختصاً نتيجة ما قام به الأطراف من تغير الظروف الواقعيّة التي ترتكز عليه قاعدة الإسناد لغرض إسناد الاختصاص لقانون آخر لتجنب تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق المختص في الأصل[٢]، وهذا ما يعرف في نظرية تنازع القوانين بالغش نحو القانون الذي يعتبر حالة ثانية بعد النظام العام.

وبما أنّ إمكانية التحايل على القانون المختص واردة في عقود التجارة الدوليّة بوجه عام وفي مجال عقود التجارة الإلكترونيّة بوجه خاص، لذلك سيتم إظهار المقصود بالغش نحو القانون، وبعد ذلك نبرز كيفية إعمال هذه الفكرة.

أولاً_ المقصود بالتحايل على القانون(الغش نحو القانون):

يقصد بالغش في تنازع القوانين عبارة عن تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو

---

[١] _ عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص١٦٧.

٣_ VIANGALLI François, La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats, Revue de la recherche juridique, droit prospectif, 25ème année- 84 numéro, 2000 ، p.1141.

في فكرة الإسناد ذاتها بكيفية مقصودة للتهرب من أحكام القانون الذي كان في الأصل واجب التطبيق على العلاقة وإحلال قانون آخر محلّه يحقق الغاية المنتظرة من قبل الأطراف التي كانت وراء هذا التحايل[١]، أو هو التهرّب من القانون الذي يجب أن يحكم عادة الرابطة القانونيّة وذلك بإخضاعها غشاً لقانون دولة أخرى استجابة للغاية المنتظرة، ويعرّفه بعض الفقهاء:**(التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغيّر ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين وذلك بنية التهرّب من القانون الواجب التطبيق أصلاً، سواء كان قانون القاضي أم قانوناً أجنبياً)**[٢]، أو هو التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول بها إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه[٣].

وقد كشف القضاء الفرنسي عن إمكانية التحايل على القانون ليس فقط من خلال إحداث تغيير في ضابط الإسناد، بل من خلال تغيير في تكييف الفكرة المسندة، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٠ آذار ١٩٨٥م استبعاد القانون الأمريكي بوصفه قانون آخر موطن للمتوفى، وذلك لمنع التهرب من أحكام الإرث التي يفرضها القانون الفرنسي المختص أصلاً، ففي قضية تلخصت وقائعها في أنّ مورثاً كان يملك عقاراً في فرنسا، وأراد قبل وفاته حرمان أولاده من الميراث، والتهرب من أحكام القانون الفرنسي واجب التطبيق على ميراث العقارات، وتحديداً من حكم الحصة المحفوظة بجزء من التركة، مما لا يجوز التصرف فيها هبة أو تبرعاً.

---

[١] _ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١١٩.

[٢] _ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مرجع سابق، ص٥٤٢.

[٣] _ عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص١٦٨.

وليتمكن الأب من حرمان أولاده من الميراث قام ببيع هذا العقار إلى شركة أمريكية، وحصل نظير الحصة العينية على أسهم الشركة، فأصبحت هذه الأسهم بوصفها منقولاً خاضعة للقانون الأمريكي، بحسبانه قانون آخر موطن للمتوفى، بعد أن كانت خاضعة للقانون الفرنسي بما فيه من أحكام تتعلق بفكرة النصيب المحجوز بوصفه قانون موقع العقار[١].

ويقوم الغش على فكرة التحايل على القانون المختص ويستوي الأمر في هذه الحالة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، فالظاهر يبدو أنّ الأطراف يتصرفون وفقاً للرخص التي منحها المشرّع لهم، فيمكن لهم إبرام التصرفات في أي دولة يشاؤون وبإمكانهم نقل الأموال من مكان لآخر وكذلك تغيير جنسيتهم[٢] ومكان إقامتهم في الأحوال التي يسمح بها القانون، كلما تحققت إحدى الحالات تؤدي إلى تعديل الاختصاص التشريعي بكيفية صحيحة وسليمة، لكن اقتران هذا التعديل بنية سيئة لغرض الهروب من القانون المختص من خلال القيام بالتعديل الإرادي لضوابط الإسناد[٣]، ومثاله: أن يقوم شخص لا يسمح قانون

---

[١] _ د. وفاء مزيد فلحوط، القانون الدولي الخاص ٢(تنازع القوانين)، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠٢٢، ص٢٨٢-٢٨٣.

[٢] _ لا يمكن تصور قيام الغش أو التحايل على القانون في الأحوال التي يكون المشرّع تولى بنفسه الفصل في مسألة التنازع بين القوانين، كما هو الشأن ما ورد في نص المادة(١٣) من القانون المدني السوري، فقد أسند المشرّع السوري الاختصاص للقانون السوري في حال كان أحد الزوجين سورياً وقت إبرام عقد الزواج فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج، وكذلك على الأثار المالية لعقد الزواج وفق المادة(١٤) من القانون المدني السوري، فإذا تم تغيير الجنسية بعد إبرام عقد الزواج لا تؤثر في القانون الواجب التطبيق.

[٣] _ من بين أوجه الاختلاف بين الدفع بالنظام العام والتحايل على القانون، هو أنّ في النظام العام القانون الواجب التطبيق يكون مختص بطريقة صحيحة ولكن تناقض أحكامه مع قانون القاضي يقتضي الأمر استبعاده، أمّا بالنسبة للتحايل على القانون فتكون أحكام

جنسيته بالطلاق بتغيير جنسيته إلى جنسية دولة يسمح قانونها بذلك وصولاً إلى تطليق زوجته[١].

وقد نصّت تشريعات بعض الدول صراحة على الدفع بالتحايل على القانون في نطاق تنازع القوانين، ومنها مثلاً التشريع الدوليّ الخاصّ الإسباني لعام ١٩٧٤ والمجري لعام ١٩٧٩، والمشرّع الجزائري قرر استبعاد القانون الذي ارتضاه المتعاقدان في العقود الدوليّة في حالة الغش، حيث نصّت المادة ٢٤ من القانون المدني:(لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب العامة في الجزائر أو تبث له الاختصاص بوساطة الغش نحو القانون)[٢]، وكذلك فعل المشرع التونسي في مجلة القانون الدولي الخاص لعام ١٩٩٨، حيث نصّت المادة(٣٠) منه على أنّ:(يتكوّن التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعية، بنية تجنب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة. وإذا توفرت شروط التحايل على القانون، فلا عبرة لتغير عنصر الإسناد).

القانون المختص لا تتناقض مع قانون القاضي، ولكن أسند الاختصاص لهذا القانون عن طريق الغش ومن ثم يتعين استبعاده.

[١] _ د. وفاء مزيد فلحوط، تنازع القوانين، مقالة على الموقع الإلكتروني:
http://arab-ency.com.sy/law/details/25873/2/
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٨/٧م.

[٢] _ عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص١٦٩.

في حين يأخذ الفقه في دول أخرى بهذا الدفع كما هو الحال في سورية[١] ومصر والأردن والكويت.

وتذهب التوجهات الفقهيّة والقضائيّة السائدة في مجال الدفع بالتحايل على القانون إلى الأخذ به لحماية القانون المختصّ أصلاً بنظر النزاع بصرف النظر

---

[١] _ بالنسبة للمشرع السوري فلقد سكت عن الدفع بالتحايل على القانون تاركاً الأمر على ما يبدو لحكمة القضاء الذي لم تتح له الفرصة لبيان موقفه منها، ولكن ليس هناك ما يحول دون الأخذ بفكرة التحايل على القانون والدفع بها في مواجهة أعمال الأفراد الرامية للافلات من أحكام القوانين الوطنية والأجنبية كاستثناء على القانون الذي يراد إحلاله بالغش محل القانون الذي يجب تطبيقه أصلاً. يرجى مراجعة: د.فؤاد ديب، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص١٥٧.

والجدير بالذكر أنّ المشرع السوري حاول منع التحايل، كما تم ذكر ذلك آنفاً، من خلال ضبطه لظرف الإسناد في بعض القواعد الإسنادية، كما في المادة(١٤) الناظمة لآثار زواج الأجانب ولانحلاله، أو كما في المادة(١٥) المتعلقة بزواج السوريين من الأجانب، حيث حدد في مثل تلك المواد الوقت المعتد للأخذ بضابط الجنسية، مما يجعل تغيير الجنسية اللاحق لذلك الوقت غير منتج لطموحات مَنْ رَغِب في التغيير احتيالاً.

وفي المقابل، ترى الأستاذة الدكتورة وفاء فلحوط أنّ هناك نقص بالنهج التشريعي القائم على التصدي للتحايل من خلال معالجة التنازع المتغير، وذلك لعدم تصدي المشرع في هذه المعالجة لمختلف حالات الغش المحتمل ظهورها، ومنها: المادة(١٦) من القانون المدني التي أشارت إلى تطبيق قانون جنسية المدين بالنفقة من دون تحديد للوقت المعتبر في الجنسية تحسباً لمواجهة احتمال تغيير المدين لجنسيته إلى جنسية دولة تعفيه من أداء الالتزام بتلك النفقة، بالإضافة إلى قواعد الإسناد التي أشارت إلى ضابط الموطن من دون تحديد للوقت المعتد به لاعتبار الموطن، كما في المادتين(٢٠/١) و(٢١) من القانون المدني السوري، لذلك لا بد من نص صريح وواضح ومستقل للتصدي للتحايل على القانون.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: د. وفاء مزيد فلحوط، القانون الدولي الخاص ٢(تنازع القوانين)، مرجع سابق، ص٢٩٦.

عما إذا كان قانوناً وطنيّاً أو أجنبياً، وترتّب على الأخذ به رفض سريان النتيجة غير المشروعة (كالطلاق في المثال الأول المشار إليه أعلاه) مع الإقرار بصحة الوسيلة التي تعدُّ مشروعة بذاتها (تغيير الجنسية في المثال ذاته)[١].

وعليه، لتحقيق فكرة التحايل على القانون لا بّد من توافر شرطين:

١ـ الشرط المادي(تغيير مادي في ضابط الإسناد):

قيام طرفي العلاقة العقدّية إلى إسناد الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي أرادوا تطبيق قانونها على العقد، وذلك عن طريق التحايل أو التغيير في عناصر العلاقة التي على أساسها يتحدد ضابط الإسناد المحدد للقانون الذي يحكم العقد، لما يحققه ذلك من مصالح ما كان ليحققها لهما القانون الأولى بالتطبيق على العقد في حال خضوعها لأحكامه، ويتحقّق هذا التغيير في الظروف التي تقوم الإرادة فيها بدورٍ جوهري في تغيير ضابط الإسناد، والإفلات من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق على العقد[٢].

٢ـ الشرط المعنوي(نية التحايل على القانون):

النية تعد عاملاً نفسياً مكانه العقل، وتفيد اتجاه الفكر إلى إحداث أمر معين، وفي حالة ما اقترنت بعمل تنفيذي تخرج النية أي القصد إلى الحيز الاجتماعي الخارجي والإفلات من القواعد القانونيّة الآمرة بوسائل قانونيّة، وبذلك تغيير عناصر العلاقة العقدية والمؤدية بدورها إلى تغيير القانون الواجب التطبيق، فللفرد الحق في تغيير موطنه وجنسيته، ولكن إذا اقترن بتحايل قصد الإفلات

---

[١] ـ د. وفاء مزيد فلحوط، تنازع القوانين، مرجع سابق.

[٢] ـ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ١٢٠ .

من الخضوع لأحكام القانون الواجب التطبيق لقانون آخر تراعي فيه مصلحته، فالنية في هذا المقام قائمة وهي الباعث الرئيس في تغيير ضابط الإسناد[١].

هناك من اعتبر هذا الشرط قائماً دون حاجة للبحث عن النية[٢]، فالرأي الغالب يرى عدم التسليم بذلك، ويرى ضرورة التيقن من توافر هذا الشرط ليتسنّى التمسك بالغش نحو القانون، ويستدل هذا القصد من القرائن التي تجسّدها الوقائع الماديّة كالتلازم الزمني بين تغيير ظروف العلاقة وإجراء التصرف القانونيّ[٣].

وبغض النظر عن القرائن المعتمدة في تقصي بواعث التغيير يبقى استخلاص الباعث من ظروف الدعوى وحيثيات الواقع من المسائل التي تخضع لسلطة قاضي الموضوع التقديرية، والذي بإمكانه استخلاص وجود القصد من دون الحاجة إلى البحث في النيات، كما لو تعلق الأمر بوطنيين قاموا بالسياحة في دولة أجنبية، وخلال ذلك قام أحدهما بإجراء هبة لصالح الآخر من دون وجود سبب واضح لإجراء مثل هذه الهبة في تلك الدولة الأجنبية[٤].

---

[١] _ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة محمد معمري، الجزائر، ٢٠١٨، ص٣٣.

[٢] _ عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص١٧٠.

[٣] _ عوض الله شيبه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص٤٠٥.

[٤] _ إنّ التقصي عن باعث التغيير له خصوصية في بعض الحالات إلى درجة تنتهي بالتضحية بالدفع المتعلق بالغش نحو القانون من أساسه، ومثال ذلك ما تواتر عليه القضاء المصري من رفض لإعمال نظرية الغش نحو القانون خشية أن يفسر ذلك الإعمال تدخلاً في عقائد الناس. ومن هذا المنطلق يتمتع الأجنبي في مصر بغض النظر عن جنسيته، فيما

إنّ مضمون التحايل يوجّه أساساً إلى ذات قانون القاضي حيث إنّ القانون الأجنبي إنّما يحكم العلاقات ذات الطابع الدوليّ بناءً على قاعدة الإسناد الوطنيّة في قانون دولة القاضي، وبذلك يكون التحايل للهروب من القانون الأجنبي قد قصد به التحايل على قاعدة الإسناد الوطنيّة في دولة القاضي ومن ثمّ يكون الجزاء بتطبيق أحكام القانون المختص الذي سعت إرادة الأطراف إلى تجنّبه باتفاقهم[١].

ثانياً_ إمكانية وجود التحايل على القانون في مجال عقود التجارة الإلكترونيّة:

سبق الإشارة إلى أنّ أطراف العقد الإلكتروني بإمكانهم اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ويستوي الأمر أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو ضمنياً، ففي كلتا الحالتين يتّم تطبيق هذا القانون إذا توافرت فيه شروط الاختيار ولم يكن مشوباً بالغش نحو القانون[٢].

وفي حقيقة الأمر، يعتبر القانون الدوليّ الخاص أكثر المجالات التي يكثر فيها التحايل على القانون، لأنّ تعدّد الأنظمة القانونيّة التي تتزاحم العلاقة ذاتها، تمنح للأفراد وسائلاً للهروب من القانون الذي كان سينطبق بدءاً على

لو تحول إلى الإسلام، بكافة مزايا الشريعة الإسلامية، ولو كانت مجريات الحال تكشف عن قصده من التغيير، والمتمثل في الإضرار بزوجته بتعداد زوجاته مثلاً بعد أن كان ذلك محظوراً عليه بموجب قانون جنسيتهما المشتركة.

يرجى مراجعة: د. وفاء مزيد فلحوط، القانون الدولي الخاص ٢(تنازع القوانين)، مرجع سابق، ص٢٨٧-٢٨٨.

[١] _ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٢٣ .

[2] _ GORGE Albert jean cavalier, Essai sur le contrat de service en droit international privé ، Thèse pour l'obtention du grade de docteur, Université Lyon III -Gean moulin, 2005, p 253.

العلاقة، ويطبّق بدلاً عنه قانون آخر يعود عليهم بالمنفعة، ومع وجود شبكة عالميّة مثل شبكة الإنترنت تبدو أكثر اتساعاً، وذلك نظراً للتقنيات المعقدة التي تقوم عليها بحيث يبدو من الصعب جداً اكتشاف هذا التحايل وضبطه[١].

وبالتالي ستكون فرصة للمتعاقدين لإضفاء الطابع الدوليّ على عقدهم عن طريق إبرامه عبر شبكة الإنترنت، وتحويل معاملات داخلية إلى معاملات دوليّة، فقط بغرض تجنّب تطبيق قانون بلد معين.

وهكذا تبقى فرضية الغش نحو القانون قائمة في مجال العقود الإلكترونيّة، ويكون ذلك في الحالات التي يتولّى الأطراف اختيار القانون المختص واستبعادها في الحالات التي يتولى القاضي بنفسه تحديد هذا القانون، كما لو تمّ إعمال الضوابط الاحتياطية في حالة عدم الاتفاق أو وجود القانون المختار من الأطراف المتعاقدة[٢].

وفي جميع الأحوال، إذا ثبت للقاضي وجود التحايل يتولى تطبيق القانون الذي كان من المفروض وجوب تطبيقه إذا لم يكن هناك تحايل[٣].

---

[١] _ بولين أنطنيوس أيوب، تحديات شبكة الإنترنت على صعيد القانون الدوليّ الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦، ص٣٦.

[٢] _ عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص١٧٠.

[٣] _ ومثال ذلك في القضاء الفرنسي بالنسبة للدفع بالغش في مجال تنازع القوانين، قضية الأميرة بوفرمون حيث تتلخص وقائع هذه القضية: أن أميرة فرنسية أرادت التطليق من زوجها للزواج بالأمير الروماني ببسكو (BIBESCO)، ولكن القانون المطبق عليها لا يسمح حينها بالطلاق، فأقدمت الأميرة المذكورة باكتساب الجنسية الألمانية حيث يسمح القانون الألماني بتلبية رغبتها، وفعلاً حدث ذلك وتزوجت بالأمير الروماني في ألمانيا، ولما عادت مع زوجها الجديد إلى فرنسا أبطلت محكمة النقض الفرنسية زواجها الجديد بطلب من الزوج الأول تأسيساً على قاعدة الدفع بالغش نحو القانون، وهذا نتيجة حكم المحكمة بإبطال الطلاق الذي تم في ألمانيا.

وبالنسبة للجهود المبذولة على الصعيد الدوليّ، **سعت بعض المنظمات لإصدار توصيات تنادي بضرورة إضفاء الحماية القانونيّة للعلاقات التجاريّة الإلكترونيّة**، لكنّ هذه الإصدارات تفتقد لأيّة قواعد قانونيّة تحكمها فهي عبارة عن مجموعة من التوصيات والمواثيق، ومع عدم توقع صدور أي تشريع دولي في المدى القريب، وانخراط الدول كافة في التجارة الإلكترونيّة لما يحققه ذلك من تنمية وازدهار، وبالتالي الإسراع صوب التعديل التشريعي الملائم لفئة العقود الإلكترونيّة، وفكرة التحايل أو الغش نحو القانون[١].

حيث اكتفت محكمة النقض بأنّ تطليقها لا يعتد به في فرنسا ولم تقضِ ببطلان جنسيتها بالجنسية الأجنبية، باعتبار هذا التغيير يعد عملاً مشروعاً في حد ذاته، أي يقتصر أثر الدفع بالتحايل على القانون على عدم سريان النتيجة غير المشروعة دون الوسيلة المشروعة.

يرجى مراجعة: نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٠، ص ٦.

وأيضاً: د. فؤاد ديب، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص١٦٥.

[١] _ وهذا ما أوصت به غرفة التجارة الدوليّة في تقريرها الصادر بتاريخ ٦ حزيران ٢٠٠٠ عندما أوصت الدول بضرورة توفير المناخ الملائم للتجارة الإلكترونيّة من خلال محاربتها للغش، ووضع أية ضوابط تقتضيها، مع ترك الحرية للأفراد في اختيار القانون الذي يحكم العقد.

International chamber of commerce- jurisdiction and applicable law in Electronic commerce document ECP/ AH/ -100, final- 6- june- 2001, P 05.

المطلب الثاني
صعوبات إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونيّة

طبقاً للمبادئ العامة للقانون الدوليّ الخاصّ فإنّه يجوز لأطراف التعاقد الاتفاق على تعيين القانون الواجب التطبيق عند حدوث أيّ نزاع، وقد يظهر للوهلة الأولى ليس ثمة صعوبات تواجه القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف، فالأطراف قد عيّنوا مسبقاً وبإرادتهم القانون الذي يحكم العقد صنعة أيديهم، وبالتدقيق في مجال التجارة الإلكترونيّة يتبين لنا عدم التسليم الكامل بهذه القاعدة.

وإذا كان تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة يثير بعض الصعوبات، فإنّ القانون المحدد من قبل القاضي لا شك يثير صعوبات وعقبات أشد[١].

وعليه، سيتمّ البحث في صعوبات إعمال هذا المبدأ في العقود الإلكترونيّة، سواء تلك المتعلّقة بالتحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق، وبالتحديد الضمني له.

---

[١] _ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٢٥.

الفرع الأول
الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد

إنّ تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة استناداً إلى اختيار الأطراف يبقى يواجه عدة عقبات تحول دون تحديده بشكل دقيق، خاصة إذا علمنا أنّ عملية الإثبات تثير العديد من التساؤلات القانونيّة حول حجية قواعد الإثبات التقليديّة ومدى قابليتها للتطبيق على تلك العقود، إذ ليس بالأمر الهين إثبات اتجاه إرادة المتعاقدين لتطبيق قانون معين، وإثبات أنّ التصرف صادر عن الشخص الحقيقي في ميدان المعاملات الإلكترونيّة، هذا ما يوجب عناية خاصة لأنّ العقد يتم في غالب الأحوال بين طرفين ليس بينهما وسيلة اتصال مادية سوى شبكة الإنترنت، وما يؤكد الفرض أنّ غالبية هذه العقود تتم بين موردين ومستهلكين[١]، هذا ما يثير العديد من المشاكل عند عرض النزاع أمام القضاء، وحل هذه المشاكل هو الكفيل بتوفير الثقة والأمان القانونيّ المنشود لدى الأطراف المتعاقدة.

أولاً_ صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد:

لقد أخذت العقود الإلكترونية مكانة العقود المبرمة بالطريقة التقليدية، خاصة من ناحية التعبَير عن الإرادة وأهلية الأطراف. لذلك، فإنّ هذا الأمر يسري أيضاً على العقود الإلكترونية، أي أنّه على طرفي العقد التعبير عن إرادتيهما في التعاقد، وأن يكونا متمتعين بأهلية القيام بالتصرفات القانونية، وأن يكونا متمتعين بأهلية القيام بالتصرفات القانونية حتى يصح تصرفهما. حيث لا تثار

[١] _ محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٦٨.

صعوبة كبيرة حينما يجمع المتعاقدون في مجلس عقد واحد أو عندما يتم التعبير عن الإرادة عبر شاشات الحاسوب من الشخص الذي له صلاحية إصدارها ما دام لم يتم إنكارها[١].

لكنّ الصعوبة تكمن حينما يتم التعبير عن الإرادة عندما يتم بصفة غير مباشرة عن طريق الأجهزة والوسائط الإلكترونيّة، لذا يصعب التأكد من وجود الإرادة فيثور التساؤل حول الآثار القانونيّة المترتبة عن الخطأ في التعاقد عبر الإنترنت، فهل ينسب إلى الجهاز أم إلى الشخص أو الطرف المتعاقد، كما تثور مشكلة التحقق من مصدر الإرادة حيث تصدر الإرادة من شخص ليس له صلاحية التصرف نيابة عن الشخص الأصلي، أو إذا تم التلاعب في مضمون الرسالة الإلكترونيّة، أو تمّ تغيير محتواها نظراً لما تتعرض له شبكة الإنترنت من اختراقات وتدخّل من طرف الغير[٢].

وفيما يخص الحلول المقترحة للتحقق من وجود إرادة التعاقد وتفادي مشكلة صعوبة التحقق منها، فقد أثبتت الدراسات الأكاديمية والعلمية أنّ تحديد إرادة التعاقد يمكن أن تتحقق عن طريق اتفاق المتعاقدين على شيفره أو رمز يوضع على الوثيقة محل التعاقد، أو عن طريق وسيط يستوثق من هويتهم عن طريق كلمة المرور، حيث يقترن استخدام هذه الكلمة بالمتعاقد، كذلك يضمن المفتاح السري والمفتاح العلني تحديد هويّة المتعاقد الحقيقي عندما يوقع الطرف المرسل الرسالة بمفتاحه السري، ويتم التحقق من قبل المرسل إليه من الرسالة عن طريق تطبيق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السري، وإذا ثبت صلاحيته تأكد المرسل إليه أنّ الباعث بالرسالة هو المتعاقد الحقيقي، وتطبيقاً

---

[١] _ المرجع السابق، ص٢٦٩.

[٢] _ إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٩، ص١٠٢.

لذلك يستلزم اتفاق رابطة المحامين الأمريكية من المتعاقدين أن يعتمدوا رمزاً أو شيفرة إلكترونيّة للتحقق من هوية المتعاقد[١].

وقد ظهرت ثلاثة اتجاهات لإيجاد حلول لإسناد الإرادة للمتعاقد، الاتجاه الأول قدم حلاً مضمونه أنّ الوسائط الإلكترونيّة مثل الحاسوب، وما يتبعه من أجهزة وبرامج إلكترونيّة لها شخصية قانونيّة تتمتع بأهلية التعاقد، وهذا الاتجاه يصعب التسليم به لأنّ الشخصية القانونيّة تثبت للأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية، ولا تثبت لغير ذلك إلا بنصّ القانون صراحة[٢].

أمّا الاتجاه الثاني فيميل إلى اعتبار الحاسوب نائباً عن المتعاقد يتعاقد باسمه ولحسابه، ولكنّ النيابة تفرض أن يعبّر النائب عن إرادته عند إبرام العقد والحاسوب بالنهاية عديم الإرادة[٣]، بينما الاتجاه الثالث يرى أنّ الحاسوب مثله مثل باقي الوسائط الإلكترونيّة التي تسمح بالتعاقد عن بعد، فهو مجرد وسيلة للاتصال يقتصر دوره في نقل إرادة المتعاقدين، وهو بهذا الوصف لا يعبّر عن إرادة ذاتيّة خاصة به وإنّما يقوم فقط بنقل إرادة المتعاقدين، وهو الرأي الراجح الذي يعطي الحل لإسناد إرادة المتعاقد، لأنّ إرادة المتعاقد لا تنسب إلى الحاسوب بل تنسب لمستخدم الحاسوب[٤]، وهذا الرأي يتماشى مع ما أخذ به قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونيّة في مادته الثالثة عشر ولاسيّما أنّ الفقرة الأولى نصّت على أنّ:(تعتبر رسالة البيانات صادرة عن

---

[١] _ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانونيّ لحماية التجارة الإلكترونيّة، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٤، ص١٦٣.

[٢] _ عماد مجدي عبد الملك، التجارة الإلكترونيّة، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠١١، ص٨٢.

[٣] _ عمر خالد الزريقات، عقد التجارة الإلكترونيّة – عقد البيع عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٧، ص٤٠٨.

[٤] _ عماد مجدي عبد الملك، التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٢٥.

المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه)، وما نصّت عليه المادة السادسة من قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم(٣) لعام ٢٠١٤:(أ_ تُعدّ الرسالة الإلكترونية صادرة عن المرسل، ويحق للمرسَل إليه أن يتصرف على أساس هذا الافتراض:

١ _ إذا كان المرسل هو الذي أرسلها بنفسه، أو أُرسلت من شخص له صلاحية التصرّف نيابة عن المرسل.

٢_ إذا أُرسلت من وسيط إلكتروني ينوب عن المرسل.

٣_ إذا استخدم المرسَل إليه نظام معلومات إلكتروني سبق أن اتّفق مع المرسل على استخدامه لهذا الغرض للتحقّق من أنّ الرسالة الإلكترونية صادرة عن المرسل.

ب_ لا تسري أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة في الحالات الآتية:

١ _ إذا علم المرسَل إليه، أو كان بوسعه أن يعلم، أنّ الرسالة الإلكترونية لم تصدر عن المرسل.

٢_ إذا كان هناك اتّفاق بين الطرفين على غير ذلك).

ثانياً_ صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة:

تتميّز عقود التجارة الإلكترونيّة بغياب التواجد المادي لأطراف العقد لحظة إبرامها، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة التحقق من هوية وشخصيتهم من خلال وسائل الاتصال الإلكترونيّة، خاصة إذا كان من شأن تحديد هوية الأطراف المتعاقدة أن تؤدي إلى التعرّف إلى القانون الواجب التطبيق[١].

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٥٣.

وسعياً للتحقّق من هوية المتعاقدين وأهليتهم أوجبت بعض القوانين والاتفاقيات الدوليّة مجموعة من الإجراءات التي تسمح بالتحقق من صحة الوثائق الإلكترونيّة والتحقق من صحة مرسلها، حيث أوصت المادة(٥) من التوجيه الأوروبي الصادر في ٨ تموز عام ٢٠٠٠ للتحقق من هوية المتعاقدين وأهليتهم بأن تجعل مؤدي الخدمة يتيح لمتلقيها بشكل دائم اسمه وعنوانه الجغرافي وعنوانه الإلكتروني واسم التجاريّ المقيد به، ورقمه وأي معلومات أخرى تفيد في تحديد هويته[١].

ويؤكد التقنين الفرنسي الخاص بحماية المستهلك بالمادة(١٨/١٢١) على ضرورة أن يتضمن الإيجاب ما يفصح عن شخصية المورد، فالتاجر يحرص في أغلب الحالات على معرفة هوية الطرف الآخر الذي يقدم له الخدمة أو السلعة حتى يتأكد أن الطرف الذي قبل عرضه يتمتع بأهلية التعاقد[٢].

ومن الحلول العملية التي تساهمّ في التأكد من هوية المتعاقد وتحقيق الأمان القانونيّ هو التوقيع الرقمي أو الإلكتروني، الذي يعرفه الفقه:(حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتميزه عن غيره، ويتم اعتماده من الجهة المختصة)[٣]، **وهذا ما اعتمدت عليه العديد من الدول، ومنها سورية عبر قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة رقم(٤) لعام ٢٠٠٩، الذي ألغي بالقانون رقم ٧ الصادر بتاريخ ٢٠٢٣/٤/٢٧ المتضمن قانون التوقيع الرقمي وخدمات تقانة المعلومات،**

---

[١] _ د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مجلة الدراسات القانونيّة بجامعة بيروت العربية، العدد الأول، لبنان، ٢٠٠٤، ص١٩.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٥٥.

[٣] _ منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٤، ص٨.

من خلال الكشف عن هوية المتعاقد عن طريق توقيعه الرقمي المعتمد من مزود خدمات التصديق الرقمي، التي هي الجهة المختصة المرخّص لها بإصدار شهادات التصديق الرقمي لإثبات عائدية التوقيع الإلكتروني أو الرقمي إلى الشخص الطبيعي أو الاعتباري وفق ما جاء بالمادة الأولى من قانون التوقيع الرقمي وخدمات تقانة المعلومات السوري[١].

[١] – جاء بالمادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة السوري رقم(٤) لعام ٢٠٠٩ ما يلي:(يُقصد بالتعابير التالية، في معرض تطبيق أحكام هذا القانون، المعنى المبين إلى جانب كل منها، ما لم يقتضِ سياق النص خلاف ذلك: ....

_**التوقيع الإلكتروني Electronic signature**: جملة بيانات تُدرج بوسيلة إلكترونية على وثيقة إلكترونية وترتبط بها، وتتخذ شكل حروف أو أرقام أورموز أو إشارات أو أي شكل آخر مشابه، ويكون لها طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقّع ويميزه عن غيره وينسب إليه وثيقة إلكترونية بعينها.

شهادة التصديق الإلكتروني Electronic certificate: شهادة اعتماد تصدر عن جهة مختصة مرخص لها، الهدف منها إثبات عائدية توقيع الكتروني إلى شخص طبيعي أو أعتباري معين، سنداً للارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني المعتمدة الخاصة به.

التوقيع الإلكتروني المصدّق Certified electronic signature: توقيع إلكتروني مصدق بشهادة تصديق إلكتروني.

مُزود خدمات التصديق الإلكتروني Electronic certification service provider: جهة مختصة مرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، وتقديم أي خدمات أخرى تتعلق بذلك. ...).

بينما جاء بالمادة الأولى من القانون رقم(٧) لعام ٢٠٢٣:(يُقصد بالكلمات والعبارات الآتية الواردة في معرض تطبيق أحكام هذا القانون المعنى المُبين بجانب كلٍ منها:

التوقيع الرقمي: مجموعة بيانات مبنية على خوارزميات رياضية، تُدرج من خلال وسائل تقانة المعلومات على وثيقة إلكترونية وترتبط بها، ويكون لها طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره وينسب إليه وثيقة إلكترونية بعينها.

وتعتبر الهيئة الوطنيّة لخدمات الشبكة هي الجهة الوحيدة والمخولة حصراً بمنح التراخيص للجهات الراغبة بمزاولة مهمة التصديق الإلكتروني[١] أو الرقمي[٢]، وقد تم إطلاق سلطة التصديق الوطنية بتاريخ ٢٠١٩/٩/١٦ في مركز التصديق الإلكتروني بالهيئة الوطنية لخدمات الشبكة التي مهامها التحقق من صحة الوثائق الإلكترونية المتبادلة عبر الشبكة، وتقديم خدمة الختم الزمني الموقعة رقمياً للمعاملات الإلكترونية وإصدار شهادات رقمية[٣].

شهادة التصديق الرقمي: شهادة اعتماد تصدر عن جهة مُرخَّص لها، الهدف منها إثبات عائدية توقيع رقمي إلى شخص طبيعي أو شخص اعتباري معين، سنداً للارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع الرقمي المعتمدة الخاصة به.

التوقيع الرقمي المصدَّق: توقيع رقمي مصدَّق بشهادة تصديق رقمي.

مُزوِّد خدمات التصديق الرقمي: جهة مرخص لها بإصدار شهادات التصديق الرقمي، وتقديم أي خدمات أخرى تتعلق بذلك.).

[١] _ د. هلا الحسن، تصديق التوقيع الإلكتروني لجهة التوثيق الإلكتروني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصاديّة والقانونيّة، المجلد٣٠- العدد الأول، ٢٠١٤، ص٤٩.

[٢] _ وقد حل محل الهيئة الوطنيّة لخدمات الشبكة، الهيئة الوطنية لخدمات تقانة المعلومات بموجب القانون رقم(٧) لعام ٢٠٢٣، فقد ورد بالمادة(٤/أ) من قانون التوقيع الرقمي وخدمات تقانة المعلومات: **(تتولى الهيئة القيام بالمهام التالية:**

أ- فيما يتعلق بالتوقيع الرقمي:

١_ تنظيم نشاطات تقديم خدمات التوقيع الرقمي.

٢_ إدارة سلطة التوقيع الرقمي على المستوى الوطني وعلى المستوى الحكومي.

٣ _ تحديد وضبط مواصفات المنظومات المتعلقة بالتوقيع الرقمي، واعتماد تلك المنظومات وما يرتبط بها من تجهيزات، ومنح الموافقات اللازمة لذلك.

٤_ وضع الضوابط والنواظم الخاصة بإصدار شهادات التصديق الرقمي. ٥_ ...).

[٣] _ لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة الموقع الإلكتروني:
https://www.ecc.sy/resource_main/show_resource_main/28

ثالثاً_ صعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته:

يتميّز التعاقد الإلكتروني بغياب الدعامات الماديّة الخطية، حيث يتم بوساطة وسائل معلوماتية في صور بيانات تظهر على شاشات الحواسيب مما يصعب تقديم قواعد الإثبات، عكس ما هو عليه في عقود التجارة التقليديّة حيث يلتزم الطرفان بتقديم دليل كتابي لإثبات التصرف القانونيّ، وما يزيد من صعوبة الإثبات في المعاملات الإلكترونيّة اختلاف الأنظمة القانونيّة في تقدير أدلة الإثبات، فمنها من تبنى قواعد إثبات مرنة مما يمنح للأطراف حرية تقدير الأدلة التي تقنع القاضي، وللقاضي الحرية المطلقة في تكوين قناعته، بينما نجد نظم قانونيّة أخرى تفرض منهاجاً قانونيّاً صارماً وتضع طرقاً محددة للإثبات لا يستطيع القاضي أو أطراف العقد الحياد عنها[١].

هذه العقبات يمكن تقسيمها وفقاً لطبيعتها إلى عقبات فنية مثل حدوث عطل داخل الأجهزة الإلكترونيّة مما يؤدي إلى ضياع المخزنة داخلها، أو مثل تحميل البرنامج على الأجهزة بشكل غير سليم، كما قد يتم التلاعب بمضمون السند الإلكتروني أو الاطلاع على البيانات التي يتضمنها بغرض استغلالها على نحو غير مشروع[٢].

وهناك عقبات قانونيّة كما أشرنا تتمثّل في تباين الأنظمة التشريعية في تقدير أدلة الإثبات، كما نجد أنّ اتفاقات التبادل النموذجية قد اعتمدت طرقاً متنوعة إزاء تلك المسألة، فبعض هذه الاتفاقات تنصّ على أن يقبل الأطراف الرسائل الإلكترونيّة على أنّه دليل إثبات، وثمة اتفاقات أخرى تجيز لأطراف العقد

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/٢/٨م.

[١] _ إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص١٠٤.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٥٧.

الاتفاق فيما بينهم على إمكانية الطعن في الأدلة الإلكترونيّة، وثمة نوع أخير يوصي بأن تأخذ الأدلة الإلكترونيّة القيمة الثبوتية نفسها المعطاة للأدلة التقليديّة[١].

وبالإضافة إلى ذلك، هناك اتفاقات تبادل نموذجية تقتصر على معالجة قواعد إثبات وطنيّة محددة، ومن الأمثلة على ذلك الاتفاق النموذجي لرابطة المحامين الأمريكية، فهذا الاتفاق يعالج قاعدة "الأدلة السمعية" و"قاعدة أفضل دليل".

هاتان القاعدتان تشكلان عقبة تعترض قبول الوسائل الإلكترونيّة في الإثبات، ويستدل على ذلك من نصّ الاتفاق نفسه الذي يقضي بألا يطعن أيّ طرف من الأطراف في مدى قبول نسخ الوثائق الموقعة إلكترونياً، استثناء من قاعدة الأدلة السمعية أو قاعدة أفضل الأدلة على أساس أنّ الوثائق الموقعة لم تصدر أو لم تحفظ في شكل وثيقة[٢]. وتبدو هذه الصعوبات أيضاً في أنّ صحة الاتفاقات التعاقدية بين الأطراف في اتفاق تبادلي يتعلق بمدى قبول الأدلة الإلكترونيّة في الإثبات، يتوقف على طبيعة قواعد الإثبات في نظام قضائي معين، وبقدر ما تكون الأحكام المعنية بالأدلة إلزامية فلن تكون هناك فاعلية للاتفاقات التعاقدية، وبالتالي لا يمكن التعويل عليها في المنازعات الأخرى التي تنطوي على أطراف مختلفين، وإنّ الأحكام سوف تكون عديمة القيمة حين يوجد شرط قانونيّ يوجب توافر دعامة مادية مكتوبة أو يتطلّب

---

[١] _ أحمد مهدي، الإثبات في التجارة الإلكترونيّة، دار الكتب القانونيّة، مصر، ٢٠٠٤، ص٨٣.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٦٠.

وجود وثيقة أو مستند أصلي أو غير ذلك من الشروط الشكلية، إلا إذا كان القانون الوطني يسمح بهذا الاتفاق[١].

وبالرجوع إلى قانون الأونسيترال بشأن التوقيعات الإلكترونيّة لعام ٢٠٠١، وبالتحديد نص المادة(٦) منه التي لا تميز بين المحررات الإلكترونيّة والورقية من حيث الحجية في الإثبات، مادامت النتيجة القانونيّة المترتبة على استخدام التوقيع الإلكتروني الموثوق به هي نتيجة استخدام التوقيع العادي نفسه على محّرر ورقي، وبالتالي إذا توافرت الشروط المنصوص عليها قانوناً تكون له حجة الإثبات[٢].

وفي القوانين المقارنة، نجد أنّ المشرّع الفرنسي أعطى للقاضي سلطة تقديرية بنظر نزاعات الإثبات الكتابي وتقدير حجية كل دليل على حدا سواء كانت الدعامة إلكترونيّة أو ورقية[٣].

أمّا الولايات المتحدة الأمريكية فقد اعترفت بحجية التوقيع الإلكتروني عام ٢٠٠٠، إذ نصّت المادة(١٠٤) من قانون التوقيع الإلكتروني لولاية نيويورك:(التوقيع الإلكتروني يكون له ذات الصلاحية والأثر المقرر لاستعمال التوقيع الموضوع بخط اليد)، حيث يفهم من هذا النص أنّ الاعتراف بالمحرر والتوقيع الإلكتروني ليس معلقاً على شرط الحصول على ترخيص جهة معينة،

---

[١] _ أحمد مهدي، الإثبات في التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٨٧.

[٢] _ د. أحمد هلالي، حجية المخرجات الكمبيوترية– دراسة مقارنة–، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٦١.

[٣] _ محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجاريّة، المكتبة القانونيّة– الدار الجامعية، مصر، ٢٠٠٥، ص٢٢٩.

وبالتبعية قبول المستندات الإلكترونيّة المنبثقة من سجلات إلكترونيّة على أنّه دليل أمام القضاء متى استوفت كامل الشروط المطلوبة للحفاظ على المحرر[١].

وفي سورية، صدر قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة رقم(٤) لعام ٢٠٠٩، **الذي أعطى التوقيع الإلكتروني المصدق الحجية المقررة للأدلة الكتابية تماماً المنصوص عنها في أحكام قانون البينات، فقد نصّت المادة(٢) منه على الآتي:**(أ_ التوقيع الإلكتروني المصدق، المدرج على وثيقة إلكترونيّة، في نطاق المعاملات المدنية والتجاريّة والإدارية، ذات الحجية المقررة للأدلة الكتابية في أحكام قانون البينات، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون، والنواظم والضوابط التي يصدرها الوزير، بناء على قرار من مجلس إدارة الهيئة، المنصوص على إحداثها في الفصل الثالث من هذا القانون)[٢].

وفيما يتعلق ببقية المحررات والمعاملات الإلكترونيّة غير المصدقة أو الموقعة إلكترونياً وفق القانون المذكور أعلاه، **فتخضع لقانون المعاملات الإلكترونيّة رقم(٣) لعام ٢٠١٤ الذي منحها قوة أو حجية القرائن القضائية أو مبدأ الثبوت بالكتابة، وذلك بالمادة(٢) منه** التي نصّت:**(مع مراعاة الحجية المقررة قانوناً للتوقيع الإلكتروني المصدق، يكون للكتابة الإلكترونيّة الحجية المقررة قانوناً للكتابة الورقية، ويكون لتبادل المعلومات إلكترونياً عن**

---

[١] – شمس الدين أشرف، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني–دراسة مقارنة–، الطبعة الأولى، دار النهضة، القاهرة، دون تاريخ، ص٦٣.

[٢] _ كما ذكرنا سابقاً، ألغي القانون رقم(٤) لعام ٢٠٠٩ المتضمن التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة بالقانون رقم(٧) الصادر بتاريخ ٢٠٢٣/٤/٢٧ المتضمن قانون التوقيع الرقمي وخدمات تقانة المعلومات، وقد نصّت المادة(١٩) منه على حجية التوقيع الرقمي، التي سيتم ذكرها لاحقاً.

طريق الفاكس، أو البريد الإلكتروني، أو أي وسيلة إلكترونيّة أخرى حجية القرائن القضائية، أو مبدأ الثبوت بالكتابة)[١].

ومما سبق، نجد أنّ المشرّع السوري منسجماً مع التغييرات الجارية في إطار التجارة الإلكترونيّة، ومتفاعلاً مع تطور القواعد القانونيّة الناظمة للعقود الإلكترونيّة.

ونخلص من كل ذلك إلى أنّ مجمل مشاكل التجارة الإلكترونيّة في مجال الإثبات تنحصر في الكتابة والتوقيع والمستند، وهذه المفاهيم التقليديّة للإثبات لم تعد ملائمة للتطبيق على العمليات الإلكترونيّة التي تتم عبر الإنترنت بسبب التقدم الهائل الذي تشهده وسائل الاتصال[٢].

رابعاً_ عدم تنظيم القانون المختار للمسائل المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونيّة:

إنّ اتفاق الأطراف على تطبيق قانون وطني معين على العقد الإلكتروني يعتبر من المسائل الضرورية ولاسيما في ظل عدم وجود قواعد خاصة بالمعاملات الإلكترونية في أغلب الأنظمة القانونية، فالمتعاقدون عن طريق الوسائط الإلكترونية يتطلعون دائماً لمعرفة القانون الواجب التطبيق بما يحقق لهم الأمان القانونيّ، وهذا ما أشرنا إليه سابقاً في حالة الاختيار الصريح.

ولهذه الأسباب ومن أجلها، فإنّ أغلب المتعاملين الاقتصاديين والمتعاقدين على شبكة الإنترنت يحرصون على وضع شرط خاص يحدد القانون الواجب

---

[١] _ رانيا بوسعد، المعاملات الإلكترونيّة بين التشريع والتطبيق، مركز دمشق للأبحاث والدراسات، ٢٠١٧، سورية، ص٣٤.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٦١.

التطبيق[١]، ومن أمثلة تلك العقود نذكر **عقد شركة(Apple Stor)** الذي نصّ على أن:(تخضع كل عقود البيع التي تكون Apple Stor طرفاً فيها لقانون كاليفورنيا)، كما نصّت أحد الشروط العامة للمركز التجاريّ 'Surf and buy d IBM Europe على أن يخضع هذا العقد للقانون الفرنسي[٢].

وهذا التحديد لقانون العقد ورد النصّ عليه أيضاً في العقد النموذجي للتجارة الإلكترونيّة الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس، وكذلك في عقد استغلال وتراخيص التجارة الإلكترونيّة[٣].

ولا تبدو ثمة صعوبة إذا كان القانون المختار يعترف بصلاحية العقود التي تمّ إبرامها بدون مستند ورقي مكتوب وموقع من المتعاقدين، حيث يتم الرجوع إلى هذا القانون وأحكامه، لكن الصعوبة الحقيقية تكون عندما يختار أطراف العقد تطبيق قانون دولة معينة، ثمّ يتضح بعد ذلك أن هذا القانون لا يعترف بصلاحية العقود التي تعتمد الكتابة الإلكترونيّة والتوقيعات الرقمية، ففي هذه الحالة تظل الكتابة اليدوية والتوقيعات الخطية هي المعتمدة قانوناً[٤].

---

[١] _ د. صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص٣٦٢.

[٢] _ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص١٨.

[٣] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٦٢.

[٤] _ غوثي ابتسام، العقد الإلكتروني بين أحكام القانون الوطني ومتطلبات التدويل، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة د. الطاهر مولاي، الجزائر، ٢٠١٤، ص٥٧.

الفرع الثاني
الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد

سوف نعرض لتلك الصعوبات في العقود الدوليّة من جهة، وفي عقود التجارة الإلكترونيّة من جهة أخرى وفق التالي:

أولاً_ رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في العقود الدوليّة:

كانت فكرة الاستناد إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد مثاراً لانتقادات عديدة من جانب بعض فقهاء القانون الدوليّ الخاص قبل ظهور الإنترنت والتجارة الإلكترونيّة، ويعبر جانب من الشراح عن هذه الصعوبات فعند السكوت عن تحديد القانون الواجب التطبيق فلا يصح للقاضي أن يبحث عن إرادتهم الضمنية، إنّما يتعين عليه تركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأكثر ارتباطاً بالعقد[١].

وأساس وجهة النظر تلك أنّه قد يرجع سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح لقانون العقد إلى أنّ المتعاقدين لم ينتبهوا للمشكلة أو لأنّ العنصر الأجنبي قد تطرّق إلى العقد في تاريخ لاحق على الانعقاد، وقد يرجع سكوت الأطراف أيضاً إلى اختلاف المتعاقدين حـــول تحديد هذا القانون أو تخوفهم من أن يؤدي ذلك الخلاف إلى عدم إتمام العقد[٢].

---

[١] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٢٢٧.

[٢] _ غوثي ابتسام، العقد الإلكتروني بين أحكام القانون الوطني ومتطلبات التدويل، مرجع سابق، ص٥٧.

وقد أسس الاتجاه الرافض لفكرة الاختيار الضمني لقانون العقد رفضه لهذا الضابط على اعتبار تطبيقه قد يؤدي إلى تحكم القاضي في تحديد قانون العقد مستتراً وراء ما يسمى الإرادة الضمنية للمتعاقدين، وهي في حقيقتها إرادته هو وتصبح مجرد أداة تحكمية في يد القاضي، الأمر الذي يخلّ بتوقعات الأطراف، ويهدد الأمان القانونيّ الذي تنشده التجارة الدوليّة، لذلك وجب تحديد قواعد إسناد معروفة مسبقاً لدى المتعاقدين وضوابطها[١].

ثانياً_ رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في عقود التجارة الإلكترونيّة:

هناك مَن يرى استبعاد الاختيار الضمني لقانون العقد في العقود الإلكترونيّة، ويعود ذلك في الأساس ليس لتحكّم القاضي أو الإخلال بتوقعات الأطراف، وإنّما لصعوبة الاعتماد على القرائن أو العلامات الدالة على هذه الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة التي تتم عبر الإنترنت[٢]، وهذه الصعوبة تتضح من عدة نواحٍ:

من الناحية الأولى: سبقت الإشارة إلى صعوبة الاعتماد على اللغة التي حرر بها العقد في تحديد تلك الإرادة، على اعتبار اللغة الإنجليزية أصبحت لغة التخاطب الغالبة في مجال المعاملات الإلكترونيّة.

ومن ناحية ثانية: لا يمكن الاعتماد على العملة التي يتم الوفاء بها بعد أن أصبح مقابل الخدمة يُؤدّى بطريقة آلية.

---

[١] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٢٢٩.

[٢] _ غوثي ابتسام، العقد الإلكتروني بين أحكام القانون الوطني ومتطلبات التدويل، مرجع سابق، ص٥٨.

ومن ناحية ثالثة: يصعب القول بتطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الإلكترونيّة الأخرى المرتبطة به[١]، لأنّ مسألة الارتباط المشار إليها نادرة الحدوث على الشبكة، ولاسيّما أنّ المتعاقدين لا يعرفون بعضهم في الغالب عند التعاقد عبر الإنترنت.

ومن الناحية الرابعة والأخيرة: يصعب الاستناد إلى قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، لأنّ هذه الضوابط جميعها تؤدي في النهاية إلى توطين الرابطة العقدية مكانياً وتركيزها، في حين توطين العقد وفقاً لهذه المعايير التقليديّة في العالم الإلكتروني لن يكون أمراً سهلاً، بل ربما كان افتراضياً كالعالم الإلكتروني ذاته، وبهذا الوصف تقترب الإرادة الضمنية في هذا المجال من الإرادة المفترضة بوساطة القاضي[٢].

وهذا كل ما يمكن قوله حول صعوبات إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونيّة، سواء تلك المتعلقة بالتحديد الصريح أو المتعلقة بالتحديد الضمني.

وبعد أن فرغنا من معالجة ضابط الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونيّة، يلزم التعرض لضوابط الإسناد المحددة مسبقاً في التشريع، لبيان قانون العقد الدوليّ، ومدى صلاحيتها بصدد عقود التجارة الإلكترونيّة، وهو ما سيدور الحديث عنه في الفصل الثاني.

---

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٦٣.

[٢] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٥٤٨.

الفصل الثاني
تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة في حال غياب اتفاق الأطراف المتعاقدة

إذا لم يقدم المتعاقدون على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني المبرم بينهم على نحو صريح، فإنّ هناك تشريعات قررت ضوابط إسناد احتياطية للرابطة التعاقديّة في هذا الفرض، كما هو شأن القانون السوري بالمادة(١١) من قانون المعاملات الإلكترونية، فإنّه في حال عدم وجود اتفاق بين أطراف العقد الإلكتروني على القانون الواجب التطبيق، تطبق فيما يخص القانون الواجب التطبيق، قواعد القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في القانون المدني.

وعلى خلاف ذلك، هناك تشريعات أخرى فضّلت ترك الأمر لاجتهاد القضاء لإسناد الرابطة العقدية لأكثر القوانين صلة بالعلاقة المطروحة[١].

وعلى ذلك نحاول أن نعرض كلا المنهاجين في مبحثين نخصص الأول لبحث ضوابط الإسناد المحددة سلفاً من قبل المشرّع، **وهو ما يعرف بضوابط الإسناد الجامدة** مثل معايير مكان إبرام العقد، ومكان تنفيذه، الجنسية المشتركة للمتعاقدين، أو الموطن المشترك لهما، ونتناول في الثاني للضوابط المرنة في إسناد الرابطة العقدية التي يسميها البعض بمعيار الأداء المميّز.

---

[١] _ د. إلياس ناصيف، العقود الدوليّة(العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، مرجع سابق، ص٣٢٢.

المبحث الأول
الإسناد الجامد لعقود التجارة الإلكترونيّة

يفضّل بعض المشرّعين أحياناً أن يحدد بصفة مسبقة القانون الذي يراه أكثر صلة بالعقود الدوليّة، عند سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمناً، ويتميّز هذا الاتجاه بأنّه يكفل للمتعاقدين فرصة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد عند سكوتهم عن الاختيار، وهو ما يحقق لهم الأمان القانونيّ الذي ينشدونه ويحافظ على توقعاتهم، إلى جانب تحقيق الاستقرار في معاملات التجارة الدوليّة[١].

ومثل هذا النهج وجد صدى له لدى المشرّع السوري، حيث يطبّق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد، وقد أضافت الفقرة الثانية قانون موقع العقار في حال كانت العقود أبرمت بشأن هذه العقار[٢].

ويستفاد من هذا النص أنّ المشرّع السوري لم يترك للقاضي تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلّف إرادتهم الضمنية كما هو الحال في الكثير من النظم القانونيّة، على أساس ما كانا يفعلانه لو اتجهت نيتهما إلى اختيار قانون العقد، بل أتى بضابطي إسناد احتياطيين وقرر الأخذ بهما على سبيل التدرج، أي أنّه في حال غياب الإرادة الصريحة والضمنية على القاضي السوري الانتقال إلى الضوابط الاحتياطية المقررة تشريعياً دون البحث عن الإرادة المفترضة، التي تستهدف البحث عما كان من الممكن أن تتجه إليه إرادة الأطراف المتعاقدة من

---

[١] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٤١٦.

[٢] _ نلاحظ أنّ المادة(٢٠) من القانون المدني لم تنص على ضابط مكان تنفيذ العقد.

خلال معيار موضوعي قوامه الرجل المعقول، ولما كان من البحث عن الإرادة المفترضة يرافقه المشقة والحرج، عدا عن احتمال الخلط بين إرادة المتعاقدين وإرادة القاضي نفسه في معرض افتراضها قضائياً[١].

والنهج الجامد نفسه نجده أيضاً في القانون الدوليّ الخاص الإيطالي رقم ٢١٨ الصادر عام ١٩٩٥، الذي بدأ نفاذه في أول أيلول عام ١٩٩٥، حيث تقرر المادة ٢٥ منه في حال غياب اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم العقد، فإنّ الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون محكومة بقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إذا اتحدت جنسيتهما، فإذا لم تتحد جنسيتهما فإنّ هذه الالتزامات تكون محكومة بقانون دولة محل إبرام العقد[٢].

ويتميز هذا الاتجاه بما يكفله للمتعاقدين من العلم المسبق بالقانون الذي يحكم عقدهم في حالة غياب اختياره، وبهذه المثابة يتحقق لهم الأمان المنشود ويصون للأفراد توقعاتهم، ويكفل للتجارة الاستقرار، ولكنّ تحديد هذه الضوابط بشكل مسبق قد يترتب عليه أن تأتي هذه الضوابط غير متطابقة مع فكرة القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، وقد تثير صعوبات عديدة في مجال عقود التجارة الإلكترونيّة التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية[٣].

وفيما يلي نعرض كل الضوابط المذكورة أعلاه بالاستناد إلى علاقة مع المتعاقدين(**المطلب الأول**)، وبالاستناد إلى علاقة بالمكان(**المطلب الثاني**)، وذلك وفق الآتي:

---

[١] _ د. وفاء مزيد فلحوط، القانون الواجب التطبيق على الجانبين الموضوعي والشكلي للعقود" دراسة تحليلية في إطار نظام تنازع القوانين السوري"، مرجع سابق، ١١٥.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٢٦.

[٣] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٥٤٩.

المطلب الأول
إسناد عقود التجارة الإلكترونيّة لضابط له علاقة بالمتعاقدين

ضمن هذا العنوان ذهب رأي إلى الاعتداد بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين في حال اتحدا موطناً، في حين اعتمد رأي آخر على الجنسية المشتركة لهؤلاء المتعاقدين[١].

وعلى ذلك نناقش في الفرع الأول **قانون الموطن المشترك**، وفي الفرع الثاني **قانون الجنسية المشتركة**.

الفرع الأول
قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

اختلفت التشريعات الوطنيّة في أخذها بالضوابط الاحتياطية المرتبة ترتيباً يؤخذ به على سبيل المرتبة الأولى والثانية وغيرها، فالتشريع السوري والمصري والأردني والجزائري قد منحوا لقانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ١٧٣.

الأول في الترتيب[١]، وسبيلهم في ذلك يكون قانون الموطن وهو القانون الذي يعرفه المتعاقدان أكثر من غيرهم، ويكون في مقدورهم توقّع ما يترتب على تطبيقه من آثار[٢].

وتحديد الموطن في القانون الداخلي كضابط مكاني يقوم على حالة واقعيّة تتجاوب مع حاجة قانونيّة وهي الربط بين الشخص والمكان برابط قانونيّ، وتطبيق هذه الفكرة يعني بالضرورة الوصول إلى الموطن الحقيقي للمتعاقدين، لما كان لكلّ شخص محل إقامة معين، وقد يكون له أكثر من محل إقامة في وقت واحد، لذلك يثار التساؤل عن مدى إمكانية تطبيق قانون موطن أحد أطراف عقد التجارة الإلكترونيّة في حال نشوب نزاع بينهما؟

بدايةً لا بد من تعريف الموطن، حيث عرّف المشرّع السوري الموطن في الفقرة(١) من المادة(٤٢) من القانون المدني:(**الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة**)، وتنصّ الفقرة الثانية من ذات المادة:(يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن، كما يجوز أن لا يكون له موطن ما)، ويقترب هذا التعريف من نص المادة(٤٠) من القانون المدني المصري والمادة(٣٩) من القانون الأردني[٣].

---

[١] _ وقد أقر الاجتهاد القضائي السوري هذا التدرج (وآثر تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً وأنزلهما على حكم قانون الدولة التي تم فيها العقد عند الاختلاف في الموطن).

يرجى مراجعة متن الاجتهاد: أديب استانبولي، التقنين المدني السوري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، دمشق، ١٩٨٩، القاعدة ٤٦، ص١٠٦-١٠٧.

[٢] _ أحمد محمد الهواري، حماية العاقد في القانون الدوليّ الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص١٥٥.

[٣] _ بشار الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدوليّة الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص٢٥٦.

ويرى الفقه المناصر لهذا الإسناد أنّ قانون الموطن المشترك لأطراف العقد يتّصف بالإيجابيات التي تؤكّد فاعلية تطبيقه عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، ومنها تطبيق قانون الموطن المشترك للأطراف من القوانين التي يتوقع الأطراف تطبيقه عند سكوتهم عن تحديد القانون الواجب التطبيق، وبذلك لا يخل هذا الإسناد بتوقعات الأطراف، كما أنّ أحكام قانون الموطن متعارف عليها من قبل الأطراف، لذلك لا يتفاجأ أطراف العقد بتطبيق أحكام مختلفة على عمليتهم التعاقدية[١].

وكذلك، فإنّ قانون الموطن المشترك لأطراف العقد يمثّل الموطن الذي اختاره أطراف العقد للإقامة المعتادة أو موطن ممارسة أعمالهم، وعليه يمثّل هذا القانون مصالح الأطراف المشتركة[٢].

ونعود لنفس السؤال أو الإشكال المطروح في هذا المقام هو: هل يمكن تطبيق قانون الموطن في المعاملات الإلكترونيّة:

يمكن تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين حيث نصت المادة(٣٧) من القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية على أنّه:**(في حالة عدم اتفاق طرفي المعاملة الإلكترونية على تطبيق قانون معين لدولة ما أو قواعد اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى على موضوع المعاملة، فإنّ القانون الواجب التطبيق على الموضوع قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك لطرفي المعاملة الإلكترونية إذا اتحدا في الموطن، فإن اختلفا يطبق**

---

[١] _ أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٧، ص٨٣.

[٢] _ طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدوليّة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص١٤٦.

قانون الدولة الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع وهي الدولة التي نُفّذ فيها الجانب الأكبر من المعاملة الإلكترونية).

ولكن يرى بعض الشرّاح أنّه من الصعوبة الاعتماد عليه في العالم الافتراضي عبر شبكة الإنترنت، لأنّ المورّد يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة لا تجرّم تلك الأعمال غير المشروعة، فضلاً عن إمكانية تعدد هذا المكان، وقد يكون مكاناً عارضاً غير دائم، مثال ذلك من يقوم ببث المعلومات غير المشروعة من خلال حاسب آلي متنقل عبر الحدود، وبالتالي يصعب تحديد هذا المكان ويكون مجرداً من أيّ إمكانية للإثبات، ذلك لأنّه في عالم افتراضي، ولأنّ العناوين الإلكترونيّة للمتعاقدين غالباً ما تكون مؤقتة[١] وغير حقيقية، أي لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي.

فهناك مواقع على الشبكة تحمل عناوين ترتبط ببلدان معينة ومع ذلك لا يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنى المتعارف عليه، ومثال ذلك: المواقع التي تنتهي بـــ(fr/sy/kw.) هي رموز خاصة بدول معينة لا تعطي دلالة على الارتباط مكانياً بهذه الدول، كون التسجيل لهذه المواقع لا تحكمه القواعد الخاصة بالعمل التجاريّ أو الترخيص التجاريّ، كون بعض الشركات ترغب لأي سبب كان بموقع خاص بالكويت kw فتشترك بهذا الموقع، وهذا لا يعني أن لها موطناً حقيقاً في الكويت[٢].

---

[١] _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص٣٤٣.

[٢] _ يوسف العلي، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت، دراسة في القانون الدوليّ الخاص الكويتي، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونيّة والأمنية للعمليات الإلكترونيّة، محور المعاملات المدنية دبي، ٢٦-٢٨ نيسان ٢٠٠٣، ص ٨ وما بعدها.

إضافة إلى أنّ هناك عناوين لا ترتبط ببلدان معينة كما هو الشأن في العناوين التي يشار إليها في نهاية المقطع بـــ(Com.) أو (org.)، كما أنّ مواقع الويب تكون في حركة دائمة والمتعاقد يمارس أنشطته الاقتصاديّة في المجال الإلكتروني بصرف النظر عن توطين مواقع الويب أو مقدمي الخدمات، فالعناوين الإلكترونيّة لم تصمم أصلاً بمنظور جغرافي، ولذلك فهي تتسم بعدم التوطين[١]، والمكان في العالم الافتراضي هو ضرب من المجاز، فمفهوم الموطن هو مسألة قانون أمّا تحديده فهو مسألة واقع وهي تخضع لمسألة تكييف من القاضي المختص[٢].

بالإضافة إلى ذلك، فإنّ أيّ موقع على الشبكة يقدّم خدمات يمكن أن يكون مركزاً رئيسياً، أو مجرد فرع أو مكان تابع لمكان عمل، وربما لا يكون هناك مكان لشركة في الواقع، بكون توريد الخدمات يتم إلكترونياً على الشبكة الدوليّة دون وجود أي مكاتب أو مقر لها، لذلك لا بد من ضرورة وجود مكان فعلي، وهذا ما أشارت إليه المادة(٢/٤) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠:(إذا دخل العقد إلى مجال تجارة أو مهنة أحد الأطراف فسيكون هناك دائماً مكان عمل يمكن التحقق منه عند تفسير البند)[٣].

وعليه، يرى الفقه أنّ هذا الإسناد جاء احتياطياً وليس إلزاميّاً، فيجب أن يأخذ به القاضي، فإذا تمكنّ من معرفة الموطن المشترك للمتعاقدين والتأكد منه في

---

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٣٤.

[2] _ La localistion des sites web. Voir Duaso Cales (R), la détermination du cadre juridictionnel et législative applicable aux contrats de cyber consultation http://www; les électroniques. Org/ articles/ v8 novembre 2002 note 16, P 6.

[٣] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٦٨.

مجال العقود الإلكترونيّة وعقود خدمات المعلومات الإلكترونيّة فسوف يطبقه بكونه القانون الواجب التطبيق، وحتى لا ندور في حلقة فارغة، يجب على القاضي مع وجود التشريع البحث عن قانون العقد، وكذلك فإنّ غالبية عقود التجارة الإلكترونيّة تتضمّن بنداً واضحاً وصريحاً يحدّد القانون الواجب التطبيق[١].

يؤخذ من جانب آخر على هذا الضابط عدم تطبيقه بحسن نية، فإنّ الموطن لحظة إبرام العقد هو غير المكان الحقيقي للمتعاقدين، وبالتالي يمكن لأحد المتعاقدين أن يصرح بأنّه متواجد في دولة معينة وهو موجود في دولة أخرى، ويسوغ ذلك مثلاً باستعمال رمز هذه الدولة على سبيل التمويه[٢]، وهنا لا بد من التنويه أن القضاء السوري في بعض الاجتهادات الصادرة عن محكمة النقض، افترض أنّ الوقت اللازم لاتحاد المتعاقدين في الموطن هو وقت إبرام العقد[٣].

---

[١] _ الإسناد الجامد مثل هذا ضروري ويمكن تطبيقه على عقود التجارة الإلكترونية عموماً، لكن هذا يتطلب الاستعانة بخبراء التكنولوجيا الحديثة وتطوير مهارات القاضي الوطني، ووجود الدراسات الفقهية القانونية التي تعمل على إثراء الذهنية القضائية في مختلف الدول، وليس القول وحسب بعدم إمكانية التطبيق لهذا الإسناد نظراً للوسيلة أو محل العقود أو أطراف العقد.

يرجى مراجعة: نبيل زيد مقابلة، النظام القانونيّ لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدوليّ الخاص، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٩، ص ١٢٤.

[٢] _ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٦٠.

[٣] _ يرجى مراجعة: د. وفاء مزيد فلحوط، القانون الواجب التطبيق على الجانبين الموضوعي والشكلي للعقود" دراسة تحليلية في إطار نظام تنازع القوانين السوري"، مرجع سابق، ص ١٢١.

ومن تطبيقات قانون الموطن على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، يمكن القول أنّه وفقاً لنص المادة(١٠٩/ب) من القانون الأمريكي الموحد لمعاملات معلومات الكمبيوتر لعام ١٩٩٩، فإنّ معيار قانون الموطن يرتبط بمدى اختصاص قضاء معين بنظر الدعوى حيث يطبّق القاضي قانون بلاده التجاريّة ما دام قد وجد ارتباطاً مكانياً بين أحد أطراف هذا النوع من العقود وبين الاختصاص القضائي والقانونيّ في دولته[١]، وهذا الارتباط ظهر بوضوح في العديد من أحكام قضاء الولايات المتحدة التي فصلت في بعض دعاوى الشركات العاملة في هذا المجال[٢].

ويستخلص من تلك الأحكام ضرورة التمييز بين اعتبارين عند بحث معيار الموطن:

الاعتبار الأول: الموطن المشترك للأطراف:

ففي حالة اشتراك الأطراف في موطن واحد، فإنّ المحاكم بشأن المعاملات الإلكترونيّة تستلزم شرط الإقامة في الدائرة المكانية للمحكمة المختصة، وبالتالي يطبّق القاضي قانون بلاده على المنازعة، نظراً لعدة أسباب أهمها أنّ دولة القاضي المعروض عليه النزاع لها مصالح جوهرية تتعلّق بتحديد الموطن[٣]، التي تمسّ بالاختصاص التشريعي والقضائي[٤].

---

[١] _ أيت عبد الوهاب فهيمة– خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٧.

[2] _ Peter Hay, Conflict of Law, West Group; 4th BK&DK edition (August 1,2003).p.56.

[٣] _ أيت عبد الوهاب فهيمة– خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٩.

[٤] _ د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، الموطن في العلاقات الخاصة الدوليّة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٣، ص٦٥.

الاعتبار الثاني: اختلاف موطن الأطراف:

أمّا في حالة اختلاف موطن الأطراف، فإنّ قاضي النزاع سوف يكون لديه الخيار بين تطبيق قانون بلد الإبرام أو قانون بلد تنفيذه على النزاع المعروض أمامه[١] وهذا ما قررته المادة(١٣) من اتفاقية مكسيكو[٢].

ومما سبق، يتبين أنّه يجب تفادي الاصطدام بالطابع الإقليمي والمادي لمعايير فض التنازع القانونيّ، باعتبار هذه الضوابط يكتنفها الكثير من الغموض والصعوبات عند تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونيّة التي تتم عبر الإنترنت، وبالتالي فإنّ ضابط الموطن المشترك مستبعد من قبل اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ الخاصة بالعقود الدوليّة للبضائع، التي اشترطت بصريح العبارة اختلاف موطن المتعاقدين وفق المادة الأولى منها، وذلك حتى يتم إدخال العلاقة القانونية بين المتعاقدين ضمن نطاق تطبيق هذه الاتفاقية.

ولعلّ هذا السبب في تبنّي الفقه والقضاء المعاصر ضوابط موضوعيّة أخرى لتعيين قانون العقد[٣]، ومن أهمّ هذه الضوابط ضابط الأداء المميّز للعقد.

---

[١] _ أيت عبد الوهاب فهيمة– خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٠.

[٢] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٧٨.

[٣] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٣٥.

الفرع الثاني
قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين

تعتبر الدولة هي صاحبة الاختصاص المانع في مادة الجنسية، وهذا ما أقرته اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ باعتبارها مصدراً لأحكام القانون الدوليّ الخاص، كما نصّت أحكام ميثاق الأمم المتحدة على عدم التدخل في الأمور والشؤون التي تعتبر من صميم السلطات الداخلية لدولة معينة[١].

فتمتّع الشخص بجنسيّة دولة معينة هو معيار التفرقة بين الوطني والأجنبي، وبالتالي يتحدّد لنا حقوق و واجبات الأفراد ومدى خضوعهم لقانون الدولة من عدمه، فالشخص الذي يحمل جنسية دولة معينة يفترض فيه معرفته بقوانين تلك الدولة على أساس أنّه لا يعذر بجهل القانون، وبالتالي توقّعه لنتائج وعواقب تصرفاته بما فيها التصرفات الإرادية كالالتزامات التعاقديّة التي يقوم بها، لذلك كانت الجنسية[٢] من ضوابط الإسناد التي يستدل بها القاضي على

---

[١] _ الطيب زروتي، دراسات في القانون الدوليّ الخاص، الجزائر، دار هومة، ٢٠١٠، ص٢٠٦.

[٢] _ تعددت تعاريف الجنسية في العصر الحديث وفقا للمفهوم الجديد لفكرة الانتماء باعتبارها انتماء الشخص إلى دولة معينة، فمن الفقهاء من يعرفها على أنّها انتماء الشخص قانوناً إلى الشعب المكون للدولة، وهي رابطة سياسية تنشئها الدولة فتجعل الفرد رعية لها.

كذلك تعرّف الجنسية: على إنّها التعبير القانونيّ عن الرابطة بين الفرد والدولة التي منحته الجنسية.

ويرى الدكتور الأستاذ فؤاد ديب:(إنّ الجنسية رابطة قانونيّة ذات طبيعة مختلطة –خاصة وعامة–، فعلى الرغم من ارتباطها بالقانون العام لارتباطها بكيان الدولة وسيادتها، إلا أنّه لا يمكن إنكار صلتها بالقانون الخاص باعتبارها من العناصر المكونة لحالة الشخص. وهي

القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني في كثير من الدول في حالة سكوت أطراف العقد الإلكترونيّ عن تحديد قانون يحكم عقدهم.

وقد تبنت بعض التشريعات الوطنيّة هذا الاتجاه الذي يقضي بإسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، وقد اختلفت تلك التشريعات في إعطاء موقع الأفضلية لهذا الضابط، فالقانون المدني الإيطالي في المادة(٢٥) منح قانون الجنسية المشتركة الموقع الأول في الترتيب وفضّلها على قانون دولة محل إبرام العقد[١]، وهي الأفضلية نفسها التي منحها القانون المدني الإسباني لهذا القانون قبل قانون الموطن المشترك وبالأسبقية على قانون دولة محل إبرام العقد[٢].

وقد نصّت الفقرة الثانية من المادة(١٨) من القانون المدني الجزائري على أنّه:(في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم، فإنّه يطبق قانون موطنهم المشترك أو جنسيتهم المشتركة)، باستقراء هذه المادة يتبين أنّ القانون

بحكم طبيعتها المختلطة هذه ترتبط بالقانون الدوليّ الخاص أكثر من ارتباطها بأيّ فرع من فروع القانون الأخرى).

د. فؤاد ديب، القانون الدوليّ الخاص ١، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٨، ص٢٢.

د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص – الجنسية، الجزء الأول، منشورات جامعة دمشق، ١٩٨٦، ص ٤٥.

[١] _ أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٧٣.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٣٢.

الجزائري قد جعل الجنسية المشتركة لأطراف العقد ضابط إسناد احتياطي يتم اللجوء إليه في حال عدم اتحاد الأطراف من حيث الموطن[١].

وعليه، فقد اعتمدت غالبية القوانين الوطنيّة للدول معيار الجنسية المشتركة للأطراف على أنّه ضابط احتياطي يتّم اللجوء إليه عند غياب قانون الإرادة، لكنّهم اختلفوا في ترتيبه، ومدى منحه الأولوية عن باقي الضوابط[٢].

وبالمقابل نجد من التشريعات الوطنيّة ما لم تشر إلى الجنسية المشتركة للأطراف على أنها ضابط إسناد احتياطي، **كما هو الحال بالنسبة للمشرّع السوري** حيث نصّت المادة(١/٢٠) من القانون المدني:(يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإنّ اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه)، وهو التوجّه نفسه الذي انتهجه المشرّع المصري ضمن أحكام المادة(١٩) من القانون المدني والمادة(٢٠) من القانون المدني الأردني[٣].

أمّا الاتفاقات الدوليّة فهي بدورها لم تهتم بضابط الجنسية معياراً يتم الاعتماد عليه لإيجاد قانون يحكم العقد الدوليّ، ومن ذلك نجد اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ **ضمن المادة (٤) منها**، التي جاءت تحت عنوان القانون المطبق في حالة غياب الاختيار، حيث نصّت الفقرة الأولى من هذه المادة:(إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وفقاً لأحكام المادة الثالثة من هذه الاتفاقية

---

[١] _ مناصف أمين – سعدي سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدوليّة، بلا دار للنشر، الجزائر، ٢٠١٩، ص٤١.

[٢] _ المرجع السابق، ص٤٢.

[٣] _ خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٤٣.

فإنّ العقد يخضع لقانون البلد الذي يرتبط به ارتباطاً وثيقاً)، كما نصّت على إمكانية تجزئة العقد إذا كان جزءاً من هذا الأخير له صلة أوثق مع بلد آخر.

وتعّد الجنسية المشتركة لأطراف العقد إحدى الضوابط التي سبق للقضاء الفرنسي اعتمادها في تحديد القانون الواجب التطبيق عندما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢ تشرين الثاني ١٩٣٧" القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الدولة التي يتبعها المتعاقدان بجنسيتها"[١].

ومن جانب آخر نجد أنّ القضاء الفرنسي الحديث قد هجر الجنسية المشتركة لأطراف العقد كمعيار أساسي لتحديد القانون الواجب التطبيق، بل اشترط توافر عناصر أخرى من عناصر الكشف عن هذه الإرادة[٢]، وهو ما أكّدته محكمة استئناف(فرساي) الفرنسية في ٢٣ نيسان ٢٠١٣، الذي جاء فيه:(إنّ عقد العمل الذي تم فسخه من قبل شركة إستيريل تكنولوجيز تم كتابته باللغة الفرنسية وإنّ كلا الطرفين لهما جنسية فرنسية، ولهذا السبب يرتبط عقد العمل بعلاقات أوثق مع فرنسا فإنّ هذا العقد يخضع للقانون الفرنسي)[٣].

وعليه إذا اتحدت جنسية أطراف العقد في عقود التجارة الإلكترونيّة وسكتت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم، فإنّ قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدان يكون هو القانون الواجب التطبيق.

والحقيقة إنّ ضابط الجنسية المشتركة قد قام بدورٍ مهمٍ في مجال العلاقات العائلية والأحوال الشخصية، ولكنّ نجاحه في مجال العلاقات المالية ومنها

---

[١] _ طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص١٣٨.

[٢] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٣٣٣.

[٣] _ أحمد حميدي الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٧٣.

العقود قد بدا ضئيلاً لضآلة الاعتبار الشخصي في تلك العلاقات، فلم يناصره إلا القليل من الفقه والقوانين المقارنة، وفي مجال التعاقد الإلكتروني يمكن أن تكون جنسية المتعاقدين قرينة على إرادة المتعاقدين الضمنية في خضوعهم للقانون الوطني[١].

لذلك، إنّ إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة الجنسية المشتركة هو إسناد منتقد يصعب التعويل عليه في مجال العقود الإلكترونيّة، لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق والعقد، نظراً لطبيعة التعاقد المبرم على شبكة الإنترنت المتسمة بالافتراضية[٢].

إضافة لصعوبة التحقّق من هوية الأطراف المتعاقدة وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، وهو أمر لا تأبه له العقود الإلكترونيّة[٣]، وفي هذا الصدد نجد اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ الخاصة بالعقود الدوليّة للبضائع لا تعير أي اهتمام لجنسية الأطراف وإنّما لأماكن عملها في الفقرة الثالثة من المادة الأولى التي نصّت:(...**لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف**...)[٤].

وهو أمر كافٍ وحده دون المشاكل الأخرى لاستبعاد هذا الضابط والقول بعدم صلاحيته مع العقد الإلكتروني.

لذلك، في ظلّ صعوبة تطبيق قواعد الإسناد الجامدة السابقة، نجد البعض ولأجل تفادي كل المعايير التي تعتمد على التركيز الجغرافي أو الإقليمي،

---

[١] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مرجع سابق، ص ١١٠٢.

[٢] _ أيت عبد الوهاب فهيمة– خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٢.

[٣] _ حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص ٤٧٤.

[٤] _ محمد إبراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص١٢٩.

ولصعوبة تطبيقها في مجال العقود الإلكترونيّة، يفضّل اللجوء إلى معايير إسناد مرنة وأكثر موضوعيّة لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد، وهو ما سيتم التعرض له في المبحث الثاني.

المطلب الثاني
إسناد عقود التجارة الإلكترونيّة لضابط له علاقة بالمكان

اعتد بعض المشرعين بضابطي بلد الإبرام وبلد التنفيذ حيث يتم من خلالهما تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار صراحة أو ضمناً، وعلى ذلك نعرض لكلا الضابطين في فرع مستقل.

الفرع الأول
قانون محل إبرام العقد

يرى الفقه أنّ ارتباط العقد مع مكان إبرامه يعني تطبيق قانون هذا المكان على الأطراف الذي يتوافر لديهم العلم بهذا القانون، وهذا الحل يجد مسوغه في

النظرية العامة للعقود[١]، لأنّ تطبيقه يستلزم توافر عناصر الرضا والعلم بنصوص القانون المختار، والإسناد إلى قانون دولة إبرام العقد يفترض أنّ المتعاقدين قد سكتوا عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمناً.

ولكن الفقهاء اختلفوا في كيفية تحديد محل إبرام العقد، فمن الفقهاء من اعتبر أنّ قانون محل الإبرام يحدد المكان الذي يتم فيه هذا العقد، ومنهم من اعتبر أنّ مكان إجراء المفاوضات هو المكان الذي يبرم فيه العقد وعادة ما يتحد مكان التوقيع مع مكان إجراء المفاوضات، ما دام العقد يمر عادة بمرحلة المفاوضات من أجل تقريب وجهات النظر، لكن في الحقيقة لا يمكن تحديد قانون محل الإبرام وفقاً لمكان إجراء المفاوضات أو حتى لمكان التوقيع، لأنّ الالتزام التعاقدي لا يتم إلا بوساطة عقد تام، وإذا لم يولد العقد بعد، فلا يمكن الفصل في النزاع لتحديد القانون الذي يعوض الطرف المتضرر في مرحلة المفاوضات، إلا في حالة وجود عقد ينظم أحكام هذه المفاوضات، كما أنّ قانون مكان إجراء المفاوضات قد يصعب تحديده عندما تتم المفاوضات في أماكن مختلفة تابعة لعدة دول، إضافة إلى أنّه قد لا يتم تحديد مكان التوقيع كما أنّه ليس في كل الحالات يتم فيها توقيع العقد في دولة أحد الأطراف[٢].

إلا أنّ أغلب القوانين ذهبت إلى الأخذ بمحل إبرام العقد في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وعدم اتحاد موطن أطراف العقد، وهذه القاعدة أكدتها صراحة **المادة(١/٢٠) من القانون**

---

[١] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٥٥٢.

[٢] _ طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية(دراسة تحليلية)، مرجع سابق، ص٩٢.

السوري[١]، وتأتي أفضلية اختيار هذا القانون من كونه يعتبر مكان تجسيد الإرادات، كما يمكن التعرف عليه بسهولة ويسر، فضلاً عن أنّه القانون الواجب التطبيق على العقد، فمحل الإبرام هو بمثابة محل الميلاد بالنسبة للأشخاص[٢].

ويؤدي اتباع هذه القاعدة إلى نتائج إيجابية:

الأولى: إنّ تطبيقها يحول دون تجزئة العقد، وتوحيد القانون المطبق على العلاقة العقدية لجهة الشكل والموضوع، وذلك فيما لو تم انتقاءه لإقرار صحة الشكل باعتباره أحد القوانين الواردة في المادة(٢١) من القانون المدني السوري[٣]، مع اعتماده لحكم الجانب الموضوعي، وذلك فيما لو لم يتحد المتعاقدان في الموطن مع غياب إرادتهما الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق[٤].

الثانية: إنّ الأطراف سوف يكونون على علم مسبق بقانون العقد.

---

[١] _ وهو ما أخذ به القانون المدني المصري م(١٩)، والقانون المدني القطري رقم/٢٢/ لعام ٢٠١٤ م(٢٧)، والقانون المدني الاردني م(٢٠)، والقانون المدني العراقي م(٢٥)، وغيره.

[2]- KOBER Gabriela, La loi applicable en matière de vente internationale de marchandises, Thèse pour le diplôme d'étude doctorales, Université de droit d'économie et des sciences sociales de paris, (paris II), 1990, p40.

[٣] _ نصّت المادة(٢١) من القانون المدني السوري على أنّ:(العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه. ويجوز، أيضاً، أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين، أو قانونهما الوطني المشترك).

[٤] _ د. وفاء مزيد فلحوط، القانون الواجب التطبيق على الجانبين الموضوعي والشكلي للعقود" دراسة تحليلية في إطار نظام تنازع القوانين السوري"، مرجع سابق، ص ١٢١-١٢٢.

الثالثة: القاضي يتولى تطبيق قانون الدولة التي أُبرم فيها العقد مباشرة[١].

ومن جهة أخرى، وبسبب شيوع الوسائل الحديثة للتعاقد مثل الإنترنت، فإنّ البعض يرى صعوبة تحديد مكان إبرام العقود الإلكترونيّة، لأنّ التعاقد من خلاله يفترض اتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدول المرتبطة بالشبكة الدوليّة، حيث يمكن للشخص أن يتعاقد وهو في رحلة عابرة للحدود وهو يحلق بالطائرة، أي قد يكون عرضياً، مما يعني أنّ معيار قانون محل الإبرام يصعب تطبيقه في مجال العالم الافتراضي، فضلاً عن ذلك فإنّ محل إبرام العقد قد لا يرتبط بعلاقة جوهرية بموضوع العقد[٢]، ويرى البعض الآخر أنّ طبيعة التعاقد الإلكتروني تسوغ إعادة بحث مسألة زمان ومكان انعقاد العقد، وهي مسألة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتحديد القانون الواجب التطبيق عند التعاقد عبر الشبكة الدوليّة، بحيث إذا اتفق الأطراف على هذا القانون، فإنّه لا مفر من الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين في قانون دولة قاضي النزاع[٣].

فقد يبعد أطراف العقد عن بعضهما البعض آلاف الكيلومترات، فضلاً عن اختلاف التوقيت الزمني، ونتيجة لغياب العلاقات المباشرة بين الأطراف، يكون هناك الوسيط الإلكتروني وهو جهاز الحاسب(الكمبيوتر) المتصل بشبكة الاتصالات الدوليّة[٤].

---

[١] _ طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية(دراسة تحليلية)، مرجع سابق، ص٩٢.

[٢] _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص٩٣.

[٣] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٨٠.

[٤] _ فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونيّة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠، ص٣٧.

لذلك، فإنّ تطبيق معيار قانون مكان إبرام العقد يثير العديد من الإشكالات القانونيّة، ومن أهمها: **محل نشأة الالتزام**، حيث أكدت اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ الخاصة بالعقود الدوليّة للبضائع من خلال المادة(٢٣) على اعتبار:(**العقد يبرم في اللحظة التي يصبح فيها قبول العرض نافذاً وفقاً لنصوص هذه الاتفاقية**)، كما أضافت المادة(٢٤) من ذات الاتفاقية أن يكون قبول العرض نافذاً في اللحظة التي يصل إلى المرسل إليه مهما كانت وسيلة التبليغ[١]، حيث نصّت:(**للأغراض المتعلقة بهذا الجزء من الاتفاقية يكون العرض أو إعلان القبول أو أي دليل آخر على النية قد وصل إلى المرسل إليه إذا جرى إبلاغه شفوياً أو تسليمه إليه شخصياً بأيّ وسيلة أخرى على محل عمله أو عنوانه البريدي أو إلى محل إقامته المعتاد إذا لم يكن له محل عمل أو عنوان بريدي**).

وقد تبنّى قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونيّة لعام ١٩٩٦/ المادة(١/١٥) منه، وقوانين التجارة الإلكترونيّة التي سارت على خطاه مبدأ انعقاد العقد بتسليم القبول إلى المرسل إليه، سواء علم الموجب أو لم يعلم بالقبول لأن التسليم يعتبر قرينة على العلم[٢]، حيث أخذ المشرّع السوري عبر قانون المعاملات الإلكترونيّة رقم ٣ لعام ٢٠١٤ بالمادة(١٠) منه التي نصت على أنّه:(يُعدّ العقد الإلكتروني قد تم في المكان والزمان الذي استلم فيه القبول، ما لم يُتّفق على غير ذلك)[٣].

---

[١] _ أيت عبد الوهاب فهيمة– خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٥.

[٢] _ محمد عبد الله العبد الله، زمان ومكان تطابق الإراديتن في العقد الإلكتروني، مجلة جامعة البعث، المجلد٤١ – العدد ٧٥، ٢٠١٩، ص٢٠.

[٣] _ يُلاحظ أنّ قانون المعاملات الإلكترونيّة السوري قد نحى إلى المذهب الشائع في القانون التجاريّ الدوليّ، مخالفاً بذلك المذهب الذي أخذ به القانون المدني السوري، الذي تبنى نظرية

حيث تعد الرسالة قد استلمت عندما تدخل إلى نظام معلومات خاص بالمرسل إليه، وهنا المرسل إليه مُصدِر الإيجاب، فقد نصّت المادة(٨) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري المشار إليه آنفاً، (أ_ تعد الرسالة الإلكترونية قد أرسلت منذ وقت دخولها إلى نظام معلومات إلكتروني لا يخضع لسيطرة المرسل أو من ينوب عنه، هذا ما لم يتفق المرسل والمرسل إليه على غير ذلك.

ب_ إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معلومات إلكترونياً لتسلم الرسائل الإلكترونية فتعد الرسالة قد تم تسلمها منذ وقت دخولها إلى ذلك النظام فإذا أرسلت الرسالة الى نظام غير الذي تم تحديده فيعد وقت تسلمها هو وقت اطلاع المرسل اليه عليها أول مرة.

ج_ إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معلومات إلكترونياً لتسلم الرسائل الإلكترونية فيعد وقت تسلم الرسالة هو وقت دخولها لأي نظام معلومات إلكتروني تابع للمرسل إليه حتى لو لم يطلع المرسل إليه عليها فعلياً).

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنّ إرادة الأفراد لا تقوم في حقيقة الأمر باختيار قانون معين لحكم العقد، بل تشير إلى تركيز العقد في مكان معين على ضوء عناصر العلاقة والظروف المحيطة بها، فإذا ما تركز العقد في

تصدير القبول وفق ما نصت عليه المادة(٩٨):(يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونيّ يقضي بغير ذلك).

فمن غير الممكن لتاجر أن يكون ملزماً بإرسال بضاعة إلى شارٍ لمجرد إرساله رسالة إلكترونية يعرض عليه فيها بعضاً من بضائعه، ومن ثم قيام الشاري بالقبول فيما بينه وبين نفسه أو مع زملائه الجالسين معه، ومن دون وصول هذا القبول إلى التاجر، الأمر الذي يجعل النظرية الذي أخذ بها قانون المعاملات الإلكترونية رقم(٣) لعام ٢٠١٤ هي الأصلح للتطبيق وأكثر انسجاماً مع قواعد التجارة الدولية.

يرجى مراجعة: محمد عبد الله العبد الله، المرجع السابق، ص ٣٦-٣٧.

مكان معين سرى عليه قانون هذا المكان[١]. حيث نصّت المادة(٩) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري على أنّ :(أ_ تعد الرسالة الإلكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل وأنّها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل، فالعبرة لمكان إقامته، هذا ما لم يتفق المرسل والمرسل إليه على غير ذلك.

ب_ إذا كان للمرسل أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل، فيعد المقر الأكثر صلة بالمعاملة هو مكان الارسال أو التسلم، وعند تعذر الترجيح، يعد مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسلم، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالشخص الاعتباري).

وقد وجهت انتقادات عديدة إلى قانون بلد الإبرام، التي تفقده أهمّيته في تحديد القانون الواجب التطبيق كون اعتبار بلد الإبرام حدثاً عارضاً في العملية التعاقدية، إضافة إلى التطّور الحاصل في الوسائل التعاقدية الإلكترونيّة يجعل تحديد قانون بلد الإبرام أمراً صعباً[٢]، وهذا ما دفع جانباً من الفقه للقول بعدم كفاية هذا الضابط منفرداً كأداة لوصل العقد بالقانون الواجب التطبيق، وفضلوا دعمه بضوابط أخرى، كأن يكون محل الإبرام مثلاً محلاً لتنفيذ أحد الالتزامات الرئيسية في العقد[٣].

ومما سبق، إذا كان إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد يعد أمراً ملائماً للعقود التجارية التي تبرم بين التجار في الأسواق المختلفة، فإنّه يعد أمراً

---

[١] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٨٣.

[٢] _ أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٨٧.

[٣] _ د. وفاء مزيد فلحوط، القانون الواجب التطبيق على الجانبين الموضوعي والشكلي للعقود" دراسة تحليلية في إطار نظام تنازع القوانين السوري"، مرجع سابق، ص ١٢٢.

من الصعوبة تطبيقه على المعاملات التي يتم إبرامها من خلال الوسائل الإلكترونية وذلك لصعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني. وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنّ مكان إبرام العقد أو قانون محل الإبرام قد لا يعبر بالضرورة عن الصلة الأوثق بموضوع العقد، فإنّ بعض العقود قد تبرم على محض المصادفة، وخصوصاً في ظل الانفتاح العالمي والشبكات المفتوحة، وهو ما لا يتفق معه مكان الإبرام وأهداف موضوع العقد في بعض الحالات التي قد تتعارض معها مصلحة طرفي العقد، وإن كان مكان إبرام العقد هو محل ميلاده الأول، فقد تتأزم المسألة أكثر في ظل عقود التجارة الإلكترونيّة وصعوبة تحديد مكان إبرام العقد[١]، يضاف إلى ذلك إلى أنّ تحديد مكان إبرام العقد لا يعني كذلك تحديد القانون الذي يحكم العقد، ويرجع ذلك لاختلاف النظم القانونية حول المكان الذي يعتد به محلاً لإبرام العقد.

ويرى بعض الفقهاء، إنّ إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد محل العقد يصعب تحقيقه في مجال عقود التجارة الإلكترونية التى تتم عبر شبكة الإنترنت[٢].

الفرع الثاني
قانون محل تنفيذ العقد

لم يأخذ المشرّع السوري وكذلك التشريعات المقارنة، ومنها القانون المصري

---

[١] _ محمد إبراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٩١.

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ١٦٤.

والأردني والعراقي بالإسناد المسبق لقانون بلد التنفيذ في حالة سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق[١].

وقاعدة إعمال قانون محل تنفيذ بنود العقد[٢]، لا يلجأ إليها إلا بعد إعمال مبدأ قانون الإرادة، وفي حالة الإغفال الصريح والضمني له يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون بلد إبرام العقد، وتعدّ هذه القاعدة من أهمّ قواعد الإسناد لأنّها تدل على قانون الدولة الذي بموجبه يتمكن المحكوم له من الحصول على كافة حقوقه الناشئة عن العقد، إضافة إلى أنّ إسناد العقد إلى قانون دولة التنفيذ يقوم على أساس مصالح المتعاقدين التي تتركز في هذه الدولة، وهو ما يتفق مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدوليّ الخاص، التي تعتد بالتركيز المكاني للروابط القانونيّة بعناصرها الماديّة التي تظهر في العالم الخارجي[٣]، فضلاً على ذلك ففي حال إخلال أحد أطراف العقد بتنفيذ التزاماته فقانون بلد التنفيذ هو الأجدر بحكم العلاقة، وعليه تحفظ حقوق وتوقعات أطراف العقد من خلال تطبيق قانون بلد تنفيذ العقد[٤].

---

[١] _ أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٨٧-٨٨.

[٢] _ كان أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية إلى قانون دولة التنفيذ، هو الفقيه الألماني سافيني باعتبار أنّ العلاقة التعاقدية ترتب آثارها في هذه الدولة. وعلى أساسه ينعقد الاختصاص بحكم العقد لقانون هذا المحل.

د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٤٨٤.

[٣] _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص٩٤.

[٤] _ أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٨٨.

حيث يعتبر هذا المكان مركز استكمال الالتزامات التعاقديّة، باعتبار تنفيذ العقد هو المرحلة الأخيرة التي يهدف المتعاقدون للوصول إليها، وهي الغاية التي يسعون إلى تحقيقها، كما أبقت اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق في مادتها(٢/١٠) على معيار مكان تنفيذ العقد من أجل تعيين القانون الواجب التطبيق على طرق التنفيذ، وعلى الإجرءات المباشرة بوساطة خصمه إذا ما وجد عيب في التنفيذ، وعلى الإجراءات التحفظيّة وعلى فوائد التأخير[١]، كما أخذت بعض الأحكام القضائيّة الفرنسيّة بقانون بلد التنفيذ باعتباره القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، كما أخذت به المحاكم الإنجليزيّة كذلك[٢]والعديد من الدول، فعلى سبيل المثال: محاكم الصين(هونج كونج) تعتمد على قانون مكان نفاذ العقد، ومحاكم اليابان أيضاً تطبق قانون مكان الأداء، ومحاكم تايوان كذلك تعتمد على قانون مكان تنفيذ العقد، فإنّ مكان الإيجاب(سواء كان مكان البائع أو الشاري ويتصوّر ذلك بالنسبة للأخير إذا كان هو الذي طلب أولاً شراء السلعة أو الخدمة) يعتبر هو مكان تنفيذ العقد، وفي حال عدم معرفة مكان الإيجاب من جانب الطرف القابل للتعاقد، فإنّ مكان إقامته يكون مكان تنفيذ العقد، كذلك مكان أداء العقد يعتبر هو مكان التنفيذ في حالة امتداد مكان التنفيذ إلى دولتين أو أكثر، أو إذا كان الموجب لا ينتمي إلى دولة معينة[٣].

أمّا المادة(٤) من اتفاقية لاهاي ١٩٥٥ بشأن القانون الواجب التطبيق على المبيعات الدوليّة للبضائع فنصّت:(**في حالة غياب نصّ صريح يشير إلى**

---

[١] _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص٩٤.

[٢] _ علاء الدين محمد ذيب عبابنه، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدوليّ في القانون الأردني والمقارن، مرجع سابق، ص٢٢٢.

[٣] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٨٨.

عكس ذلك، فإنّ القانون المحلي للبلد الذي سوف تفحص فيه البضائع المسلّمة هو الواجب التطبيق).

وقد يثور إشكال فيما لو تعددت أماكن تنفيذ الالتزام كأن يكون تنفيذ العقد في أكثر من دولة مثل عقد النقل الدوليّ الذي يتّم تنفيذه في أكثر من دولة، أو في عقد البيع الدوليّ الذي تتعدّد به شروط التسليم حيث يتم تسليم البضاعة في موطن الشاري ووفاء الثمن في موطن البائع[١]، وبالتالي السؤال هو: أيّ القوانين سيحكم سلسلة أماكن التنفيذ؟

يرى البعض تجزئة العقد وإخضاع كل جزء منه ينفذ لقانون تلك الدولة، وهو مالا يتماشى مع التجارة الدوليّة، كما سيفرض على المتعاقدين الاطلاع على سائر تلك القوانين المتعلقة بموضوع العقد من ناحية، واحتماليّة تعارض قانون أيّ من هذه الدول ومصلحة المتعاقدين من ناحية أخرى. لذلك، فإنّه من الضروري اعتماد معيار مكان إبرام العقد[٢]، لأنّه يحقق فائدة كبرى للمتعاقدين لما يوفره من الأمان القانونيّ[٣].

وهنا يثور التساؤل بصدد مدى ملاءمة ضابط محل التنفيذ لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني؟

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار مجتمع الإنترنت، هو مجتمع افتراضي مصطنع ينقسم إلى مناطق شبكيّة للاتصالات، وليس إلي أقاليم ذات ركائز جغرافيّة أرضيّة، كما هو الحال في العالم الحقيقي، ومن ثمّ فإنّ ضوابط الإسناد

---

[١] _ أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٨٩.

[٢] _ أيت عبد الوهاب فهيمة– خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٩.

[٣] _ محمد إبراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٥٥.

المتعارف عليها في القانون الدوليّ الخاص التي تقوم على ركائز مكانية ليس لها أيّ دور بشأن التنظيم القانونيّ الدوليّ لعمليات الإنترنت[١].

وعلى فرض إمكانيّة الاستعانة بتلك الضوابط ذات الركائز الإقليمية فإنّ القاضي المطروح عليه النزاع ستصادفه صعوبات عديدة في التحديد والتركيز المكاني للأشياء والأشخاص في مجتمع التعامل على شبكة الإنترنت، فوجود أجهزة الحاسوب لا يساعد في معرفة المتعاملين، وإنّ الأشخاص المتعاملين لا يمكن تحديد أماكن تواجدهم الجغرافي، فالأمر يتعلق بعالم رقمي لا يعرف غير الأرقام والبيانات، ولا أهمّية لمن يوجد وراء هذه الأخيرة وأماكنهم[٢].

فلا يمكن الاعتماد على عوامل الارتباط التقليديّة التي تقوم على تركيز العقد تركيزاً مكانياً[٣] مالم يرتبط هذا التركيز بضوابط ماديّة يختار القانون من بينها، ما يجعل المسألة المطروحة أكثر اتصالاً بمكان محدود مثل مكان تسجيل الموقع أو تنفيذ الأعمال تنفيذاً مادياً[٤].

فهناك تناقض بين طبيعة الإنترنت الحركية والقوانين القائمة على المكان، وهو ما يجعل مسألة تطبيق القوانين التي تشير إلى مكان محدد أمراً صعباً فهناك مكان الاستخدام ومكان إبرام العقد، ومكان تنفيذ العقد، ومحل الإقامة،

---

[١] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٤٨٥.

[2] _ BOUREL Pierre, DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, Yvon LOUSSOUAM ،droit international privé, 9ème édition DALLOZ ، Paris, 2007, p. 507.

[٣] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٥٥٩.

[4] _ CHATILLON Stéphane ، op.cit, p. 276.

ومكان الخادم، ومكان المعاملات، فالمفاهيم المحددة في الوضع المذكور تكون صعبة التفسير في عالم الإنترنت[١].

كما يؤكد جانب آخر من الفقه على أنّ ضابط تنفيذ العقد لا يصلح لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، وضرب مثلاً لذلك بعقود خدمات المعلومات الإلكترونية، حيث إنّ إبرامها يتم عن طريق قنوات الاتصال الإلكترونية، مما يجعلها لا ترتبط بعلاقة موضوعية بموضوع العقد، فضلاً عن أنّ إبرامها من خلال الإنترنت يجعلها تتصل بكل الدول المرتبطة بهذه الشبكة، مما يجعل من الصعب تحديد مكان التنفيذ في هذه العقود، بالإضافة إلى أنّ معيار محل التنفيذ يعتمد على فكرة الإقليمية، وهي فكرة لا تتناسب مع العقود الإلكترونية لخدمات المعلومات[٢]. وبالتالي، فإنّ تنفيذ العقد في بعض صور التجارة الإلكترونية يتم بطريق التسليم المعنوي للسلعة، مثل: الموسيقى والأفلام حيث يتم تسليمها عن طريق إنزالها من الشبكة Download، ومن ثمّ فلا مجال للحديث عن مكان مادي يكون موطناً للعقد[٣].

فالتجارة الإلكترونية من خلال شبكة الإنترنت تتميز بإمكانية تنفيذ كل مكونات العملية التجارية بما فيها تسليم السلع غير المادية على الشبكة، وذلك

---

[١] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٤٨٦.

[٢] _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص٩٦.

[٣] _ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٠٦.

بخلاف أي من وسائل الاتصال الأخرى، التي كانت تقف عاجزة عن التسليم أو تقوم بتسليم البعض(استخدام الفاكس في إرسال التقارير المتكونة)[١].

وقبل أن نناقش هذا الرأي، لا بد أن نفرق بين فرضيتين:

الأولى: إبرام العقد وتنفيذه في المجتمع الافتراضي(المعلوماتي) بعيداً عن المجتمع المادي، مثل عقود البرمجيات[٢]، وهنا نكون أمام أشخاص المجتمع الافتراضي بأدواته وخصائصه، وتحيا العلاقة التعاقدية في فلك ذلك المجتمع، الذي أنشاته تكنولوجيا الاتصالات، وفي ظل ذلك يكون الرأي المشار إليه صحيحاً، حيث يتعذر تحديد مكان التنفيذ لمثل هذه العقود.

أمّا الفرض الثاني: وفيه يتم إبرام العقد من خلال أدوات المجتمع الافتراضي، إلا إنّ تنفيذه يتم في المجتمع المادي، مثل عقد شراء قمح، ففي هذا الفرض ولد العقد إلكترونياً من خلال بيانات إلكترونية ونفذ مادياً من خلال الوسائل التقليدية، وفي مثل هذا الفرض يكون من اليسير تحديد مكان تنفيذ هذه النوعية من العقود، ومن ثمّ يصلح ضابط محل تنفيذ العقد للتطبيق، في مثل هذه الحالات كضابط إسناد احتياطي عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد[٣].

---

[١] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٤٨٧.

[2] _ CHATILLON Stéphane, op.cit, p. 277

[٣] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٣٢.

ولكن إذا كان الرأي سالف الذكر صحيحاً عند بدايات عمل الإنترنت، إلا أنّه ليس على نفس قدر الصحة في أيامنا الراهنة بالنظر للتطورات التقنية الكبيرة التي صاحبت تطور الإنترنت[١].

هذه التطورات قد مكنت الشركات والتجار الذين يعرضون بضائعهم على مواقع افتراضية، من معرفة النطاق الجغرافي للشخص الذي يتواصل معهم أو حتى الذي يزور موقعهم، من خلال التعاقد مع شركة تؤمن هذه الخدمات[٢]، هذه الشركات تستعين بما يعرف بالـــgeo-location technologies، أي تكنولوجيا تحديد الموقع الجغرافي، وهي تعتمد بشكل رئيسي على ترجمة بروتوكول الإنترنت العائد لكل مستخدم[٣].

ويمكن القول في هذا المجال، بأنّ مكان تنفيذ العقد هو مكان وجود الشاري

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ١٦٩.

[٢] _ ومن هذه الشركات، شركة digital element و Quova.

[٣] _ لمزيد من التفصيل حول تقنية تحديد الموقع الجغرافي، يرجى مراجعة:
DAN JERKER B. SVANTESSON, HOW DOES THE ACCURACY OF GEO-LOCATION TECHNOLOGIES AFFECT THE LAW? Masaryk Uni-versity Journal of Law and Technology, vol.2,1,2008,p12.

وتدعي الشركة الأولىdigital element أن دقتها في تحديد الموقع الجغرافي عبر الإنترنت تصل إلى ٩٩.٩% على مستوى البلدان، وإلى ٩٤% على مستوى المدن.

أمّا الشركة الثانية، فتدعي أن بإمكانها تحديد الموقع الجغرافي بشكل صحيح بنسبة تصل إلى ٩٩.٩ % على مستوى البلدان، و٩٥ % على مستوى الولايات المتحدة الأمريكية.

د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٧٠.

في عقد البيع الإلكتروني بالكامل، أو في عقود خدمات المعلومات، وفي هذا المجال قضت محكمة استئناف باريس بأنّ مكان التنفيذ في العقد المبرم بين مستخدم الإنترنت ومورد الخدمة هو مكان موطن المستخدم، أي مكان ربط المستخدم بالشبكة.

ولقد اعترض البعض على هذا الحكم على أساس أنّ تركيز الأداء في موطن المستخدم لا يكون فعالاً، لأنّ المستخدم قد يكون مرتبطاً من خلال كلمة المرور عبر حاسب يقع خارج موطنه، فضلاً عن أنّه يمكن قبول الحكم بشأن العقود التي تنفذ لحظياً مثل تحميل برنامج أو أسطوانة موسيقية، لأنّه يحدث دائماً في حاسب المستخدم الموجود في موطنه، أمّا بالنسبة لعقود خدمات المعلومات المستمرة غير الآنية، لا يمكن قبول هذا الحكم كقاعدة عامة[١].

ولتفادي كل هذه الصعوبات المتعلقة بقانون مكان تنفيذ العقد التي لم تتعرض لها النصوص الوطنيّة والاتفاقات الأوربيّة، ولم تعطِ حلولاً واضحة فيما يخص مكان التنفيذ الحقيقي للعقود التي تتم وتنفّذ إلكترونياً، فقد كانت هناك محاولات لوضع معايير يمكن تبنيها في مجال العقود الإلكترونيّة[٢]، حيث حاولت المادة(٥/١/ب) من اللائحة رقم ٢٠٠١/٤٤ لدول الاتحاد الأوروبي، الصادرة عن المجلس في ٢٢ كانون الأول ٢٠٠٠م والمتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف بتنفيذ الأحكام الصادرة في المجالين المدني والتجاري، تحديد مكان التنفيذ مهما كان الالتزام المتنازع فيه، حيث جاء فيها أنّ مكان التنفيذ، في حالة عدم وجود اتفاق مخالف، هو مكان الدولة العضو التي، بموجب العقد، سلمت فيها السلعة أو يجب أن تسلم فيها. وبالنسبة لتوريد

---

[1] _ Olivier Cachard, Droit du commerce international, op.cit, p.381.

[٢] _ أيت عبد الوهاب فهيمة– خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٩.

الخدمات، فإنّ مكان التنفيذ هو المكان الذي وردت فيه أو يجب أن تورد فيه الخدمة، أي موطن المستخدم[١].

ومن الحلول الأخرى، أن يقوم المتعاقدون إلكترونياً بتحديد مكان تنفيذ العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم ما دام الطابع الافتراضي للبيئة الإلكترونيّة يحول دون توطين العقد في مكان محدد.

وعند عرض الموضوع على القاضي الوطني وعدم وضوح مكان تنفيذ العقد الإلكتروني، وعدم وجود اتفاق بين الأطراف على تحديد مكان لتنفيذه، فإنّ القاضي يرجع إلى قواعد القانون الدوليّ الخاص وهذا ما نصّ عليه قانون المعاملات الإلكترونيّة السوري رقم(٣) لعام ٢٠١٤ بالمادة(١١) التي نصّت على أنه:**(مالم يوجد اتفاق بين أطراف العقد الإلكتروني على القانون الواجب التطبيق، يُطبّق القانون الواجب التطبيق على قواعد القانون الدوليّ الخاص المنصوص عليها في القانون المدني).**

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٧٢.

المبحث الثاني
الإسناد المرن لعقود التجارة الإلكترونيّة

بينّا فيما سبق أنّ إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية تعد ضابط الإسناد بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية عامة، والعقود الإلكترونية خاصة، وهو يعد الضابط السائد فقهاً وقضاءً وتشريعاً، على أنّه في حالة عدم قيام المتعاقدين باختيار قانون العقد سواء صراحة أو ضمناً، فإنّ المشرع يتولى في بعض النظم عملية تركيز الرابطة العقدية، وإسنادها إلى ضابط محدد سلفاً وهو ما سبق معالجته، على أنّ الأمور لا تسير على هذا النحو في التشريعات كافةً، فهناك نظم سكت مشرعها عن التصدي لمعالجة فرض إغفال المتعاقدين اختيار قانون العقد صراحة أو ضمناً، كما هو الحال في فرنسا وألمانيا ولبنان، وترك الأمر لاجتهاد القضاء حسبما تمليه ظروف واعتبارات العدالة، وما يطرأ من تطور في الفقه القانوني وهو ما يتلاءم مع طبيعة القانون الدولي الخاص ونزعته الدولية[١].

ولما كانت التعاملات التجارة من خلال الإنترنت أدت إلى إنشاء قانون خاص بها وإلى مؤسسات قانونيّة تهتم بهذه التجارة الرقمية الجديدة، لأنّ الحدود الجغرافية ليس لها أي اعتبار في عالم الإنترنت، كما عجزت الدول عن فرض سيطرتها على الفضاء الإلكتروني لتطبيق أوامرها، ولهذا فإنّ الجهود المبذولة

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٧٥.

لتنظيم معاملات الإنترنت من المرجّح أن تثبت إخفاقها على الأقل في البلدان التي لا ترغب المشاركة في التجارة الإلكترونيّة الدوليّة[١].

لذلك، لجأ البعض في معالجة تلك الإشكالية إلى فكرة الأداء المميّز على أنّه ضابط لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، وفي ضوء ذلك اعتنق القضاء في كل من ألمانيا وسويسرا، لنظرية عرفت بنظرية الأداء المميز وتقوم فكرتها على أساس التركيز الموضوعي للرابطة العقدية من خلال تحديد طبيعتها الذاتية، وهو ما يسمح بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة في ضوء فكرة الأداء المميز، أي المكان الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام الرئيس الذي يتميز عن غيره من الالتزامات التي يفرضها العقد[٢].

حيث يعّد أداءً مميّزاً كل من التزام البائع بتسليم الشيء المبيع للشاري أو التزامه بنقل ملكيته، أو التزام الموّرد بتوريد الخدمة، فهذه الالتزامات تعبّر عن مركز الثقل الاجتماعي والاقتصادي للعملية التعاقدية، على أساس أنّها فكرة تتسم بالمرونة، تسمح للقاضي بربط النزاع بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة[٣]، خاصة عند قيام الأطراف بالاختيار الصريح لقانون العقد، وهذه الفكرة تقوم على التركيز الموضوعي للعقود في ضوء طبيعتها الذاتية بصرف النظر عن ظروف تعاقد وملابسات كل حالة على حدة.

وهذا قد يسمح بتحديد قانون العقد على إسناد يتسم بالوضوح ويراعي توقعات المتعاقدين، دون أن يُضحّي باعتبارات العدالة وما تقتضيه من مرونة في

---

[١] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٩٧.

[٢] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٤٢٥.

[٣] _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص٩٨.

الإسناد، لأنّ اختلاف الإسناد لا يرتدّ إلى تنوّع ظروف التعاقد وملابساته الواقعية في كل حالة على حده، وإنّما إلى طبيعة الرابطة العقدية ومحل الأداء المميّز فيها، وهو ما يكفل للمتعاقدين العلم المسبق بقاعدة الإسناد التي تحدّد سلفاً القانون الواجب التطبيق على العقد المزمع إبرامه[١]، وحماية المستهلك بقوانين فعالة عند تعاقده في مجال التجارة الإلكترونيّة.

ونظراً للصعوبات العمليّة والقانونيّة الناتجة عن تطبيق أو اعتناق الضوابط الجامدة على عقود التجارة الإلكترونيّة التي تمّ شرحها سابقاً، ولوصف الطابع الدوليّ لشبكة الإنترنت وحجم المنازعات التي تتم عبرها، تبنّى الفقه والقضاء والتشريع ضابطاً موضوعياً آخر لتعيين القانون الذي يحكم العقد، وهو ضابط الأداء المميّز للعقد، **فما هو المقصود بهذا الضابط؟ وما مدى صلاحيته للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ولا سيّما إذا كان المستهلك هو الطرف الضعيف بالعقد؟ وهذا ما سنتناوله بقدر من التفصيل من خلال التالي:**

المطلب الأول
ضابط الأداء المميّز

تنهض فكرة الأداء المميّز باعتبارها ضابط إسناد على أساس تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد، حسب الوزن القانونيّ

[١] _ د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدوليّة بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٥٤.

والأهمّية الواقعيّة للأداء أو حسب الالتزام الأساسي للعقد أو مكان الوفاء بالالتزام[١]، ولما كان ذلك الالتزام أو الأداء ليس موحداً في كل العقود، فإنّه من الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه في كل عقد على حدة، ففي الحياة الاقتصاديّة يوجد طرف واحد للعقد يكون له دور فعال وظاهر عند إبرامه، فهو الذي يبيع ويمنح القروض وما إلى غير ذلك، وهو صاحب مركز الثقل في العقد، أمّا الطرف الآخر فهو مجرد عميل عادي، لا دور له في إبرام عقد البيع أو النـــقل أو غيره، ويتمثل التزامه دائماً في دفع مبلغ من النقود، وهنا يسهل تحديد الأداء المميّز للعقد[٢].

وعليه سنتناول في هذا الصدد مضمون فكرة الأداء المميّز وموقف القوانين الوطنيّة والاتفاقات الدوليّة منها، وتطبيقات القضاء لفكرة الأداء المميّز.

الفرع الأول
مضمون فكرة الأداء المميّز

إنّ تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ وفقا لنظرية الأداء المميّز، نادى به الفقيه السويسري "شنايتزر "حيث اعتبر هذا الأخير أنّ التركيز السليم للعقد يتمثل في البحث عن الروابط المرتبطة به بناءً على وظيفته في الحياة الاقتصاديّة[٣]، وإنّه لا ينبغي تركيزه اعتماداً على معايير جغرافيّة أو

---

[١] _ أيت عبد الوهاب فهيمة– خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٤٤.

[٢] _ خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدوليّ الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٥٣.

[3] _ KITIC Dusan, droit international privé, EIIipses, Paris, 2003.p.47.

إقليميّة وإنّما يجب إسناد العلاقة التعاقدية للمجال القانونيّ الذي ينتمي إليه العقد بطبيعته[١].

وضابط الأداء المميّز مبنيّ على فكرة أنّ القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ **يتم تحديده بناءً على الالتزام الرئيس في العقد**، وهو ما أكدته التعاريف المختلفة لفكرة الأداء المميّز ومنها تعريف الأستاذ "Jean Baptiste " الذي اعتبرها الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن باقي العقود، وكذلك تعريف الأستاذ " Van" overstraeten الذي اعتبر الأداء المميّز هو الذي يكون بمقتضاه دفع المقابل النقدي أمراً واجباً، فهو الأداء الجوهري والهام في الرابطة العقدية[٢]، ويؤيد الأخذ بهذا الإسناد أنّ المدين بالأداء المميّز هو في العادة من التجار المحترفين، ومن ثمّ يكون من المناسب توحيد القانون الواجب التطبيق في شأن مجموع عملياته التجارية أو الصناعية لهذا التاجر بالمدين بالأداء المميّز(موطنه التجاري) أو مركز إدارته فيما لو كان شخصاً اعتبارياً بصرف النظر عن محل التنفيذ الفعلي لهذا الأداء[٣]، فهذا التوقيت هو الذي يكفل للمتعاقدين العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق، وبالتالي يصون توقعاتهم[٤].

---

[١] _ أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٩٥.

[٢] _ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص ١٧١.

[٣] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٥٩٠.

[٤] _ د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدوليّ بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٣٤.

ونلاحظ أنّ فكرة الأداء المميّز للرابطة العقدية تعتّد بموضوع العقد الرئيسي، أي محل الالتزام الجوهري في العلاقة التعاقديّة وهو ما يجعل الأمر يختلف من عقد إلى آخر حسب طبيعة كل عقد وحسب الالتزام الجوهري فيه، وبالتالي تستبعد هذه النظرية المعايير المتعلقة بتركيز العقد من حيث المكان.

وحسب الفقيه شنايتزر فإنّ لكل عقد طرفاً واحداً يتميّز بأدائه عن الطرف الآخر الذي لا يتغير أداؤه بتغير العقد والمتمثل عادة في الالتزامات المالية، وعليه يعتبر أداء الطرف الأخر(البائع) هو المميّز في كل عقد كما يعتبر أداؤه جوهرياً وعليه يطبق على العقد الدوليّ قانون موطن المدين بالأداء المميّز على اعتباره القانون المرتبط وظيفياً وعملياً بالعقد[١].

وعليه ما يلاحظ على فكرة الأداء المميّز للعقد أنّها تتمحور حول الالتزام الجوهري في الرابطة العقدية، ليختلف القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ باختلاف الالتزام الرئيس والجوهري فيه، وهو ما يسمح للأطراف بمعرفة القانون الذي سوف يطبق على العقد بشكل مسبق، وبالتالي لا يتفاجؤون بقرار القاضي الناظر في النزاع عند اختياره لقانون العقد[٢].

وتجدر الإشارة: إنّ الأداء الذي يعتبر مميّزاً في العقد لا يتم تحديده بصفة تلقائية من طرف القاضي، وإنّما يتم الاعتماد على مؤشرات حددتها اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، كما اتفاقية روما لعام ٢٠٠٨، ضمن المادة الرابعة منهما[٣]، وهي:

---

[١] _ خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص١٥٤.

[٢] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٤٧٢.

[٣] _ إنّ المادة الرابعة من تنظيم روما لعام ٢٠٠٨ عدلت بشكل طفيف النص السابق لاتفاقية روما لعام ١٩٨٠، وهي في نواح كثيرة عمدت إلى تقنين تفسيرات المادة الرابعة من

_ عقد بيع البضائع يخضع لقانون البلد الذي يقيم فيه البائع بصفة اعتيادية.

_ عقد تقديم الخدمات يخضع لقانون البلد الذي يقيم فيه مقدم الخدمة محل إقامته المعتاد.

_ عقد الحق العقاري أو عقد إيجار المبنى يخضع لقانون البلد الذي يوجد فيه المبنى.

_ إيجار الممتلكات غير المنقولة التي تم الدخول فيها لأغراض شخصية مؤقتة لمدة أقصاها ٦ أشهر متتالية يخضع لقانون البلد الذي يقيم فيه المالك إقامته المعتادة.

_ تخضع اتفاقية الامتياز لقانون البلد الذي يتم فيه الحاصل على الامتياز بصفة اعتيادية.

_ تخضع اتفاقية التوزيع لقانون البلد الذي يتم فيه الموزع بصفة اعتيادية.

الاتفاقية، وفي نواح أخرى أوضحت بعض النقاط التي كانت مثار خلاف في ظل تطبيق الاتفاقية. طبعاً المادة الرابعة من اتفاقية روما لعام ٢٠٠٨ أتت ببعض الإشكاليات الجديدة، كما في الفقرة الثانية منها لكن من الواضح أنّه من الممكن التغلب على هذه الإشكالية، ومما لا شك فيه، أنّ هذه المادة زادت اليقين القانوني بالنسبة للقانون الواجب تطبيقه على العقود في حالة غياب اختيار الفرقاء، إلا أنّها في نفس الوقت تتمتع بالليونة اللازمة. وإنّ التطبيق لهذه المادة هو الكفيل بإيضاحها.

لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع ومقارنة اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ مع اتفاقية روما لعام ٢٠٠٨ لناحية المادة الرابعة منهما، يرجى مراجعة:

Ulrich (Magnus), Article 4 Rome I Regulation The Applicable Law in the Absence of Choice, a study published in Rome I Regulation, the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, ed. By Franco Ferrari, Stefan Leible, Publisher Munich: Sellier European Law Publishers, 2009, p.50.

_ عقد بيع السلع يخضع لقانون البلد الذي يجري فيه المزاد[١].

[١] _ المادة الرابعة من اتفاقية روما لعام ٢٠٠٨، جاءت بنص مشابه لنص المادة الرابعة من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، وقد وردت تحت عنوان القانون الواجب التطبيق في غياب الاختيار، ونصت على الآتي:

Article 4, **Applicable law in the absence of choice**

1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3 and without prejudice to Articles 5 to 8, the law governing the contract shall be determined as follows:

(a) a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence;

(b) a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence;

(c) a contract relating to a right in rem in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated;

(d) notwithstanding point (c), a tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a period of no more than six consecutive months shall be governed by the law of the country where the landlord has his habitual residence, provided that the tenant is a natural person and has his habitual residence in the same country؛

(e) a franchise contract shall be governed by the law of the country where the franchisee has his habitual residence؛

(f) a distribution contract shall be governed by the law of the country where the distributor has his habitual residence؛

(g) a contract for the sale of goods by auction shall be governed by the law of the country where the auction takes place, if such a place can be determined؛

(h) a contract concluded within a multilateral system which brings together or facilitates the bringing together of multiple third-party buying and selling interests in financial instruments, as defined by Article 4(1), point (17) of Directive 2004/39/EC, in accordance with non-discretionary rules and governed by a single law, shall be governed by that law.

2. Where the contract is not covered by paragraph 1 or where the elements of the contract would be covered by more than one of points

(a) to (h) of paragraph 1, the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence.
3.Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply.
4. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraphs 1 or 2, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected.

ونصها بالعربية:

المادة الرابعة من تنظيم روما/١/، جاءت بنص مشابه لنص المادة الرابعة من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، وقد نصت:

١_ في حالة عدم اختيار الفرقاء للقانون الواجب التطبيق وفقاً لأحكام المادة الثالثة من التنظيم، وبدون إخلال بأحكام المواد ٥ إلى ٨، فإنّ القانون الواجب التطبيق يحدد بالاستناد إلى التالي:

أ_ يخضع عقد بيع السلع لقانون البلد الذي يوجد للبائع فيه محل إقامة معتاد.

ب_ يخضع عقد تقديم الخدمات لقانون البلد الذي يكون فيه لمقدم الخدمة محل إقامة معتاد.

ت_ في العقود المتعلقة بحق عيني غير منقول، سواء كان عقد بيع أم عقد استئجار، فإنّ القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد محل وجود العين غير المنقولة.

ث_ على الرغم من النقطة المحددة في الفقرة/c/(ت)، فإنّ عقد إيجار غير منقول لمدة تقل عن الستة أشهر متتالية، يخضع لقانون البلد الذي يوجد فيه محل إقامة المالك المعتاد، بشرط أن يكون المستأجر شخصاً طبيعياً وأن يكون محل إقامته المعتاد في نفس البلد.

ج_ إنّ عقد الفرانشايز يخضع لقانون البلد الذي يكون فيه للفرانشيزي(صاحب التوكيل) مكان إقامة معتاد.

ح _ إنّ عقد التوزيع يخضع لقانون البلد حيث يكون للموزع محل إقامة معتاد.

خ _ إنّ عقد بيع السلع بوساطة المزادات، يخضع لقانون البلد حيث يحصل المزاد، إذا كان بالإمكان تحديد ذلك المكان.

د_ عقد مبرم في إطار نظام متعدد الأطراف الذي يجمع أو يسهل الجمع بين عدة مصالح بيع وشراء خارجية في الأدوات المالية، على النحو المحدد في المادة ٤(١)، (١٧) من

وإنّ هذه المؤشرات ليست مذكورة على سبيل الحصر وليست ملزمة لقاضي الموضوع، فهذا الأخير يستطيع وبموجب سلطته التقديرية أن يقرر أيّ الأداءات في العقد تعدّ جوهرية، وبالتالي اعتبارها أداءً متميّزاً يتقرر بموجبه القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ[١].

كما إنّ فكرة الأداء تلتقي مع نظرية التوطين أو التركيز الموضوعي وفقاً لظروف العقد وملابساته التي يعتنقها القضاء الفرنسي، التي قال بها العميد باتيفول من حيث لا يلجأ إليها إلا عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد[٢].

ويبقى للإسناد وفقاً لنظريّة الأداء المميّز خاصيته الأساسية في كونه إسناداً مسبقاً يتحدد وقت إبرام العقد، فهو ليس إسناداً فضفاضاً أو غير محدد، وإنّما

التوجيه EC/٣٩/٢٠٠٤، وفقاً لقواعد غير تقديرية ويحكمها قانون واحد، يجب أن يحكمها هذا القانون.

٢_ عندما يكون العقد غير مشمول بالفقرة الأولى أو عندما يكون العقد مشمولاً بأكثر من نقطة البنود A إلى H من الفقرة الأولى، يخضع العقد إلى قانون الدولة حيث يقع محل الإقامة المعتاد للفريق الذي له تأثير على الأداء المميّز.

٣_ عندما يكون من الواضح من جميع ظروف القضية أنّ العقد متصل بالكامل بشكل واضح مع بلد غير ذلك المشار إليه في الفقرتين ١ و٢، يكون هذا القانون الواجب التطبيق.

٤_ عندما لا يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لنص الفقرتين ١ و٢، يخضع العقد إلى قانون البلد الذي يكون أوثق الصلة به.

أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٩٧.

[١] _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص٩٩.

[2] _ CACHARD, La régulation international du marche électronique, L.G.D.J, avril 2002, p.116.

هو إسناد مقيد يقوم على افتراض مسبق مؤداه أنّ محل تنفيذ الأداء المميّز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، وهو ما يكفل لأطراف الرابطة العقدية الأمان القانونيّ الذي ينشدونه ويصون لهم توقعاتهم المشروعة ويحقق الاستقرار لمعاملاتهم التجاريّة فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم روابطهم العقديّة[١]، وينبغي ملاحظة أنّه ليس بالضرورة أن يكون قانون محل إقامة المدين بالأداء المميّز هو ذاته قانون محل تنفيذ هذا الأداء، **فالعبرة بمحل إقامة المدين بالأداء المميز وليس بمحل تنفيذ الأداء المميّز**[٢].

ووجه التمييز بين فكرة الأداء المميّز ونظرية التوطين أو التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، التي يميل أنصارها إلى ترك تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد للقاضي الذي ينظر النزاع في كل حالة عن حدة في ضوء ظروف التعاقد وملابساته[٣]، فتعيين القانون الواجب التطبيق وفقاً لنظرية التوطين يتحدد في مرحلة متأخرة لا تسمح للمتعاقدين قبلها معرفة القانون الذي سيحكم عقدهم، وبالتالي لا تحقق تلك النظرية الأمان القانونيّ الذي ينشده المتعاقدون[٤].

---

[١] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٥٨٧.

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ١٧٨.

[٣] _ حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قرارتها:(إذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف العقد وملابساته).

يرجى مراجعة: أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٦٣.

[٤] _ د.أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مرجع سابق، ص١١٠٥.

بالإضافة إلى ذلك، فإنّ تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد يقوم وفقاً لنظرية الأداء المميّز على أساس الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية، وبالتالي لا يكون لأطراف العقد دخل في تحديد القانون الذي سيحكم العقد، في حين أنّ الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لنظرية التوطين أو التركيز، حيث يتم تحديد قانون العقد في ضوء ظروف التعاقد وملابساته التي تقوم إرادة المتعاقدين بدورٍ كبيرٍ في تحديدها. ونتيجة لذلك، نجد جانباً من الفقه ينعت تركيز العقد وفقاً لنظرية العميد(باتيفول) بأنّه تركيز قائم على معيار شخصي يتصّل بإرادة الأطراف، **في حين يتصف التركيز في نظريّة الأداء المميّز بأنّه تركيز يعتمد على معايير موضوعيّة بحتة**[١].

ويرجع ترجيح ضابط قانون محل إقامة المدين بالأداء المميّز إلى أنّه يتسم بالوضوح، ويساعد أطراف العقد على توقع القانون الذي يحكم العقد بسهولة، وبالتالي يؤدي إلى تجنب الصعوبات الي يثيرها تحديد محل إبرام العقد أو تنفيذه أو الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين[٢].

وقد ذهب جانب من الفقه في تأييده لهذا الضابط باعتبار الاستناد إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق يحول دون تجزئة العقد، ويمنع بالتالي إخضاع تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه إلى قوانين تتباين الحلول التي تتضمنها، ويسوغ البعض الاستناد إلى هذا الضابط في تحديد القانون الذي يحكم العقد بأنّه يسمح بتمييز العقد عن غيره من العقود الأخرى[٣]، وبالتالي يكون معبّراً عن الوظيفة الاقتصاديّة والاجتماعية في الرابطة العقديّة.

---

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٣٨.

[٢] _حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٥٤.

[3] _ KITIC Dusan, Op. Cit. p.48.

إنّ التحفظ الاستثنائي على الإسناد إلى قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميّز للعقد يتمثل بأنّ القاضي قد يتعذر عليه في بعض الفروض، أن يحدد الأداء المميّز في العقد، مما يستحيل معه الكشف عن القانون الواجب التطبيق[١]، وهنا قد تشير ظروف التعاقد وملابساته إلى وجود قانون آخر أوثق صلة بالرابطة العقديّة، وهو ما ينهار معه أساس الافتراض بأنّ محل إقامة المدين بالأداء المميّز هو أقرب القوانين صلة بهذه الرابطة[٢]. ومثال ذلك: بعض العقود ذات طبيعة مركبة تتساوى فيها الالتزامات من ناحية الأهمّية على النحو الذي يمكن أن يُعتبر كلٌ منها أداءً مميّزاً للعقد، كعقود المقايضة[٣].

ومن جهة أخرى فقد يصعب على القاضي تركيز الأداء المميّز في العقد رغم سهولة تحديد هذا الأداء المميّز في العقد، ففي عقود إدارة الفنادق مثلاً يتم الاتفاق بين شركة عالميّة للفنادق مثل سلسلة هيلتون أو الشيراتون مع أحد الفنادق المنشأة في إحدى الدول الأخرى على أن يتولى الطرف الأول إدارة الفندق الذي يملكه الطرف الثاني، فلا شك أنّ الأداء المميز في هذا العقد هو التزام من يتولى الإدارة، وعلى الرغم من ذلك فإنّه يثور التساؤل حول ما إذا كان من المناسب أن يتم تركيز الأداء المميّز في مركز الشركة العالميّة التي ستتولى الإدارة أم في محل تنفيذ الالتزام وهو مركز الفندق المطلوب إدارته، ولذلك تصور اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ إمكان تجاهل قانون دولة محل الأداء المميّز رغم سهولة تحديده فيما لو تبين من مجموع الظروف الملابسة أنّ العقد

---

[١] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٤٤٩.

[٢] _ حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٥٧.

[٣] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٤٩٢.

يرتبط بصلة أوثق بقانون دولة أخرى[١].

وما يلاحظ في مجال شبكة الإنترنت أنّ مثل تلك العقود تزيد عدداً ونوعاً، ويمكن تصور ذلك عندما لا تكون شبكة الإنترنت مجرد وسيلة للاتصال، وللتفاوض فقط، وإنّما في الوقت ذاته وسيلة تفاوض واتصال وانتاج، ونقل بالنسبة لعقد معين، كأن يقوم أحد الأطراف المتعاقدة بتزويد الطرف الآخر بصور من عنده، ويقوم الآخر بتزويده ببيانات إحصائية عنها، وذلك لإجراء تجربة علميّة مشتركة، وهذه الممارسة أمر شائع في مجال شبكة الإنترنت، ولكنه يزيد من تعقيد تحديد الأداء المميّز، لأنّ كلاً من الطرفين أداؤه مميّز، وبالتالي يزيد من صعوبة اختيار القانون بموضوعيّة[٢].

كما أُنتقدت نظرية الأداء المميّز أيضاً على أساس صعوبة تحديد الالتزام الذي يشكل الأداء المميّز وترجيحه عن غيره، ما دام العقد يتضمن التزامات متقابلة متعدّدة، وهو الأمر الذي سيفتح المجال لتفسيرات المحاكم والمحكّمين حول موضوع النزاع، إضافة إلى الاعتماد على ضابط الأداء المميّز يضّر

---

[١]_ نصّت المادة(٥/٤) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ على أنّ:

" Paragraph 2 shall not apply if the characteristic performance cannot be determined, and the presumptions in paragraphs 2, 3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country ."

ونصها بالعربية:

لا تنطبق الفقرة ٢ إذا تعذر تحديد الأداء المميّز، ويجب أن تكون الافتراضات الواردة في الفقرات ٢ و ٣ و ٤ يتم تجاهله إذا بدا من الظروف ككل أنّ العقد وثيق الصلة بدولة أخرى.

[2]_ DUASO CALES Rosairo, La determination du cadre juridictionnel et législative applicable aux contrats de cyberconsoommation, Novembre 2002, Les électroniques, Vol.8, N.1, automne, 2002.p.7.

بالطرف الضعيف في العقد ولا سيّما عقود الاستهلاك[١] حيث تكون النتيجة هي إسناد هذه العقود لقانون الطرف القوي في العقد باعتباره المدين بالأداء المميّز، مما يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحماية التي يوفّرها له قانون محل إقامته المعتاد[٢].

الفرع الثاني
موقف التشريعات الوطنيّة والاتفاقيات الدوليّة من فكرة الأداء المميّز

لقد وجدت نظرية الأداء المميّز للعقد صدى كبيراً في القوانين الحديثة، منها القانون الدوليّ الخاص السويسري في مادته (١١٧) التي تقرر أنّه عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، يخضع الأخير لقانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالعقد. وهذه الروابط يفترض وجودها مع الدولة التي يوجد بها محل الإقامة العادية للطرف المدين بالأداء المميّز، أو التي يوجد بها منشأة هذا الأخير إذا كان العقد قد أُبرم في إطار ممارسة نشاطه المهني أو التجاريّ[٣]، والقانون الدوليّ الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ بالمادة(٢٨)، وكذلك

---

[١] _ مناصف أمين – سعدي سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدوليّة، مرجع اسبق، ص٦١.

[٢] _ بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدوليّة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/ جامعة أبو بكر، الجزائر، ٢٠١١، ص٦٢.

[٣] _ نصّت المادة(١١٧) من القانون الاتحادي السويسري المؤرخ في ١٨ كانون الأول ١٩٨٧ بشأن القانون الدولي الخاص على أنّ:

"1_ A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits.

القانون الدوليّ الخاص الروسي لعام ٢٠٠١ بالمادة(١٢١١)، ونصّ المادة (٦٢) من القانون الدوليّ الخاص التونسي رقم(٩٧) لعام ١٩٩٨ التي تنصّ بأن: (يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف وإذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقرّ الطرف الذي يكون التزامه مؤثراً

2_ Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement.

3_ Par prestation caractéristique, on entend notamment:

a. la prestation de l'aliénateur, dans les contrats d'aliénation؛

b. la prestation de la partie qui confère l'usage, dans les contrats portant sur l'usage d'une chose ou d'un droit؛

c. la prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service؛

d. la prestation du dépositaire, dans le contrat de dépôt؛

e. la prestation du garant ou de la caution, dans les contrats de garantie ou de cautionnement."

ونصها بالعربية:

١_ في غياب اختيار القانون، يخضع العقد لقانون الدولة التي تربطها بها أوثق العلاقات.

٢_ تعتبر هذه الروابط قائمة مع الدولة التي يجب أن يكون الطرف الذي يجب أن يكون تقديم الأداء المميّز في محل إقامته المعتاد أو، إذا كان يتم إبرام العقد في ممارسة نشاط مهني أو تجاري، إنشائه.

٣_ الأداء المميّز يعني على وجه الخصوص:

أ. أداء المتصرف في عقود الاغتراب،

ب. أداء الجهة الممنوحة للاستخدام في العقود المتعلقة باستخدام شيء أو حق، ضد تقديم الخدمات في التفويض، عقد العمل وعقود الخدمة الأخرى،

د. خدمة الوديع، في اتفاقية الإيداع،

هـ. أداء الكفيل أو الكفيل في عقود ضمان أو سند.

د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٤١.

في تكييف العقد أو مقرّ مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري).

أي يكون العقد محكوماً بالقانون المختار بوساطة الأطراف، وما لم يوجد اختيار فيكون العقد محكوماً بقانون دولة موطن الطرف الذي يكون التزامه قاطعاً في تكييف العقد أو قانون مقر مؤسسته عندما يكون العقد مبرماً في إطار أنشطته المهنية أو التجاريّة، والمقصود هنا الطرف المدعي بالأداء المميّز[١].

أمّا **المشرّع السوري**، وباستقراء أحكام المادة(١١) من قانون المعاملات الإلكترونية رقم(٣) لعام ٢٠١٤، وبالرجوع إلى قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني، لا توجد أي قاعدة إسناد تشير إلى إعمال نظرية الأداء المميّز كما فعل المشرع التونسي في حالة غياب قانون الإرادة، وبالتالي يمكن اللجوء إلى **نص المادة(٢٥) من القانون المدني:(لا تسري أحكام المواد السابقة إلا من حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في سورية).**

وفي حال عدم وجود نص خاص أو معاهدة دولية نافذة في سورية يتم إعمال نصّ المادة(٢٦) من القانون المدني التي جاء فيها:**(تتبع، فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين، مبادئ القانون الدولي الخاص).**

ومما لا شك فيه أنّ عبارة " مبادئ القانون الدولي الخاص" تشير حتماً إلى مبادئ القانون الدولي الخاص السائدة عند أغلبية التشريعات على وجه شائع، والرجوع إلى هذه المبادئ يقدم للقاضي أداة طيعة للاجتهاد لتغطية معظم

---

[١] _ مناصف أمين – سعدي سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٦٠.

حالات النقص التي تواجهه وهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني[١].

وعليه، فيمكن للقاضي الوطني أن يستعين **بنص المادة (٢٥) من القانون المدني** لتطبيق قواعد الإسناد الملاءمة على الرابطة التعاقدية والمتعلقة بالعقود الدولية عامة، وعقود التجارة الإلكترونية خاصة، ليصل خلالهما إلى إمكانية تطبيق نظرية الأداء المميز للأسباب التي وردت لتبرير إعمال النظرية وتطبيقها على المعاملات الإلكترونية أسوة بالنظم والتشريعات المقارنة.

بينما على صعيد الاتفاقات الدوليّة، نجد أنّ ضابط الأداء المميّز أحد أهمّ المبادئ الرئيسية لقانون التجارة الدوليّة، وإنّها من المبادئ الرئيسة التي قامت على أساسها اتفاقيّة لاهاي المبرمة في ١٥ حزيران ١٩٥٥ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدوليّة للمنقولات الماديّة[٢] حيث أفردت لها المادة الثالثة، وقد اعتدّت هذه المادة بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيس لتعيين القانون الذي يحكم العقد، على أساس التزام البائع هو الأداء المميّز للعقد، فقد نصّت تلك المادة في فقرتها الأولى:(في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي سيحكم العقد، فإنّ البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للبائع وقت تسلمه الطلب. ومع ذلك إذا كان تسليم الطلب بوساطة منشأة البائع، فإنّ البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر تلك المنشاة)[٣]، وهو نفس

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٥٣٣.

[٢] _ بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٥٩-٦٠.

[٣] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٣٤٢.

النص الذي قننته اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ بمقتضى الفقرة الأولى من المادة الثامنة منها.

ويذهب جانب من الفقه[١] إلى صلاحية اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، كذلك اتفاقية روما ٢٠٠٨، **لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرم عبر الإنترنت**، وذلك على النحو التالي:

١_ في حالة وجود اتفاق على القانون الواجب التطبيق فإنّه يطبق على العلاقة العقدية، حيث يكون للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، باستثناء ما إذا كان هناك قانون أكثر ارتباطاً بالعلاقة العقديّة، فهنا تطبق القواعد الإلزاميّة في هذا القانون.

٢_ في حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق، فهنا يطبق القانون الأكثر صلة بالعقد، ويفترض أنّ العقد يرتبط بالقانون الأكثر صلة، إذا كان العقد أكثر ارتباطاً بالمكان الذي به المدين بالإداء المميّز في العقد[٢].

وقد أيّد رأي من الفقه الفرنسي، هذا الضابط بالقول: إنّ أطراف العقد قد لا يعمدون إلى تحديد القانون الواجب التطبيق أمّا جهلًا منهم أو عمدًا، فهنا يتمّ تحديد القانون في وقت متأخر، لذا يجب أن يخضع هذا العقد لقانون البلد الذي يكون له صلة أكثر بالعقد، ومن المفترض أنّ العقد مرتبط بشكلٍ وثيق مع البلد الذي يوجد فيه الطرف الذي قام بالأداء المميّز[٣].

---

[١] _ أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونيّة وأثره، مرجع سابق، ص٢٠٤.

[٢] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٤٩٣.

[3] _ Par Martin H. Gode, Les contrats du commerce international, Availale at: http://www.stoessel.ch/hei/dip/contrats_commerce_international_jacquet.pdf , p.5.

وهذا هو موقف أحد الفقهاء الإنجليز، الذي يرى في حالة انعدام الاختيار يتم تطبيق القانون الأكثر صلة بالعقد، عن طريق تطبيق القانون الذي يتعلّق بالأداء المؤثّر في سمة العقد[١].

والسؤال الذي يطرح نفسه، ما المقصود بالقانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة؟

لم يحدّد واضعو هذه النظريات أيّ معيار يمكن الاستناد إليه للقول إنّ هذا العقد يرتبط بصلة وثيقة مع هذا القانون أو مع ذاك القانون، فتركت المسألة لتقدير القاضي الذي يقوم بالبحث عن ذلك القانون من خلال العودة إلى معايير متعددة: كمكان الإبرام، أو مكان التنفيذ، أو الجنسية، أو الموطن، أو غيرها من المعايير، وهذا ما قد يضر بتوقعات الأطراف المشروعة ومبدأ الأمان القانونيّ[٢].

وبسبب صعوبة تحديد القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقدية، وسعياً إلى تحقيق الأمان القانونيّ، وضعت اتفاقية روما في الفقرة الثانية من المادة الرابعة منها قرينة بسيطة موجهة إلى القاضي، ترشده إلى القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد[٣].

ومفاد تلك القرينة أنّ العقد يكون مرتبطاً بروابط أكثر وثوقاً وارتباطاً بقانون البلد الذي يوجد فيه وقت إبرام العقد مكان الإقامة المعتادة للطرف المدين

---

[1] _ Jon Bing, CHOICE OF LAW RULES APPLICABLE TO ELECTRONIC CONSUMER CONTRACTS ACCORDING TO ROME I REGULATION, University of Oslo Faculty of Law, 2009, Avalible at: https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22949/thesis.pdf?sequence=2.

[٢] _ بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٦١.

[٣] _ عبد العال عكاشة، قانون العمليات المصرفية الدوليّة، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٦٥.

بالأداء المميّز، وإذا تعلّق الأمر بشركة أو جمعية أو شخص معنوي آخر، فيكون هذا البلد هو المكان الذي يوجد فيه مركز الإدارة الرئيس، وفي حالة ما إذا كان العقد مبرماً في إطار ممارسة أنشطة مهنية، فإنّ البلد يكون مقرّ المؤسسة الرئيسية للمدين بالأداء المميّز، وإذا كان القائم بالعمل فرعٍ تابعٍ لمؤسسة رئيسية فإنّ قانون مكان ذلك الفرع القائم بالأداء المميّز هو الأكثر ارتباطاً بالعقد[١].

فاعتبرت اتفاقية روما قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميّز وقت العقد هو الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقديّة، وهو ذلك المكان الذي تتحقق فيه أثار العقد الاقتصاديّة والاجتماعية، وتمت الإشارة سابقاً إلى أنّ الأداء المميّز وفق التقرير المفسر للاتفاقية هو الأداء الذي يقابله دفع مبلغ نقدي، ويمكن الاستعانة كذلك ببعض المؤشرات بالنسبة للعقود التي يكون أحد أطرافها تاجراً أو مهنياً كالمحامي أو الوكيل أو الفنان[٢] الذي يعرض خدماته على طالبي تلك الخدمات، وتخضع العقود التي يبرمها هؤلاء لقانون محل إقامتهم بوصفهم المدينين بالأداء المميّز في العقد، أمّا التزام عملائهم بدفع الثمن أو مقابل ذلك فهو التزام غير مميّز لأنّه لا يختلف في طبيعته من عقد لآخر من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين، ومن ثمّ لا يعد التزاماً رئيساً في هذه العقود[٣].

وقد أصبحت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، القانون الدوليّ الخاص المطبق على العقود الدوليّة في

---

[١] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٤٩٤.

٣_ Remy-Corlay, Mise en oeuvre et régime procédure de la clause d'exception dans les conflits de lois, Riv.crit. DIP, Paris, 2003.P.36.

[٣] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٦٠١.

معظم دول الاتحاد الأوروبي، ومنها في فرنسا اعتباراً من عام ١٩٩١/٤/١، ثمّ في ٢٠٠٨/٦/١٧ تحولت الاتفاقية إلى التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ الصادر عن المجلس الأوربي والبرلمان الأوربي بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، الذي دخل حيز التنفيذ في فرنسا ٢٠٠٩، وقد اعتبر هذا التشريع الأوروبي معيار الأداء المميّز قاعدة إسناد مباشرة[١].

والملاحظ من خلال تلك التشريعات الأوروبية أنّ معيار الأداء المميّز تحول من مجرد كونه قرينة بسيطة إلى قاعدة إسناد حقيقية، إذ إنّ التوجيه الأوروبي روما ١ قد أدخل بعض التعديلات على مكانة وترتيب اللجوء إلى معيار الأداء المميّز من بين الحلول التي يقدمها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ في حالة غياب الاختيار[٢].

الفرع الثالث

موقف القضاء من فكرة الأداء المميّز

من التطبيقات القضائيّة لموطن المدين بالأداء المميّز نشير إلى قرار محكمة النقض الفرنسية حيث طبقت قانون موطن المدين بالأداء المميّز، وذلك في النزاع ما بين **شركة naval JFA Chantier الفرنسية لصناعة اليخوت الفاخرة وشركة Kerstholt VOF الهولندية لصناعة الأخشاب**، التي

---

[١] _ عبد السلام علي الفضل– نعيم علي العتوم، منهج الأداء المميّز في تحديد قانون العقد الدوليّ، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٦، العدد ١، الملحق١، الإمارات، ٢٠١٩، ص ٥٦٩.

[٢] _ أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونيّة وأثره، مرجع سابق، ص٢٠٤.

بموجب العقد تلتزم بتزويد وبناء الأسطح الخشبية لقاربين في فرنسا، وعند حدوث نزاع ما بين الطرفين طالبت الشركة الفرنسية بتطبيق القانون الفرنسي باعتباره القانون الأكثر صلة للعقد، حيث إنّ مقرّ الشركة في فرنسا وإن توفير وبناء الأسطح الخشبية تم في فرنسا وإنّ المناقصة تم إعلانها في فرنسا، وإنّ ارتباط العقد بهولندا يتم من خلال عنصر واحد وهو مقر الشركة المتعاقدة.

إلا إنّ محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الطلب وطبقت القانون الهولندي **باعتباره قانون موطن المدين بالأداء المميّز**[١].

كما تبنت محكمة استئناف (Grenoble) الفرنسية ضابط الأداء المميّز في حكمها الصادر في ٣١ أيلول ١٩٩٥ م، وذلك بصدد عقد بيع مبرم بين شركة إيطالية يوجد مركزها الرئيس في إيطاليا وشارٍ فرنسي، حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الإيطالي بصفته قانون المدين بالأداء المميّز في العقد، واستندت المحكمة في ذلك إلى المادة ٤ فقرة ٢ من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠م، التي تطبق في حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني من جانب الأطراف للقانون الذي يحكم العقد، فيكون العقد خاضعاً هنا للنصوص العامة في اتفاقية روما[٢].

وفي أحد القرارات الصادرة عام ٢٠١١ ، طبقت محكمة النقض الفرنسية القانون الهولندي استناداً لنص المادة(٢/٤) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠م، على عقد توريد قطع بناء سفينة من شركة هولندية لبناء سفينة على الأراضي الفرنسية، حيث اعتبرت المحكمة الفرنسية أنّ المدين بالأداء المميّز في هذا العقد هو الطرف الهولندي الذي يقيم في الأراضي الهولندية، الذي يقع على

---

[١] _ أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٩٨.

[٢] _ خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص١٥٦.

عاتقه توريد القطع اللازمة لبناء السفينة. **وبالتالي رفض القضاء الفرنسي في هذا القرار تطبيق القانون الفرنسي على اعتبار أنّه مكان تنفيذ العمل**[١].

وبالمقابل، سبق أن تم توضيح أنّ اتفاقية روما قد افترضت ألا يكون قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميّز هو القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد؛ ولذلك جعلت تطبيق هذا القانون قرينه تقبل إثبات العكس، بمعنى إذا وجد القاضي أنّ هناك قانونا آخر أكثر ارتباطاً بالعقد من قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميّز، فيجب على القاضي أن يطبق هذا القانون، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من الاتفاقية، وهو ما يعرف بالشرط الاستثنائي[٢].

وفي أحد القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية عام ٢٠١٥، طبّق القاضي الفرنسي القانون الايطالي على عقد كفالة دوليّة وفقاً لنص المادة(٥/٤) من اتفاقية روما على اعتباره القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقديّة[٣]، وتتمثّل وقائع هذا القرار بإبرام عقد قرض مصرفي في إحدى المدن الايطالية بين مصرف إيطالي مركز إدارته الرئيس في إيطاليا وأحد العملاء المقيم أيضاً في إيطاليا، وأبرم عقد كفالة لضمان عقد القرض مع أحد الأشخاص المقيمين في فرنسا، وعلى أثر تخلف المقترض عن الوفاء بالتزامه، رفعت دعوى مطالبة ضد الكفيل أمام القضاء الفرنسي. فحكمت محكمة الموضوع الفرنسية بتطبيق القانون الفرنسي على عقد الكفالة عملاً بنصّ المادة(٢/٤) من اتفاقية روما، وذلك باعتبار الكفيل هو المدين بالأداء المميّز في هذا العقد. **بينما رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم واستندت إلى نص المادة(٥/٤) من اتفاقية روما وطبقت القانون الايطالي، إذ تبين**

---

[١] _ عبد العال عكاشة، قانون العمليات المصرفية الدوليّة، مرجع سابق، ص ١٤١.

[2]_ Remy-Corlay, op, cit,p.36.

[٣] _ عبد السلام علي الفضل– نعيم علي العتوم، منهج الأداء المميّز في تحديد قانون العقد الدوليّ، مرجع سابق، ص ٥٧١.

للقاضي الفرنسي أنّ ذلك القانون هو أكثر ارتباطاً بالعقد من القانون الفرنسي، كون عقد الكفالة أبرم في إيطاليا وتمّت كتابته باللغة الايطالية، وإنّ عقد الكفالة هذا أبرم بمناسبة عقد قرض حرر في إيطاليا من قبل طرفين يقيمان هناك، فهنا تبين للقاضي الفرنسي أنّ قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميّز ليس هو القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد، **فتم استبعاده ولجأ القاضي إلى تطبيق الاستثناء الوارد في المادة(٤/٥) من الاتفاقية**[١].

كما ترتبط فكرة الأداء المميّز للعقد بالبيئة الاجتماعيّة، والاقتصاديّة التي يتم أداؤه فيها بحيث يجب يكون المدين بالأداء المميّز من التجار المحترفين، ولهذه الأسباب نادى البعض بضرورة تطبيق قانون الموّرد البائع، **لأنّه من الملائم لعقود التجارة الإلكترونيّة أن تخضع لقانون الطرف القوي، وهذا ما أخذت به محاكم الولايات المتحدة الأمريكية التي تعتد بمبدأ الارتباط الكامل بدولة المحكمة المختصة**[٢].

ويظهر ذلك في دعوى رفعتها شركة(Patterson)، ضد شركة (CompuServe)، أمام محكمة ولاية تكساس، بشأن نزاع حول عقد التزمت المدعى عليها بتحميل برنامج المدّعية على نظام كمبيوتر (Computer service)، وهذا الاتفاق تمّ في مدينة أوهايو في الولاية نفسها، لكي يستعمله مستخدمو الإنترنت بمقابل مادي تحصله الشركة المدعية، حيث قامت هذه الأخيرة ببث _ ٣٢ _ ملفاً من البرامج تلقائياً إلى المدعى عليها، لكنّ شركة(CompuServe) قامت بتخزين هذه الملفات واستغلالها كالموزّع لبرامج (Patterson) منتهكة العلامة التجاريّة للمدعية، وقد وجدت محكمة الاستئناف أنّ علاقة المدعية بالمدعى عليها تفيد أنّ المدعى عليها قد حققت فائدة لنفسها

---

[1] _ Remy-Corlay, op, cit,p.37.

[٢] _ أيت عبد الوهاب فهيمة– خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٥٢.

من عملها في أوهايو، ولذلك قضت بقبول النظر في الدعوى[١].

ويرى جانب من الفقه في هذا الصدد أنّه يستلزم استبعاد فكرة الأداء المميّز من أساسها، في العقود التي يبرمها المستهلكون لأنّها تحقق المنفعة للبائع على حساب المستهلك، مما يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي يحققها له قانون محل إقامته، وذلك في العقود التي تتم عبر الشبكات الإلكترونيّة[٢].

والجدير بالذكر أنّ اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن العقود الدوليّة لبيع البضائع، تنصّ بالمادة ١٠ منها: (إذا كان طرف ما يمتلك أكثر من مكان عمل فسوف يتحدد محل عمله بالمكان الأوثق صلة بالعقد وتنفيذه، وإذا لم يكن له محل عمل يتم الرجوع إلى محل إقامته المعتاد)، ومكان العمل في هذه الحالة خاص بالمنتج بينما المستهلك يكون له محل سكن، بالإضافة إلى ما جاء في المادة(٢/٣) من ذات الاتفاقية[٣].

وبموجب النصوص السابقة يقتصر مجال تطبيق اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على عقود التجار مع بعضهم(B2B)، بينما عقود التجار مع المستهلكين(B2C)، فإذا كانت هناك رغبة في إخضاعها لاتفاقية ما، فلا يوجد سوى اتفاقية روما لعام ١٩٨٠[٤]، حيث مجال تطبيقها ينحصر في دول أوربا دون بقية دول العالم، ونستدل على ذلك بأنّ ثمة مبادرات من جانب العديد من

---

[١] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٢٠٨.

[٢] _ أيت عبد الوهاب فهيمة– خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٥٣.

[٣] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٢٠٨.

[٤] _ أشارت اتفاقية رروما لعام ١٩٨٠ في المادة الخامسة منها إلى أنّه:(في حال تخلف الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق، تخضع العقود المبرمة لقانون الدولة التي

دول الاتحاد الأوربي تحثّ على ضرورة وضع تشريعات خاصة بحماية المستهلك[١].

المطلب الثاني
نطاق تطبيق ضابط الأداء المميّز في مجال العقود الإلكترونيّة

تشكّل نظرية الأداء المميّز إحدى الحلول الملائمة لتنازع القوانين في مجال العقود الإلكترونيّة حيث يمكن الاعتماد عليها لمعرفة القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، من خلال تحديد من يقع عليه تنفيذ الالتزام الجوهري أو الرئيس في العقد، فإذا كانت نظرية الأداء المميّز تتلاءم مع عقود التجارة الدوليّة غير الإلكترونيّة، فيمكن الأخذ بها في مجال العقود الإلكترونيّة، خاصة في الفروض التي يصعب فيها تركيز العقد في مكان معيّن متى تمّ إبرامه وتنفيذه على شبكة الإنترنت مباشرة[٢].

يوجد بها محل الإقامة العادية للمستهلك إذا سبق إبرام عرضاً أو إعلاناً وجه خصيصاً له، أو إذا قام المستهلك في هذا البلد بالأعمال الضرورية لإتمام العقد، أو إذا كان الطرف الآخر أو نائبه قد استلم الطلب في محل إقامة المستهلك).

[١] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص ٢١٢.

[٢] _ د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونيّة: نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة(دراسة مقارنة)، دار الحامد، ٢٠١٣، ص١٢٨.

ومن الأمثلة على تطبيق نظرية الأداء المميّز في العقود التي تبرم وتنفّذ من خلال شبكة الإنترنت مباشرة، العقود التي تبرمها شركة الأمازون وهي شركة مشهورة ببيع الكتب من خلال الإنترنت، حيث تجري آلية البيع بقيام الشاري بدفع الثمن المتفق عليه وبعدها تقوم الشركة بتحميل الكتاب من خلال شبكة الإنترنت مباشرة وتنزيله على جهاز الشاري، ولما كانت الشركة البائعة هي صاحبة الأداء المميّز في هذه العقود باعتبار عنصر التحميل أو التسليم هو الأداء المميّز فيها، فمن الطبيعي أن تخضع هذه العقود لقانون الدولة التي توجد بها منشأة الشركة البائعة[١].

وفي عقود الوساطة والتمثيل التجاريّ، نفترض أنّ شخصاً أردنياً قام باستعمال موقع إلكتروني للبيع من خلاله في سورية، وتعاقد مع وسطاء تجاريين من العراق ومصر ولبنان، لترويج منتجاته وبيع بضائعه، ثمّ قام الوسطاء بإبرام عدة عقود مع مشترين من الأردن وسورية والعراق ومصر ولبنان، ففي مثل هذا الفرض إذا كان من الممكن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البيع التي أبرمها الوسطاء مع مشترين من داخل دولة الوسيط، نظراً لاشتراك مكان إبرام العقد وتنفيذه في تلك الدولة، فإنّ القاضي سوف يواجه صعوبة كبيرة عند تحديده للقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الأخرى التي أبرمها الوسطاء مع متعاقدين من خارج دولهم لأنّه سيجد نفسه ضمن دائرة تنازع كل من دولة تسجيل الموقع، وقوانين الدول التي يوجد بها مركز الوسطاء، وقانون الدولة التي يوجد بها الشاري[٢]، لذلك يكون من الأفضل

---

[١] _ علاء الدين محمد ذيب عبابنه، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدوليّ في القانون الأردني والمقارن، مرجع سابق، ص٢٤٧.

[٢] _ د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونيّة: نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٢٩.

تبني نظريّة الأداء المميّز في هذه العقود، التي ستؤدي إلى تطبيق قانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالعقد من خلال إسناده إلى قانون الدولة التي توجد فيها منشأة الوسيط باعتباره صاحب الأداء المميّز في هذه العقود[١].

لذلك سنعرض على سبيل المثال لا الحصر لعقد خدمة المعلومات الإلكترونية، وعقود الترخيص الخاصة بالتكنولوجيا أنموذجاً، ومدى تطبيق ضابط الأداء المميز على عقد الاستهلاك الإلكتروني وفق الآتي:

الفرع الأول
عقود خدمات المعلومات الإلكترونية

بالنسبة لعقود خدمات المعلومات الإلكترونيّة[٢]، فقد اختلف الفقه في تناول هذه العقود بالشرح والتحليل حول تحديد صاحب الأداء المميّز فيها[٣]، حيث يرى بعض الفقهاء أنّ المورد الذي يقوم بتوريد المعلومات للمستخدم هو صاحب

---

[١] _ محمد إبراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٤٩.

[٢] _ تم تعريف عقد خدمة المعلومات الإلكترونيّة بأنّه:(توافق إرادي إلكتروني بين مقدم خدمة المعلومات الإلكترونيّة وعميله الإلكتروني، يلتزم بموجبهِ الأول تقديم خدمة ذات طابع إلكتروني إلى العميل الإلكتروني، لقاء التزام هذا الأخير بعوض مالي). وقد عُرف بأنّه:(عقد خاص بتجهيز وتقديم خدمات الإنترنت لا المعلومات المنشورة فيها، فتجهيز وتقديم خدمات الإنترنت هي سبب للوصول إلى المعلومات المنشورة على الشبكة).

يرجى مراجعة: لبنى عبد الحسين عيسى السعيدي، النظام القانونيّ لعقد خدمة المعلومات الإلكترونيّة، رسالة دكتوراه، كلية القانون/ جامعة بغداد، ٢٠١٧، ص١٤-١٥.

[٣] _ فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٥٦.

الأداء المميّز في العقد، لأنّه الذي يقوم بتجميع المعلومات وتنظيمها والتنسيق فيما بينها ومن ثم تثبيتها على قاعدة المعلومات، لتصبح تحت تصرّف العميل الذي يستطيع الدخول إلى شبكة المعلومات والبحث داخلها عن أية معلومات تلبي احتياجاته[١].

ويرى جانب من الفقه أنّ الاعتماد على ضابط الأداء المميّز يؤدي إلى الإضرار بمصلحة العميل الإلكتروني، وذلك لأنّ التزام الأخير دائماً هو دفع المقابل المالي، خلافاً لالتزام مقدم خدمة المعلومات الإلكترونيّة، الذي يقوم دائماً بالأداء المميّز، مما يؤدي إلى تطبيق قانونه، مما يُعرض العميل الإلكتروني لخطر فقدان الحماية التي يضمنها له قانون محل إقامتهِ المعتادة[٢] .

وهذا ما جعل البعض، يذهب إلى تطويع ضابط الأداء المميّز بالشكل الذي يجعله يتلاءم مع العقد المشار إليه بالقول: إنّ الأداء المالي الذي يلتزم به العميل الإلكتروني لا يخلو من الأهمّية الاقتصاديّة، فيُمكن دعم حماية العميل الإلكتروني من خلال ضابط الأداء المميّز بوصف الأخير هو المدين بالأداء المميّز، الذي يؤدي بالنتيجة إلى تطبيق قانونه الذي يوفر له حماية خاصة في مواجهة مقدّم خدمة المعلومات الإلكترونيّة[٣]، وثمة رأي آخر، في الفقه يذهب إلى أنّ الدور الذي يقوم به العميل الإلكتروني في العقد مدار البحث هو دور إيجابي وليس سلبياً، إذ لا يقتصر على أداء المقابل المالي، فهو الذي يتولّى

---

[١] _ د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونيّة: نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٣٠.

[2] _ Jon Bing, Op.Cit, p.21.

[٣] _ فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١١٨.

مهمة البحث في قاعدة البيانات، أمّا مقدم خدمة المعلومات الإلكترونيّة فدوره سلبي، يقتصر على تقديم الخدمة محل البحث عند الطلب[١] .

ولكي يستفيد العميل الإلكتروني من تطبيق هذه النظرية، لابّد من أن يصبح تحديد الأداء المميّز مسألة تقديريّة، إذ سيكون هناك دائماً شيء من التقدير في قاعدة اعتبار الأداء المالي للعميل الإلكتروني هو الأداء المميّز في العقد، وذلك لا يعيب هذه القاعدة، لأنّ الهدف الأساس منها هو توفير الحماية اللازمة للعميل الإلكتروني ومراعاة مصالحه المشروعة، وهذا الهدف لا يمكن التوصل إليه في ظلّ نظرية الأداء المميّز إلا بجعل العميل الإلكتروني هو المدين بهذا الأداء حتى يتم تطبيق قانون محل إقامته المعتادة[٢].

وقد دعا التوجيه الأوربي الخاص بالتجارة الإلكترونيّة رقم (٣١) لعام ٢٠٠٠ المعدل، للأخذ بنظرية الأداء المميّز، إذ حدد هذا التوجيه في المادة (٢٢) منه، مكان إقامة مقدّم خدمة المعلومات الإلكترونيّة، بالمكان الذي يمارس فيه أنشطته الاقتصاديّة بشكل دائم ومستمر، وهو ما أكد عليه اتفاقية روما ٢٠٠٨ في الفقرة الثانية من البند الأول من المادة الرابعة من أنّ القانون المطبق على عقود الخدمات عند غياب الإرادة هو قانون محل إقامة مزود الخدمة[٣].

وقد أخذ القانون الأمريكي الموحّد للمعلومات المتعلقة بصفقات الكمبيوتر لعام ١٩٩٩ بهذا الضابط، في المادة (١٠٩- ب-١) منه، إذ نصّ القانون المشار إليه عند معالجته للتنازع الداخلي بين تشريعات الولايات المتحدة

---

[١] _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص ١٠٥.

[٢] _ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانونيّ لحماية التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٧٨.

[٣] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ١٨٦.

الأمريكية بصدد المعاملات الإلكترونيّة التي تبرم من خلال الإنترنت، على إخضاع العقود التي لم يُحدد أطرافها القانون واجب التطبيق، التي تتم عبر شبكة الإنترنت، إلى قانون المكان الذي يقع فيه موطن مقدّم الخدمة عند إبرام العقد[١]، وعلى ذلك فإنّ العقود التي تنعقد وتنفذ عبر شبكة الإنترنت كعقد خدمة المعلومات الإلكترونيّة، متى ما أنعدم اختيار أطرافها للقانون الواجب التطبيق، تخضع لقانون مكان مقدم خدمة المعلومات الإلكترونيّة أي المكان الذي حصل فيه الأخير على تصريح بمباشرة أعماله عبر شبكة الإنترنت[٢].

ويتبين أنّ منهاج المشرّع الأمريكي في هذا الصدد يُعّد اعتناقاً من قبله لنظرية الأداء المميّز، إذ أنّ الأداء المميّز في العقود التي ذكرها المشرّع الأمريكي هو ما يتم تقديمه من لدن مقدّم خدمة المعلومات الإلكترونيّة دون المرور بالعالم المادي، ويشكل سداد المقابل المالي من لدن العميل الإلكتروني مجرد مسألة ثانوية لا تُعَّد أداءً جوهرياً بموجب نظرية الأداء المميّز، لأنّ هذا المقابل يُعد عاملاً مشتركاً في كافة العقود، في حين أورد هذا القانون استثناءً خاصاً بعقود الاستهلاك، إذ أنّ هذه العقود تختلف من حيث الحكم عن عقود التجارة الإلكترونيّة غير الاستهلاكية، من حيث مدى صلاحية نظرية الأداء المميّز كضابط إسناد لتحديد القانون واجب التطبيق عليها، فإنّ الأخذ بها يؤدي إلى إسناد العقد لقانون دولة الطرف المقابل للمستهلك وهو قانون دولة مقدم خدمة المعلومات الإلكترونيّة بوصفه المدين بالأداء المميّز، مما يؤدي إلى الإضرار بمصلحة العميل الإلكتروني، فالعميل الإلكتروني يُعّد الطرف

---

[١] _ لبنى عبد الحسين عيسى السعيدي، النظام القانونيّ لعقد خدمة المعلومات الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٤٥.

[٢] _ المرجع السابق، ص١٤٦.

الضعيف في العقد ويجب توفير الحماية اللازمة له[١]، لذلك نجد أنّ التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونيّة عمدت إلى استثناء عقود الاستهلاك الإلكترونيّة من أحكامها العامة بهدف توفير أقصى حماية ممكنة للعميل الإلكتروني، ومن هذه التشريعات القانون الأمريكي سالف الذكر إذ وضع حكماً خاصاً بعقود الاستهلاك، في المادة (١٠٩-ب-٢) فأخضعها لقانون المكان الذي يتم فيه التنفيذ إذا كانت من العقود التي تتطلب تسليم المبيع تسليماً مادياً بما يتضمنه الأمر من تطبيق النصوص الحمائية في قوانين دولة المستهلك، فإذا كان قانون محل إقامة المستهلك يوفر حماية أكبر من التي يوفرها قانون مكان التنفيذ فإنّ هذه الحماية يستفيد منها المستهلك[٢].

وفيما عدا ذلك حرص المشرّع الأمريكي على إخضاع عقود التجارة الإلكترونيّة الأخرى، ومنها العقد مدار البحث، لقانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالعقد، وبذلك يكون قد حرص هذا المشرّع على اعتناق ضابط إسناد مرن بشأن العقود التي تنعقد عبر شبكة الإنترنت في غير الحالتين السابقتين، عند غياب الاتفاق على قانون واجب التطبيق من جانب طرفي التعاقد، وهو ما يعطي القاضي سلطة تقديرية واسعة من دون الارتباط بأيّ ضوابط مكانية في هذا الشأن يستوي في ذلك أن يكون هذا القانون هو قانون محل إقامة المدين بالأداء المميّز، أو أي قانون آخر يكون أكثر ارتباطاً منه بالعقد[٣].

---

[١] _ أيت عبد الوهاب فهيمة- خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٥٩.

[2] _ Elizabeth Longworth, opportunite d 'un cadre juridique applicable au cyber space-ycompris dans un perspective neo-zalandaisem ed unesco economica, 2000, p50.

[٣] _ سلامة فارس، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدوليّة في قانون التجارة الدوليّة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٩، ص٢٩١.

وعلى ذلك، فإنّ ضابط الأداء المميّز يُعدّ ضابطاً مرناً من الممكن تطبيقه على عقد خدمة المعلومات الإلكترونيّة متى تم تطويعه بالشكل الذي يُلائم مصالح العميل الإلكتروني هذا من جانب، ومن جانب آخر ولكي يكون هذا الضابط مثمراً لمصلحة العميل الإلكتروني، يجب أن يكون قانون محل إقامته المعتادة هو الأصلح من قانون مقدم خدمة المعلومات الإلكترونيّة في تحقيق الحماية المنشودة[١].

وتجدر الإشارة إلى منشأة البائع الذي يستخدم موقعاً على شبكة الإنترنت بغرض تسويق منتجاته وبضائعه، تتحدد بالمكان الذي يمارس فيه البائع أنشطته الاقتصاديّة، وفي حالة تعدد منشآت البائع، فإنّ المنشأة محل الاعتبار هي التي ترتبط بالأداء المميّز في العقد، أي بالسلعة المراد بيعها، ويمكن التعرف على المنشأة التي يمارس من خلالها البائع أنشطته عن طريق إلزامه بالإعلان عن عنوانه الجغرافي على موقع Web site المستخدم من قبله، أمّا إذا لم يقم بإعلام الشاري وتعمد إخفاء العنوان الجغرافي لمنشأته، فيصار عندئذ إلى تطبيق قانون دولة الشاري بوصفه الدائن بالأداء المميّز، ومن هنا لابد من إضافة فقرة جديدة إلى المادة الرابعة من اتفاقية روما، تنصّ على عدم تطبيق قانون المدين بالإداء المميّز في العقود الإلكترونيّة، إذا لم يقم صاحب الأداء المميّز في العقد بالإعلان في هذه العقود عن العنوان الجغرافي لمنشأته على موقع Web site المستخدم من قبله[٢].

---

[١] _ لبنى عبد الحسين عيسى السعيدي، النظام القانونيّ لعقد خدمة المعلومات الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٤٧.

[٢] _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص ١٠٨.

الفرع الثاني
عقود ترخيص نقل التكنولوجيا

نقل التكنولوجيا[١] هو عملية تقوم ما بين مورد التكنولوجيا[٢] ومستوردها أو متلقيها، إذ على المورد أن يتيح فرصة للمستورد للوصول إلى معلوماته وخبراته

[١] _ عرف المشرع المصري عقد نقل التكنولوجيا في قانون التجارة رقم ١٧ لعام ١٩٩٩، حيث نصت المادة(٧٣) منه بأنّه: (اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا، لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لانتاج سلعة معينة، أو تطويرها، أو لتركيب أو تشغيل الآلات، أو أجهزة، أو لتقديم خدمات، ولا يعتبر نقلاً لتكنولوجيا مجرد بيع، أو شراء، أو تأجير، أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية، أو الأسماء التجارية، أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا، أو كان مرتبطاً به).

فعقد نقل التكنولوجيا يعبر عنه قانونياً بعملية انتقال الأموال أو الحقوق من أشخاص قانونية، سواء أكانت أشخاص قانون خاص أفراداً وأشخاصاً اعتبارية أم أشخاص قانون عام الدولة، والهيئات العامة، والوزارات، لذلك فهو ينطوي على النقل الكلي، أو الجزئي، النهائي أو المؤقت، للانتقال الفعلي بالأموال، أو الحقوق، أو كليهما معاً لنقل التكنولوجيا، وذلك لأنّ عملية نقل التكنولوجيا ذات نطاق متعدد، فتوجد تكنولوجيا سرية، وغير سرية، وتكنولوجيا عامة، وأخرى خاصة.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: د. خالد عبد القادر محمود عيد، التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا– دراسة مقارنة بين القانون السعودي والقانون المصري، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، العدد ٩٥، ص ١١٠، متاح على الرابط:
https://mdak.journals.ekb.eg/article_108200_ac991ce194eeec0244d1c252c68b6d7d.pdf .

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/١٢م.

[٢] _ كلمة تكنولوجيا أصلها يوناني، تتكون من شقين Techno وتعني فن أو صناعة، وLogos تعني الدراسة العملية للفنون الصناعية.

وعليه أن يوفرها للمستورد، وهذا يقتضي قيام تعاوناً وتبادلاً فيما بينهما تمهيداً لاتمام هذا النقل، ولعلّ النقل الدولي للتكنولوجيا يمثل النقل الحقيقي للتكنولوجيا على خلاف النقل الداخلي للتكنولوجيا الذي يتم داخل المشروع نفسه، على سبيل المثال من الشركة الأم إلى شركاتها الوليدة أو فيما بين هذه الشركات الوليدة، فهذا يعد استثماراً مباشراً ولا يتضمن نقلاً حقيقياً للتكنولوجيا حيث تظل التكنولوجيا تحت سيطرة نفس المشروع.

وتشكل عقود الترخيص الأداة الأساسية لمثل هذا النوع من النقل الدولي للتكنولوجيا، ويتضمن عقد الترخيص نقل المعرفة الفنية من المرخص إلى المرخص له، غير أنّ الترخيص قد يشمل بالإضافة إلى المعرفة الفنية، نقل الحق في إستغلال براءة اختراع أو تصميم صناعي أو علامة تجارية إلى المرخص له، ويتيح عقد الترخيص للمرخص له استغلال المعرفة الفنية وما قد

وفي اللغة الفرنسية يقصد من كلمة التكنولوجيا، الدراسة العقلية للفنون الصناعية، وفي اللغة الإنجليزية يعنى هذا المصطلح – الدراسة العلمية للعلوم التطبيقية– وهو مصطلح حديث ظهر في القرن التاسع عشر في إنجلترا، وقد كثر استخدام هذا اللفظ في اللغة العربية حتى صار شائعاً ومألوفاً ومفهوماً وترادف "التكنولوجيا" وفقاً لفتوى مجمع اللغة العربية مفردة التِقْنِية بكسر التاء وسكون القاف وكسر النون وذلك للشبه بين المفردتين في المضمون.

وقد أطلق مصطلح التكنولوجيا على التطبيق العلمي للمعارف العلمية، ويطلق عليها في الاصطلاح الدارج حق المعرفة (know How)، أي هي معرفة كيفية تطبيق العلم.

وحق المعرفة يعتبر من الحقوق الشخصية فهو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يخول الدائن بموجبها مطالبة المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجيا، مرجع سابق، ص٣٥.

يشمله من حقوق الملكية الفكرية خلال مدة معينة، ووفقاً لشروط معينة وذلك بالمقابل الذي يحدده العقد[١].

ويعد عقد الترخيص الذي يتضمن نقل تكنولوجيا، المحمي عن طريق حقوق الملكية الفكرية، عقداً مركباً، إذ تسري عليه قواعد وأحكام عقود نقل التكنولوجيا من جانب، كما يخضع للقواعد والأحكام المتعلقة باستغلال حقوق الملكية الفكرية هذا من جانب[٢]. ومن جانب آخر، هذا النوع من العقود ممكن أن يتم أو يبرم عبر شبكة الإنترنت[٣].

ووفقاً للقواعد العامة، فإنّ العقود الخاصة بالتراخيص المتعلقة بنقل التكنولوجيا أوعقود الترخيص للمؤلف أو لصاحب براءة الاختراع لا بد أن

---

[١] _ من أشهر عقود الترخيص التي نراها في عملية نقل التكنولوجيا هي عقود الفرنشايز Franchise، التي ترتكز بصفة أساسية على الترخيص باستعمال الاسم والعلامة التجارية، الذي ظهر مع العديد من الشركات مثل: سينجر للآلات وجينرال موتورز وتبعتهم كوكا كولا، وفي أوروبا قامت بالتجارب الأولى شركة باتا للأحذية، وعلى صعيد الدول العربية، ظهر الفرنشايز مع محلات مثل كنَتاكي للدجاج (KFC) وشركة بيبسي كولا، ومطاعم بيتزا هت Pizza Hut، وماكدونالدز McDonalds، ومحطات الوقود.

[٢] _ ولعلّ من أهم مايميز عقد الترخيص عن غيره من العقود التي ترد على حقوق الملكية الفكرية أنّه عقد غير ناقل للملكية، إذ تبقى ملكية البراءة أو العلامة في ذمة المرخص ويقتصر أثر الترخيص، على منح المرخص له الحق في إستعمالها، كما يتميز عقد الترخيص بأنّه من عقود الاعتبار الشخصي حيث تكون شخصية المرخص له محل اعتبار ويمتنع على المرخص له التنازل عن العقد إلى غيره أو أن يمنح غيره ترخيصاً من الباطن وذلك مالم ينص العقد على خلاف ذلك.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة الموقع الإلكتروني:
https://iprhd.eib.eg/portal/en/kb/articles/%D9%86%D8%B8%D8%
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/١٣م.

[٣] _ د. ياسر باسم دنون السبعاوي، الطبيعة القانونية لعقد نقل التكنولوجيا، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد ٨– العدد ٢٦، ٢٠٠٦، ص٦٤.

تخضع للقانون الذي تتفق فيه إرادة الأطراف سواء كانت تلك الإرادة صريحة أم ضمنية، **وهنا يطرح السؤال التالي، كيف يتم تحديد قانون العقد؟**

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأنّ عقد الترخيص يقع أساساً على الابتكار الجديد أو استغلال اختراع سابق، ولعل أبرز العناصر المهمة في مثل تلك العقود هو الملكية الفكرية أو ما يمكن أن نسميه بالمال المعنوي الذي يتكون من معلومات حسية قابلة للتطبيق من الناحية العملية[١]. لذلك، فإنّ القانون الذي يمكن أن يتولى تنظيم مثل هذه الحالات هو القانون الذي يطبق على الأموال هو نفسه ما يطبق على عقود الترخيص أو العقود الخاصة بنقل التكنولوجيا.

---

[١] _ ويطلق عليه البعض مصطلح المعرفة الفنيّة، الذي ظهر أول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية تحت اسم(Know – How).

وقد عرفت بأنّها تقوم على عاملين أساسيين هما النظريات العلمية والتطبيق العملي لها، ولذلك جاء تعريفها متأثراً بالعاملين السابق ذكرهما، فعرفت بأنّها: التطبيق العملي لثمرات العلم وابتكار أفضل الطرق لاستعمالها.

وعرفتها لائحة المفوضية الأوروبية في مادتها الأولى بأنّها: مجموعة من المعلومات العملية غير المحمية ببراءة اختراع والمستمدة من خبرة مالك المعرفة بعد أن قام بتجربتها بنفسه، وهذه المعلومات يجب أن تكون سرية وجدية ولها ذاتية خاصة.

ويتبين من التعريف بأنّ المهم في المعرفة الفنية ليس هو المعلومات العلمية فقط التي يمتلكها مالك المعرفة بل المهم أيضاً أن يقوم المالك بتطبيق هذه المعلومات بصورة عملية بشكل يحقق له النجاح في نشاط معين مما يدفع متلقي المعرفة الفنية على التعاقد والحصول عليها.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: منى داؤد أحمد داؤد، النظام القانوني لنقل المعرفة الفنية(دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية القانون/ جامعة النيلين، السودان، ٢٠٢١، ص٢٢.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ تطبيق نظام قانوني واحد على المال سواء كان مادياً أو معنوياً هو أفضل الحلول، كما يمكن أن يتم تلافي مسألة التفرقة في المسائل المتعلقة بالمال أياً كان.

ويذهب رأي آخر إلى القول بأنّ صاحب الأداء المميّز في مثل هذه الحالة هو صاحب الاختراع الأصلي أو صاحب السر الصناعي أو مورد التكنولوجيا، أو المؤلف أو منتج التسجيل الصوتي، وهنا يكون القانون الذي يجب أن تطبقه على مثل هذه العقود هو قانون دولة الموطن أو قانون محل الإقامة العادية [١] للمؤلف أو للمخترع، أو قانون مركز الإدارة للمشروع صاحب المصنف أو منتج التسجيل الصوتي أو صاحب التصميم الصناعي أو دار النشر.

ويذهب الرأي السائد في الدول الصناعية المتقدمة إلى القول بأنّه هو المالك الأصلي للمعرفة الفنية، ويترتب على ذلك أنّ القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة موطن أو محلاً للإقامة العادية أو مركز إدارة منشأة المورد، وهذا ماقننه **المشرع السويسري في القانون الاتحادي بشأن القانون الدولي الخاص بالمادة(١٢٢) منه**، حيث نصّت على أنّ: **(يسري على العقود الواردة على الملكية الفكرية قانون الدولة التي بها محل الإقامة العادية للمالك أو المتنازل عن حق الملكية الفكرية)** [٢]، وعلى الرغم من أنّ الإسناد يتميز بكونه إسناداً مرناً ومتنوعاً ويتسم بالوضوح إلا أنّه لا يخلو من المآخذ، خاصة عندما يكون أحد أطراف العقد دولة نامية، فمفهوم هذه النظرية يهدف إلى تطبيق قانون محل إقامة المدين بالإلتزام بنقل المعرفة الفنية، وهذا يعني خضوع الدول

---

[١] _ ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدوليّ الخاص – تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

[٢] _ صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجيا، مرجع سابق، ص٢٩٤.

النامية لقوانين الدول الصناعية المتقدمة التي قد تكون مجحفة وتمس اقتصادها الوطني[١].

كما يرى البعض أنّ الأداء المميّز في مجال عقود التراخيص ونقل التكنولوجيا، يجب النظر إليه في المكان الذي يتجسد فيه، ويرتب فيه آثاره الاقتصادية بالنسبة لأطرافه. وعلى ذلك يكون واجب التطبيق قانون الدولة التي بها مركز نشاط أو موطن أو محل الإقامة العادية للمرخص له، أو مستورد التكنولوجيا، **وبوضوح اعتبار دولة المتلقي هي دولة الأداء المميّز**، وفي ذلك حماية للمتلقي لاعتبارات سياسية كون المتلقي عادة من الدول التي تحتاج لتلك المعرفة أو التكنولوجيا، ومن ثمّ يسري قانوناً باعتباره القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع، فضلاً عن كونها المكان الذي تتم فيه نقل التحسينات على تلك المعارف المنقولة والمكان الذي يتم فيه بناء المنشأة الخاصة بالمشروع، والمكان الذي يمارس فيه المورد رقابته على نشاط ذلك المشروع[٢].

كما أنّ هناك اعتبارات سياسية تتبع من الطبيعة الخاصة لعقود نقل التكنولوجيا باعتبار أنّ الدولة النامية هي الطرف الأضعف اقتصادياً، والمستحق للحماية، بل أيضاً لأنّ قوانين دولته تهدف إلى حماية اقتصادياتها، ولا تسمح باستيراد التكنولوجيا وحقوق المعرفة الأجنبية إلا في الحدود التي تساهم فيها في خطة التنمية، وبما لا يمس تشجيع وحماية التكنولوجيا المحلية، وبما يحمي الاقتصاد وميزان المدفوعات الوطني من الشروط الباهظة أو المقيدة لحرية مستورد التكنولوجيا، التي يفرضها الطرف الآخر[٣].

---

[١] _ منى داؤد أحمد داؤد، النظام القانوني لنقل المعرفة الفنية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٣٠٦.

[٢] _ بشار قيس محمد، عقود نقل التكنولوجيا في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، مصر، ٢٠١٦، ص ٥٧٨.

[٣] _ بشار قيس محمد، المرجع السابق، ص ٥٧٩.

وهنا يتم التفرقة بين حالة العقود المبرمة بين مورد التكنولوجيا أو حق المعرفة وبين مستورد واحد، ويطبق في هذه الحالة قانون بلد هذا الأخير، وبين حالة العقود المبرمة بين المورد المذكور وبين عدة مستوردين من دول مختلفة، وهو ما يسمى في القانون الداخلي بالترخيص العادي بالمقابل لنوعين آخرين هما الترخيص الاستئثاري، والترخيص الوحيد، وفي هذه الحالة يطبق قانون بلد موطن أو مركز منشأة المورد أو مانح الترخيص[١].

كما أخذت بذلك تنظيم روما لعام ٢٠٠٨ بشأن عقود الامتياز التجاري(FRANCHISE) في المادة الرابعة، الذي يشمل استغلال العلامة التجارية والمعرفة الفنية، حيث اعتبرت المرخص له هو صاحب الأداء المميز، وبالتالي يحكم العقد قانون الدولة التي يقيم فيها عادة المرخص له.

وبالنسبة للمشرع السوري، لم يُعرف عقود نقل التكتولوجيا كما فعل المشرع المصري بقانون التجارة رقم ١٧ لعام ١٩٩٩ في الفصل الأول من الباب الثاني منه(المواد ٧٢-٨٧)[٢]، حيث اقتصر المشرع السوري على حماية الملكية

---

[١] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، حماية حقوق الملكية الفكرية بين منهجي قاعدة التنازع والقواعد الموضوعية، مجلة الأمن والقانون الإماراتية، السنة الخامسة والعشرون، العدد الأول، كانون الثاني ٢٠١٧، ص٥١.

[٢] _ يتضح المنهاج الحمائي الذي اتخذه المشرع المصري في تنظيم عقود نقل التكنولوجيا في ما جاء به من قواعد آمرة فيما يتعلق بفض منازعات عقود نقل التكنولوجيا، حيث نصت المادة ٨٧ من قانون التجارة على الآتي:

(١_ تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عقد نقل التكتولوجيا المشار إليه بالمادة ٧٢ من هذا القانون ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق تحكيم يجري في مصر وفقاً لأحكام القانون المصري.

٢_ وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً).

وباستقراء هذا النص نجد أنّ المشرع جعل الاختصاص بفض المنازعات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا للمحاكم المصرية، وبالرغم من إجازة المشرع الالتجاء للطرق البديلة لتسوية المنازعات كالطرق الودية أو التحكيم إلا أنّ المشرع تطلب أن يتم التحكيم بمصر وفقاً للقانون المصري، وهذا يعد تعارضاً ظاهراً بين نصوص قانون التجارة والمبادئ الخاصة بالتحكيم التي وردت في قانون التحكيم المصري، قانون رقم ١٩٩٤/٢٧، حيث تمنح هذه المبادئ أطراف النزاع حرية اختيار مكان التحكيم وكذلك القانون الموضوعي والإجرائي واجب التطبيق، ولعلّ المشرع أراد من حكم المادة ٨٧ أن لا يفلت مصدر التكنولوجيا من الأحكام الحمائية للقانون المصري فيما يتعلق بهذه العقود، حيث رأت المحكمة الدستورية العليا بقرارها الصادر في ١٥ نيسان ٢٠٠٧ بدستورية المادة ٨٧ تجاري:(... للمشرع أن يورد في شأن كافة العقود – حتى ما يكون منها واقعاً في دائرة القانون الخاص– قيوداً يراعى على ضوئها حدوداً للنظام العام لا يجوز اقتحامها، كأن يخضعها لشكلية معينة ينص عليها، وقد يعيد إلى العقود توازناً اقتصادياً اختل فيما بين أطرافها، إنّه ليتدخل في عقود بذواتها محوراً من التزامات الضعفاء فيها انتصافاً، كما في عقود الإذعان والعمل، بما مؤداه أن للمشرع أن يرسم للإرادة حدوداً لا يجوز أن يتخطاها سلطانها، ومن ثمّ لا تكون حرية التعاقد حقاً مطلقاً بل موصوفاً، فليس إطلاق هذه الحرية وأعفاؤها من كل قيد بجائز، و إلا آل أمرها سراباً أو انفلاتاً).

ويتضح من العبارات التي استخدمتها المحكمة الدستورية العليا اتجاه المشرع في سنه لقواعد نقل التكنولوجيا حماية متلقي التكنولوجيا باعتباره الطرف الضعيف. ومن هنا يظهر أنّ التنظيم التشريعي لعقود نقل التكنولوجيا يميل نحو المنهج الحمائي.

حيث إنّ هدف المشرع المصري من التنظيم التشريعي لعقود نقل التكنولوجيا، وخاصة في تنظيمه للشروط المقيدة، حماية الطرف الضعيف في عقد نقل التكنولوجيا ألا وهو متلقي التكنولوجيا الوطني، حيث إنّه من الواضح أنّ معظم مصدري عقد نقل التكتولوجيا يعمدون إلى استغلال مركزهم التعاقدي في فرض شروطاً قد تفرغ عقد نقل التكنولوجيا من مضمونه وتجعل متلقي التكتولوجيا الوطني بمثابة موزعاً لمصدر التكنولوجيا الأجنبي دون أن يكون هناك نقلاً حقيقياً للتكنولوجيا.

الفكرية من خلال نص المادة(٨٩) من القانون المدني بأنّ:(الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة)، حيث تكفلت هذه المادة بالملكية الفكرية، وتشمل الملكية الأدبية والفنية، وتبحث في حقوق المؤلف والحقوق المجاورة لها، كما تشمل الملكية الصناعية، وتشمل براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والأسماء والعناوين التجارية ودلالات المنشأ الجغرافي والدوائر المتكاملة، ثمّ صدر قانون حماية المؤلف رقم(١٢) تاريخ ٢٧ شباط عام ٢٠٠١[١]، الذي ألغي بالمرسوم التشريعي رقم ٦٢ لعام ٢٠١٣ المتضمن قانون حماية المؤلف والحقوق المجاورة[٢].

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: د. ريم أنور أحمد رسلان، التنظيم التشريعي لعقود نقل التكنولوجيا في القانون المصري– دراسة تحليلية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٩٢، ص٢٦٦، متاح على الرابط:
https://mle.journals.ekb.eg/article_110098_2b437d549830d28203e9a86d71f860a6.pdf

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/١٤م.

[١] _ د. زهير حرح– د. هيثم الطاس، حقوق الملكية الأدبية والفنية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٨، ص ٩–١٠، متاح على الرابط:
https://pedia.svuonline.org/

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/٥م.

[٢] _ إثر صدور القانون رقم(١٢) لعام ٢٠٠١ سارعت سورية إلى الانضمام إلى ركب حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة وانضمت إلى العديد من الاتفاقيات المنظمة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، نذكر منها: اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة في ١٨٨٣/٣/٢٠ المنضّمة إليها سورية منذ عام / ١٩٣٩ / والمعدّلة بموجب وثيقة ستوكهولم لعام ١٩٦٧، التي انضمّت إليها سورية بموجب المرسوم التشريعي رقم / ٤٧ / لعام ٢٠٠٢، معاهدة التعاون بشأن البراءات، انضمت إليها الجمهورية العربية السورية بموجب المرسوم التشريعي رقم / ١١ / تاريخ ١/ ٢/ ٢٠٠٣، واتفاق وبروتوكول مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات لعام ١٨٩١ وبروتوكول مدريد لعام ١٩٨٩ اللذان انضمت إليهما

ولكن إذا تم العقد بين مورد التكنولوجيا أو حق المعرفة وبين مستورد واحد عبر وسيلة إلكترونية فيمكن وصف العقد بأنّه عقد إلكتروني، ويخضع لقانون المعاملات الإلكترونية رقم(٣) لعام ٢٠١٤ لجهة القانون الواجب التطبيق على مثل هكذا عقود بموجب المادة(١١) منه في حال كان هناك اتفاق على القانون الواجب التطبيق على هذه العقود بين أطرافها، وفي حال عدم وجود أي اتفاق على القانون الذي سينطبق على العقد، فلا بد من العودة إلى نص المادة(٢٠) من القانون المدني السوري وإعمال الضوابط التكميلية التي أتى بها المشرع السوري كقانون بلد الإبرام، التي لا تكون بالضرورة صالحة لحكم عقد نقل التكنولوجيا، إذ لا تمثل مركز ثقل بالنسبة لتلك العقود خاصة مع فرض اختيارها العرضي.

لذلك وعلى اعتبار أنّ نتيجة البحث عن القانون الأكثر ارتباطاً بعقود نقل التكنولوجيا ستشير إلى القانون المحلي، باعتباره قانون الدولة المتلقية لتلك التكنولوجيا، مما يعني إعمال المادة(٢٠) من القانون المدني السوري إلا حيث لا يوجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في سورية

سورية بموجب المرسوم رقم / ٩٢ / لعام ٢٠٠٤، واتفاق نيس بشأن التصنيف الدولي للسلع والخدمات لأغراض تسجيل العلامات لعام ١٩٥٧ وتعديلاته، الذي انضمّت إليه سورية بموجب القانون رقم / ٣٧ / لعام ٢٠٠٤، واتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية الموقعة في استوكهولم بتاريخ ١٤ تموز عام ١٩٦٧، الذي انضمت سورية إليها بموجب القانون رقم/١٦/ ٣٠ أيار ٢٠٠٤.

أمّا بالنسبة لمعاهدتي الوايبو بشأن حق المؤلف، والأداء والتسجيل الصوتي(معاهدتي الإنترنت)، فلم تنضم سورية بعد إلى هاتين الاتفاقيتين.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: د. زهير حرح– د. هيثم الطاس، المرجع السابق، ص١١.

بمقتضى المادة(٢٥) من القانون المدني[١] **، وإلا بالرجوع إلى نص المادة(٢٦) من القانون المدني السوري**، التي تنص – رغم عدم صراحتها في الدلالة على المقصود– على أنّه:(تتبع، فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين، مبادئ القانون الدولي الخاص)، حيث إنّ نص المادة(٢٠) رغم صراحته وشموله لكافة أنواع العقود، إلا أنّه نص عام يمكن تقييده بما تتضمنه قواعد التنازع الأخرى المستقاة من المبادئ العامة من أحكام خاصة لكل طائفة من العقود، ومنها عقود نقل التكنولوجيا، وذلك لطبيعتها وخصوصيتها التي تميزها عن باقي العقود الأخرى[٢]، وبالتالي يمكن القول هنا تطبيق قانون دولة المتلقي وفق ما تم ذكره آنفاً.

الفرع الثالث
عقد المستهلك الإلكتروني

بالرغم من مزايا ضابط الأداء المميّز للعلاقة التعاقدية، إلا أنّ هناك صعوبات في تطبيقه على العقود الإلكترونية، بحيث إنّه قد يضر بمصالح الطرف الضعيف في بعض العقود التي يكون فيها التسليم من طرف المزود الطرف القوي، إلا أنّه يجب الأخذ في الاعتبار عند إعمال هذا المنهاج التحليلي اتباع القواعد الآمرة في التشريعات الوطنية، وهي القواعد فورية

[١] _ د. وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان– بيروت، ٢٠٠٨، ص ٩٤٦–٩٤٧.

[٢] _ بشار قيس محمد، عقود نقل التكنولوجيا في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٥٨٠.

التطبيق التي جرى الفقه القانوني على تسميتها "بقوانين أو قواعد البوليس"، التي تطبق أياً كان القانون واجب التطبيق على العلاقة سواء تم الاتفاق صراحة على اختيار هذا القانون أم لا، ومن قبيل ذلك: الضوابط التي تنظم حماية تعاملات المستهلك، ولعلّ من أهمها: ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

حيث حرصت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ واتفاقية روما لعام ٢٠٠٨ على تكريس ضابط محل الإقامة المعتاد للمستهلك(الطرف الضعيف في العقد)، وفق ما تم شرحه سابقاً، وذلك بالنص في المادة الخامسة من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠(العقود المبرمة بوساطة المستهلكين)، والمادة السادسة من اتفاقية روما لعام ٢٠٠٨، ويلاحظ من هذه المادة أنّها وضعت ضوابط محدد لتعاملات المستهلك في إطار هذه الاتفاقية، **حيث إنّ المادة(١/٥) قد حددت سريان الاتفاقية على عقود الاستهلاك التي يكون موضوعها توريد منقولات مادية أو خدمات للاستعمال الشخصي للمستهلك**[١].

أمّا المادة (٢/٥) فقد منحت سيادة لقانون دولة محل الإقامة المعتاد للمستهلك، حيث يتم استبعاد قانون الإرادة إذا كان من شأنه حرمان المستهلك من هذه الحماية وتناولت ضوابط تحقيق هذه الحماية من خلال تحديد حالات معينة.

فقد تناولت الحالة الأولى الفروض الغالبة للبيوع بالمراسلة والبيع بالموطن والبيوع التي تتم عبر الدعاية في دولة محل الإقامة المعتاد للمستهلك، حيث عالجت هذه المادة عمليات البيع التي تتم طوعاً في دولة محل الإقامة المعتاد للمستهلك، وهنا تتحقق الحماية المكفولة له بقانون دولة الإقامة المعتاد في

---

[١] _ مهند عزمي أبو مغلي– منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤١– العدد ٢، الأردن، ٢٠١٤، ص ١٣٥٨.

مواجهة تعسف البائع في اختيار قانون أقل حماية للمستهلك من قانون محل إقامته المعتاد، كما تعالج هذه الحالة حماية المستهلك الذي يتعاقد تحت تأثير الأساليب المختلفة أو الدعاية بأنواعها، التي تدفعه إلى إبرام العقد من أجل إشباع حاجاته، وهنا تتحقق له الحماية الواردة في قانون محل إقامته المعتاد، **وهذه الحالة يمكن القياس عليها في نظام التجارة الإلكترونية وتطبيق هذا الضابط عليها كما ورد بنص المادة الخامسة من الاتفاقية**[١].

أمّا الحالة الثانية من المادة(٢/٥)، فإنّها تتعلق بحالة قيام المستهلك بالتعاقد مع آخر من خلال ممثل أو فرع له على سبيل المثال (وكيل تجاري أو فرع شركة أجنبية) يتبع الأخير، وذلك في دولة محل الإقامة المعتاد للمستهلك، وذلك دون اشتراط قيام المتعاقد معه المستهلك بأي عمل يستهدف منه الدعاية لجذب المستهلك كما في الحالة الأولى، أو وجود مقر رئيس لإدارة نشاطه في دولة محل الإقامة المعتاد للمستهلك[٢].

وتتناول الحالة الثالثة من المادة(٢/٥) نوعاً معيناً هو عقد بيع البضائع ويطلق عليه بيع الرحلات، حيث يقوم البائع بتنظيم رحلة معينة خارج دولة مكان الإقامة المعتاد للمستهلك بهدف حث الأخير على شراء منتجات معينة.

هذه هي الحالات الثلاث التي تمنح المستهلك حماية خاصة بموجب قانون دولة مكان الإقامة المعتاد، غير أنّ هذه المادة تتضمن تخييراً بين القانون الذي اختاره الأطراف وقانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك أيهما أكثر

---

[١] _ أبو العلا علي أبو العلا، توجه المجموعة الأوروبية نحو حماية المستهلك في مجال تنازع القوانين، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر السنوي الثاني للسوق العربية المشتركة ومستقبل الاقتصاد العربي، ٢٥-٢٦ تشرين الثاني ٢٠١٠م في جامعة أسيوط – مصر، ص١٠.

[٢] _ خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص١٥٧.

صلاحية للمستهلك، ففي حالة عدم ترجيح القانون المختار لتحقيق هذه الحماية، فإنّه يتم تطبيق النصوص الآمرة في قانون دولة محل الإقامة المعتاد للمستهلك.

وبذلك تستبعد هذه الاتفاقية مجموعة من العقود لا تتوافر لها الحماية المنصوص عليها في المادة (٥) لعدم توافر شروط الاستفادة من هذه الحماية.

إنّ جميع الضوابط المتضمنة الحالات الوارد ذكرها حصراً بنص المادة (٥) من اتفاقية روما يتم إعمالها عند تحديد القانون واجب التطبيق على تعاملات المستهلك من خلال نظام التجارة الإلكترونية والقياس عليها، نظراً لتشابه المركز القانوني بين المستهلك في التعاملات التقليدية مع المركز القانوني للمستهلك في التعاملات الإلكترونية[١]، كما أنّه يمكن الاستعانة بهذه الضوابط حتى للدول غير المنضمة للاتفاقية، وذلك لسد النقص التشريعي والتنظيمي في هذا الجانب.

وتأسيساً على ما سبق، نجد في هذا الصدد، أنّ اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، تعامل العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً معاملة خاصة، يمكن وصفها بأنّها تطبق مبدأ "**القانون الأصلح للمستهلك**"، فهي تسمح للأطراف في العقد الدولي الذي يكون أحد أطرافه مستهلكاً بأن يختاروا القانون واجب التطبيق على عقدهم، ويصبح هذا القانون هو واجب التطبيق، لكن بشرط أن يحترم هذا القانون المختار الحد الأدنى من الضمانات الممنوحة للمستهلك في القانون الذي يوجد به محل إقامته المعتاد، التي تشكل قواعد آمرة من النظام العام، أمّا في الحالة التي لم يختر فيها طرفي العقد المتضمن مستهلكاً قانوناً لحكم علاقتهم، أو اختاروا

---

[١] _ أبو العلا علي أبو العلا، توجه المجموعة الأوروبية نحو حماية المستهلك في مجال تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١٣.

قانوناً يقدم ضمانات أقل من الضمانات التي يمنحها قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك، فإنّ القاضي في هذه الحالة يطبق القانون الأصلح للمستهلك الذي يكون واجب التطبيق عندئذ[١].

حيث يقع على عاتق القاضي الذي يحكم النزاع الذي يكون طرفه مستهلك بالبحث عن القانون الذي يوفر حماية أكثر لهذا الأخير كونه طرفاً ضعيفاً.

فدور القاضي في هذه الحالة يتقرر سواء كان الأطراف قد عيّنوا القانون الواجب التطبيق عن طريق إرادتهم، أم تخلفوا عن ذلك.

ففي الحالة الأولى التي تفترض وجود قانون متفق عليه لحكم العلاقة التعاقدية، إذا ما وجد القاضي أنّ هذا القانون لا يوفر قدراً كافياً من الحماية بالنسبة للمستهلك، فإنّه يبحث عن القانون الأصلح له، عن طريق إجراء مقارنة بينه وبين القانون المختص موضوعياً بحكم النزاع. وهي مقارنة ليست بالغريبة على القاضي الذي يختص بالفصل في مسائل تنازع القوانين، فهي صورة عن تلك المقارنة التي يعقدها بين القانون الأجنبي وقانون دولته للوقوف على مدى اتفاق هذا القانون مع مقتضيات النظام العام.

أمّا في الحالة الثانية، التي تتجسد في إغفال المتعاقدين لاختيار قانون العقد، فإنّ القاضي في هذه الحالة غالباً ما يُقرّ تطبيق قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك بوصفه القانون الأصلح للمستهلك. ويوفر حدّ أدنى من الحماية القانونية له[٢].

---

[١] _ مهند عزمي أبو مغلي– منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، علوم الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص١٣٥٩.

[٢] _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بغداد، ٢٠١١، ص٤٥٤.

هذا وقد طالت هذا الضابط جملة من الانتقادات، تتمحور في بعض الصعوبات التي تثار في حال كان القانون أصلح للمتسهلك في جانب معين، وأقل حماية في جانب آخر. أمّا البعض فيعيب على القانون الأصلح للمستهلك مبالغته في حماية هذا الأخير، كون هذا القانون يخلّ بتوقعات الأفراد، وبالأمن القانوني في مجال المعاملات التجارية على اعتبار أنّ القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يكون مبني للمجهول، وهو يضرّ بمصالح المهني وإن كان طرفاً قوياً في المعادلة التجارية، حيث إنّه نتيجة لتشعب معاملاته وتعددها، قد يجد نفسه في كلّ مرة أمام نظام قانوني جديد لحكم العلاقة التعاقدية، في حين أنّه بالنسبة للمستهلك وإن كان القانون يخالف توقعاته المشروعة فهو يوفر له حتماً قدراً من الحماية[١].

وبالرجوع إلى التشريعات الوطنية وبالذات العربية منها، نجد أنّ **المشرع البحريني** كان الرائد في السير بخطى ثابتة نحو التطور التقني من الناحية القانونية والتشريعية، **حيث صدر القانون رقم /٦/ لعام ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي**[٢]، فقد نصّ

---

[١] _ سالم عبد الكريم، عقد الاستهلاك الدولي بين الخصوصية والقانون الواجب التطبيق، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد ٦ – العدد ١، الجزائر، ٢٠٢١، ص ٣٥٥، ومتاح على الرابط:

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/162034#

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/٢٧م.

[٢] _ صدر هذا القانون بهدف سد الفراغ التشريعي الذي ساد القانون البحريني لسنوات، لتوفير بيئة تشريعية متطورة تتطلبها الاستثمارات الأجنبية وعقود التجارة الدولية ذات العنصر الأجنبي، ويتألف هذا القانون من ٢٨ مادة، تناولت المواد(١٨-١٩-٢٠-٢١-٢٢-٢٣-٢٤) منه بياناً للقانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بعقود البورصات وعقود العمل وعقود الترخيص(Franchise) وعقود الوكالة والتمثيل التجاري والأسهم والسندات والشيك والكمبيالة.

المشرع في المادة ٤ والمادة ١٧ من ذات القانون على قواعد إسناد عامة تطبق على العقود بشكل عام، فأجاز المشرع لأطراف العقد الدولي في المادة (٤) الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق لأي دولة أو اختيار قانون التجارة الدولية وأعرافها، وفي حال غياب قانون الإرادة، نص المشرع في المادة (١٧/أ) من ذات القانون على أنّه:(يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية والشكلية ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإنّ اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي أبرم فيها العقد...).

وخروجاً عن هذه القواعد العامة المطبقة على الالتزامات التعاقدية بشكل عام، **أورد المشرع البحريني في القانون المذكور قواعد إسناد خاصة تحدد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك وتبين العلاقة بين قانون الإرادة والقواعد الآمرة (أو القواعد ذات التطبيق الضروري) للقوانين ذات العلاقة بأطراف النزاع**، حيث تنصّ المادة ٢٢ من هذا القانون على أنّه:**(يسري على عقود المستهلك قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك، ما لم يتم الاتفاق أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه، وبشرط عدم حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها الأحكام الآمرة لقانون الدولة التي فيها محل إقامته العادية).**

يستفاد من هذا النص بأنّ المشرع البحريني ارتأى بقاء عقد الاستهلاك خاضعاً لقانون الإرادة، ولكن شريطة عدم حرمان المستهلك من الحماية التي يوفرها له قانون الدولة التي يوجد فيها مكان إقامته العادية. وبهذا تبنى المشرع

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: وفاء يعقوب جناحي، دور قواعد القانون الدولي الخاص في حماية المستهلك في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٦- العدد ١، حزيران ٢٠١٩م، ص ٤٦١.

أسلوب تقييد مبدأ حرية الإرادة من خلال ضمان تطبيق القواعد الحمائية الآمرة لقانون دولة إقامة المستهلك العادية، وهي القواعد التي لايجوز للأطراف الاتفاق على خلافها إلى جانب تطبيق القانون المختار، وذلك خلافاً لما هو منصوص عليه في المادة ٤ من القانون، التي تعطي أطراف العقد الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق دون أية قيود.

بالإضافة إلى ذلك، أعطى المشرع الاختصاص التشريعي لقانون دولة إقامة المستهلك بدلاً من قانون محل إبرام العقد في حال غياب الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق، وتنطبق هذه القاعدة على كل عقود الاستهلاك **بما فيها العقود الإلكترونية المبرمة عن طريق الإنترنت**. وفي هذا الصدد يُلاحظ بأن القانون البحريني يتفق مع تنظيم روما الأوروبي الذي سبق بيانه في تبنيه لمنهاج(القانون الأكثر اتصالاً بالمستهلك).

ويمكن القول، بأنّ المشرع البحريني تأثر بقواعد الإسناد الخاصة بعقود المستهلك المعمول بها في اتفاقية روما من خلال إيجاد توازن بين مبدئين أساسيين في القانون الدولي الخاص، الأول: مبدأ حرية الإرادة، والثاني: مبدأ حماية توقعات الطرف الضعيف.[١]

ونلاحظ **أنّ المشرع اللبناني** كان له موقف متقدم، عندما خول القاضي اللبناني عند النظر بموضوع النزاع المتفرع عن عقد إلكتروني أحد أطرافه مستهلك لبناني، وكان القانون الواجب التطبيق على العقد قانوناً أجنبياً أن يستبعده ويطبق أحكام القانون اللبناني، ولاسيما إذا كان أحكام القانون الأجنبي لا توفر الحماية للازمة للمستهلك، وتُعتبر بنوداً تعسفية تمس حماية المستهلك، هذا بالإضافة إلى استبعاد أحكام القانون الأجنبي في حال مخالفتها لقواعد النظام العام الناظمة للعمل التجاري في لبنان، حيث نصت المادة(٦٧) من

[١] _ المرجع السابق، ص ٤٦٣.

القانون رقم(٨١) لعام ٢٠١٨ الخاص بالمعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي بأنّه:(**إذا كان العقد المعني بهذا الباب خاضعاً لقانون أجنبي، فإنّ الأعمال التي ينظمها تبقى خاضعة إلزامياً لأحكام القانون اللبناني إذا تعلقت بما يلي:**

١_ الممارسات المخلة بالمنافسة.

٢_ الحقوق التي تحميها قوانين الملكية الفكرية.

٣_ البنود التعسفية[١] التي تُطاول حماية المستهلك.

---

[١] _ وقد نصت المادة(٢٦) من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم (٦٥٩) لعام ٢٠٠٥ المقصود بالبنود التعسفية على سبيل المثال لا الحصر، حيث ورد فيها:(تعتبر بنوداً تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير. يقدر الطابع التعسفي للبند بتاريخ التعاقد وبالرجوع إلى أحكام العقد وملاحقه باستثناء تلك المتعلقة بالثمن.

تعتبر بنوداً تعسفية على سبيل المثال لا الحصر، أي من البنود التالية:

_ البنود النافية لمسؤولية المحترف.

_ تنازل المستهلك عن حقوقه المنصوص عليها في القوانين والأنظمة.

_ وضع عبء الإثبات على عاتق المستهلك في غير الحالات التي نص عليها القانون.

_ منح المحترف، بصورة منفردة، صلاحية تعديل، كل أو بعض أحكام العقد لاسيما تلك المتعلقة بالثمن أو تاريخ أو مكان التسليم.

_ منح المحترف حق إنهاء العقد غير المحدد المدة دون إبلاغ المستهلك عن رغبته بذلك ضمن مهلة معقولة.

_ إلزام المستهلك، في حال عدم إنفاذه أياً من موجباته التعاقدية، بتسديد المحترف تعويضاً لا يتناسب مع الأضرار الناتجة عن ذلك.

_ منح المحترف حق تفسير أحكام العقد.

_ إلزام المستهلك بإنفاذ موجباته في حال امتناع المحترف عن إنفاذ ما تعهد القيام به.

_ عدم جواز اللجوء للوساطة أو التحكيم لحل الخلافات وفقاً لأحكام هذا القانون، أو تحميل المستهلك المصاريف التي قد تترتب على إتباع الإجراءات المذكورة.

٤_ قواعد النظام العام التي ترعى ممارسة الأعمال التجارية).

وبناءً على ذلك، وفي حال اتفاق أطراف العقد على بند يتضمن القانون الواجب التطبيق في حال حدوث نزاع، وكان هذا القانون لا يوفر الحماية اللازمة للمستهلك، فإنّ القاضي الوطني بإمكانه استبعاد هذا البند باعتبار بنداً تعسفياً يطاول حماية المستهلك.

فضلاً عن ذلك، فقد نصت المادة(٤٠) مكررة من القانون المذكور آنفاً على أنّه:(**تطبق أحكام قانون حماية المستهلك على كل ما يتعلق بالتجارة الإلكترونية في كل ما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون).**

والسؤال المطروح هنا: هل تطبق أحكام قانون حماية المستهلك اللبناني رقم(٦٥٩) تاريخ ٢٠٠٥/٢/٤ على جميع العقود الإلكترونية التي تربط المحترف بالمستهلك بغض النظر عن طبيعة بعض المهن (المهن الحرة، المصارف، وشركات التأمين)؟

إنّ أحكام هذا القانون تطبق على جميع العقود التي تربط المحترف بالمستهلك باستثناء الحالة التي تتعارض فيها أحكام هذا القانون مع طبيعة بعض المهن (المهن الحرة، المصارف، شركات التأمين)، عندها يتم استبعاد

تعتبر البنود التعسفية باطلة بطلاناً مطلقاً، على أن تنتج أحكام العقد الأخرى كافة مفاعيلها).

من الموقع الإلكتروني:

https://www.isf.gov.lb/files/moustahlek.pdf

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/٢٨م.

أحكام هذا القانون وتطبق الأحكام الخاصة التي ترعى هذا النوع من العقود[١].

أمّا قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم(٣) لعام ٢٠١٤ فلم يتضمن أي إشارة إلى إمكانية تطبيق قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك الإلكتروني، كما فعل المشرع البحريني، **بالرغم من أنّه أفرد فصلاً عن حماية المستهلك، وهو الفصل السابع من المواد(١٧) إلى(٢٣)**، ولكن المادة(٢٤) من القانون نفسه نصت على أنّه:(في كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون، يُرجع إلى قانون التجارة وقانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة وقانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية وقانون حماية المستهلك والقوانين الناظمة لعمل مصرف سورية المركزي، وقواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملة أو العمل التجاري الإلكتروني، وسائر القوانين والأنظمة النافذة ذات الصلة).

وبالعودة إلى قانون حماية المستهلك الصادر بالمرسوم التشريعي رقم(٨) لعام ٢٠٢١، فلم يتضمن لأي قاعدة بهذا الخصوص، وهنا كما أشرنا سابقاً، يتم اللجوء إلى **نص المادتين(٢٥ و٢٦) من القانون المدني السوري.**

حيث يمكن للقاضي الوطني إعمال قاعدة القانون الأصلح للمستهلك، بالشكل الذي يوفر الحماية القانونية له، في حال كان هناك اتفاقية دولية نافذة في سورية **بموجب المادة(٢٥) مدني**، وفي حال عدم وجود أي اتفاقية بهذا الشأن، فلا مناص من تطبيق هذا المبدأ، وإخضاع المستهلك لقانون محل إقامته المعتاد، باعتباره أحد مبادئ القانون الدولي الخاص، وفق ما تم بيانه آنفاً، عملاً بأحكام **المادة(٢٦) من القانون المدني السوري.**

---

[١] _ دليل قانون حماية المستهلك اللبناني، ص ١٦، متاح على الرابط:
https://www.economy.gov.lb/public/uploads/files/8197_2956_1326.pdf.

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/٢٨م.

بانتهاء البحث في طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة في حال غياب اتفاق الأطراف المتعاقدة، نكون قد وصلنا إلى نهاية الباب الأول من دراستنا، وفي الباب الثاني نحدد القانون أو القواعد الواجبة التطبيق على العقد الإلكتروني من خلال منهاج القواعد المادية.

الباب الثاني
منهاج القواعد الماديّة في حل منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة

الباب الثاني
منهاج القواعد الماديّة في حل منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة

كان منهاج التنازع وحتى عصر قريب يتبّوأ مركز الصدارة في حلول تنازع القوانين بصدد منازعات عقود التجارة الدوليّة، ونتيجة للتطور الذي اتسمت به العلاقات التجاريّة الدوليّة وما أصابها من تغيير، لم يعد بمقدور قواعد التنازع أن تتماشى مع معطيات هذه التجارة الحديثة، خصوصاً مع ازدياد الحاجة إلى وجود حلول موضوعيّة تلائم المعطيات الجديدة لهذا التطوّر وتعمل على تلافي الاختلاف الناتج عن تباين التشريعات الوطنيّة، وهو ما أدّى إلى ظهور اتجاهات حديثة تدعو إلى تحرير هذه العقود من سلطان القوانين الداخليّة، والاتجاه نحو خلق بعض الأحكام أو القواعد الموضوعيّة لتحكم مباشرة الروابط العقديّة الدوليّة، بما يتماشى وطبيعية هذه الروابط ويستجيب لأهدافها[١]، **وهذا يعني أنّ القواعد المادية أو الموضوعية هي قانون العلاقات الخاصة الدولية،** ويشتمل هذا القانون على حلول موضوعية ويطبق تطبيقاً مباشراً على المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية[٢].

وبالتالي، فإنّ أزمة منهاج تنازع القوانين في تنظيم معاملات التجارة الدولية قد ظهرت قبل ظهور عقود التجارة الإلكترونيّة، فالرغبة في تجاوز هذا المنهاج

---

[١] _ د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدوليّة بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، مرجع سابق، ص٢٩٠.

[٢] _ نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٨١.

تعود إلى بداية الخمسينات، بعد الجدل الذي اشتد بين الفقهاء في البحث عن ضرورة إيجاد منهاج آخر لحكم الروابط التعاقديّة الدولية، ويعدّ الأمر نفسه بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية التي تبحث بدورها عن القواعد المادية التي تقدم الحل المباشر لكل الإشكالات القانونية التي تتعرض لها في جميع مراحل سيرها، وتكون بالضرورة بعيدة عن القوانين الوطنية[١].

وقد زعم البعض بأنّ قواعد القانون الدولي الخاص التقليدية أضحت متخلفة عن مجاراة الوثبات السريعة التي أحدثها التعامل عبر شبكة الإنترنت، ومن ثمّ تحتاج إلى تعديل وتطوير حتى تظل صالحة لمواجهة هذا العالم الجديد، عالم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وهو العالم الذي لم يكن يتوقع المشرعون والقضاة والاتفاقيات الدولية وجوده وقت وضعت القواعد والأحكام القانونية القائمة، ومن ثمّ فهم مدعوون لإدخال التعديل والتطوير اللازم لتلك القواعد والأحكام.

ويرى هذا الرأي أنّه قد نشأ مع وجود ونمو شبكات المعلومات الدولية اللإنترنت مجتمع فضائي، أو فضاء افتراضياً مصطنعاً virtual cyber space، مقسم إلى شبكات Network وليس إلى دول أو أقاليم.

وهو عالم يعج بأجهزة الحاسب الآلي، والكوابل التليفونية والألياف الضوئية، والبرامج، وهذا المجتمع والفضاء الافتراضي يبدو وكأنّه يعلو الأقاليم الجغرافية لكل الدول، وهذا المنطق التحليلي يعني أنّ معطيات وجود القانون الدولي الخاص ومناهجه لا تتلاءم مع عالم شبكة الإنترنت[٢].

---

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٠٩.

[٢] _ د.بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٣٤٦.

وبالتالي عند الحديث على القواعد المعنية بتنظيم المعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للاتصالات، التي نشأت في أول العقد الأخير من القرن العشرين، بعد تنامي استخدام الشبكة الدولية للمعلومات في غير الأغراض العلمية، حيث عرفت بعدة تسميات، مختلفة مستخدمة في الفقه للتعبير عن تلك القواعد، ومن أمثلة هذه المصطلحات، مصطلح قانون الاتصالات، وقانون القضاء الافتراضي، وقانون موضوعي للإنترنت Law Substantive internet، بينما يميل اتجاه آخر إلى تسميتها على غرار القواعد المادية للتجارة الدولية فيطلق عليها مصطلح القانون الطائفي Lex corporative، والقانون التجاري عبر الدول Droit commercial transnational، وقانون فوق الدول Droit supernational وقانون التجارة الجديد[١]، وقانون التجار الرقمي lex mercatoria numerica[٢].

من خلال المصطلحات السابقة، يبدو أنّ مصطلح "القواعد المادية أو الموضوعية للتجارة الإلكترونية" يعد أفضل المصطلحات للدلالة على مجموعة القواعد التي تضع تنظيماً مباشراً وخاصاً للروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية لتمييزها عن القواعد المادية للتجارة الدولية Les régles matérielles du commerce international، وعن تلك القواعد المادية التي يضعها المشرع الوطني لتحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريق مباشر[٣]، وكذلك اختلافها عن قواعد الإسناد التي تتضمنها النظم القانونية في

---

[١] _ محمد عبد الله العبد الله، القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الرقمية، مجلة جامعة البعث، المجلد ٤٣– العدد ١٢، ٢٠٢١، ص ٢٧.

[2] _ CACHARD, Op.cit, p. 231.

[٣] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٦٩٥ وما بعدها.

القانون الدولي الخاص[١]، فهي قواعد تستجيب في مضمونها وأهدافها للمعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية.

وعلى هذا أساس يمكن تعريف القواعد المادية للتجارة الإلكترونية Lex Électronica بأنّها مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الإلكترونية، وفي ذات المعنى عرفها البعض بأنّها مجموعة قواعد تلقائية ذات طبيعة موضوعية خاصة بالروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية[٢].

حيث وُجدت هذه القواعد لتكون بديلاً تشريعيّاً ينسجم مع وسائل وإمكانات العالم الافتراضي الذي تتكون في إطاره هذه المعاملات والعقود، فمفهوم هذه القواعد تنطلق من فكرة كفاية القواعد الحاكمة للمعاملات القائمة بين المتعاملين بها لحكم مسائل وتصرفات ومنازعات المعاملات نفسها، وذلك من خلال القواعد الاتفاقيّة التي تنظّم بينهم، أو عبر العقود الموضوعة من قبل أحد الأطراف التي يقبل بها الطرف الآخر، أي عن طريق أعراف اتفاقية تتميّز بخصوصية العالم الافتراضي وتواكب تطوارته الفنية ومصطلحاته التكنولوجيّة، حيث إنّه في ظل هذا القانون الموضوعي لمعاملات التجارة الإلكترونية[٣] سوف يتم تفادي المشكلات المعقدة التي يثيرها إعمال مناهج القانون الدوليّ الخاص

---

[١] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مرجع سابق، ص٢٦٩.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١١١.

[٣] _ تتميز هذه القواعد المادية عبر الدولية بأنّها ظاهرة واقعية، ترصد واقعاً معيناً، بدأت جذورها مع بداية استخدام الشبكة الدولية في غير الأغراض العلمية في بداية التسعينات.
يرجى مراجعة:

ولاسيما منهاج تنازع القوانين[١].

وبالنتيجة يمكن القول بأنّ القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تتشكل مما درج عليه العمل في المجتمع الافتراضي من عادات وممارسات ساعد على إرسائها الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم، وكذلك منظمات حكومية وغير حكومية، ومستخدمو الشبكة، وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، وجدت لتتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل والبيانات الرقمية، التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر الأجهزة الإلكترونية الحديثة، وتتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملة[٢].

وبعد أن تأكدت الحاجة لابتداع قواعد مادية تحكم منازعات العقود الدولية للتجارة الإلكترونية مسايرة للطبيعة الذاتية التي تتميز بها، كثرت التساؤلات عن المصادر التي يمكن أن تستقي منها هذه القواعد أحكامها، وكذلك الوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد والانسجام في قواعدها، وعما إذا كانت تشكل نظاماً قانونياً قائماً بذاته، أم أنّها ما زالت مجرد قواعد تدخل ضمن عموم قانون التجار.

لذلك سنحاول التوصّل إلى طبيعة هذه القواعد الدوليّة الخاصة للتجارة الإلكترونيّة من خلال تحديد مصادر هذه القواعد ومحاولة تقييمها في فصلين

GHAZOUANI Chiheb, Le Contrat de Commerce Electronique International, Thèse pour le Doctorat en droit, Droit – Economie – Sciences Sociales, Université PANTHEON-ASSAS، PARIS II, PARIS, 2008, p, 284.

[١] _ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٨٢.

[٢] _ د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونيّة: نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٧٤.

متتالين، **الأول حول مصادر القواعد الماديّة لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، والثاني حول تقويم دور القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة.**

الفصل الأول
مصادر القواعد الماديّة لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة

تتميّز التجارة الإلكترونيّة بتعدد وتنوع مصادر القواعد التي تحكمها بسبب الولادة الحديثة للبيئة الإلكترونيّة، حيث اختلف الفقه حول ظهور قواعد مادية موحدة دوليّة (règles uniformes internationales)[١] فيما يخصّ شبكة الإنترنت والتجارة الإلكترونيّة، حيث تتميّز هذه القواعد عن قواعد القانون الدوليّ الخاص التي تنظم تنازع القوانين، وكذلك تتميّز عن قواعد القانون الدوليّ العام والقوانين الوطنيّة، لذلك لابّد من الوقوف على مصادر هذه القواعد التي تستقي منها أحكامها، التي من خلالها يمكن تحقيق التوحيد والانسجام لهذه القواعد الماديّة[٢].

وفي ضوء اختلاف الفقه على استقلالية هذه القواعد من عدمها، حيث ذهب الاتجاه الفقهي الأول[٣]، إلى رفض فكرة استقلال القواعد الماديّة الإلكترونيّة عن

---

[١] _ د. محمد السيد عرفة، التجارة الإلكترونيّة عبر الإنترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون/ جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٠، ص٢٩١.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١١٤.

[٣] _ فارس كرم شيان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القانون الدوليّ الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، جامعة بابل للعلوم القانونية، العراق، ٢٠١٦، ص٣٢٧.

القواعد الماديّة التقليديّة(lex mercatoria)[١]، وإنّ الأولى ما هي إلا جزء يقع ضمن نطاقها ويعد امتداداً لها، إلا إنّهم اختلفوا في تحديد الأطر والمكونات الاساسية لتلك القواعد، حيث ذهب جانب منهم إلى اعتبار أنّ التوصيات الدوليّة الأساسية بما فيها أعمال المنظمات الدوليّة والإقليميّة الحكوميّة وغير الحكوميّة، إضافة إلى القواعد التعاقدية هي المكونات الأساسية لهذه القواعد.

بينما ذهب جانب آخر إلى أنّ مصادر القواعد الماديّة الإلكترونيّة هي القانون الموحد الدوليّ، القانون المشترك(الأوربي)، القانون المرن (soft low) الصادر عن المنظمات الدوليّة وهذا التقنين يعتمد على الممارسات والعادات

---

[١] _ يرجع التأصيل التاريخي لهذا التوجه إلى ما عرف قديماً بقانون الشعوب، ومن ثمّ إلى القواعد التجارية العرفية التي كانت تحكم مجتمع التجار في القرون الوسطى، أمّا قانون التجارة الدولي والمعروف باسم " Lex Mercatoria " فيبدو أنّ تاريخ استخدامه يرجع إلى عام ١٩٢٠، وذلك في المؤتمر الأول لغرفة التجارة الدولية.

وتتصف القواعد التي يتضمنها قانون التجارة الدولي بأنّها قواعد موضوعية يجري تطبيقها بصورة مباشرة على العلاقات القانونية التي ينطبق عليها، مما يجعلها مختلفة عن تلك القواعد التي يتضمنها منهاج قاعدة التنازع، التي هي قواعد إجرائية غايتها توزيع الاختصاص التشريعي، وذلك بالإشارة فقط إلى القانون الواجب التطبيق.

ومع ذلك، فإنّ التقرير الذي أعدته الأمانة العامة للأمم المتحدة عام ١٩٦٥، قد ذهب مذهباً مغايراً، وذلك باعترافه بأنّ قانون التجارة الدولي يمكن أن يتضمن قواعد إسناد إلى جانب القواعد الموضوعية، فبعد ما أورد التقرير تعريفاً بقانون التجارة الدولي، فإنّه لم يوضح بشكل مباشر مضمون القواعد التي يشملها قانون التجارة الدولي في هذا التعريف، إلا أنّ التقرير ذاته استطرد موضحاً مضمون هذا القانون، أنّه يشمل إلى جانب القواعد الموضوعية على قواعد إسناد للعلاقات التجارية التي يتم توحيدها دولياً، وأشار بصورة خاصة إلى اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ الخاصة بتوحيد القانون الواجب التطبيق على المنقولات المادية.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: بشار قيس محمد، عقود نقل التكنولوجيا في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٦١٩ وأيضاً ص٦٢٣.

التجاريّة السائدة في هذا المجال[١]، كما يستند في تطوره على القواعد التعاقدية ونماذج العقود التي تعدّ بوساطة المؤسسات الدوليّة والأنشطة الخاصة ذات التنظيم الذاتي، إضافة إلى الأعراف الدوليّة والممارسات التعاقدية الدوليّة (pratique international contractuelle)[٢].

أمّا الجانب الثالث فقد ذهب إلى أنّ مصدر هذه القواعد متأتّي من عادات مهنيّة مقننّة إضافة إلى مجموعات القوانين الوطنيّة والشروط التعاقدية، وأخيراً قرارات وأحكام التحكيم[٣].

أمّا **الاتجاه الفقهي الآخر** الذي ينادي باستقلالية القواعد الماديّة الإلكترونيّة عن القواعد الماديّة التقليديّة المعروفة باسم (lex Mercatoria)، فقد قام بتحديد مصادرها مستنداً في ذلك إلى مضمونها حيث قسم مصادرها إلى **مصادر رسميّة**، تتكّون من الاتفاقيات والمعاهدات الدوليّة بضمنها القانون النموذجي للتجارة الإلكترونيّة الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدوليّة، **ومصادر أخرى ذات نشأة تلقائيّة** تكونت من الممارسات التجاريّة الدوليّة في مجال التجارة الإلكترونيّة والمبادئ العامة للقانون، إضافة إلى الأعراف بالمعنى الدقيق"les coutumes au sens strict"[٤]، والأدوات التعاقدية التي تشمل

---

[١] _ وهذا القانون لا يعدو أن يكون تقنيناً دولياً غير ملزم، على خلاف القوانين الوطنيّة التي تصدر عن المشرّع الوطني أو تنبع من اتفاقية دوليّة، وهو ما يطلق عليه(HARD LOW).

يرجى مراجعة: د. عصام الدين القصبي، القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص١٦٢٣.

[٢] _ د. محمد السيد عرفة، التجارة الإلكترونيّة عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص٢٩٢.

[٣] _ فارس كرم شيان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٢٨.

[٤] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١١٦.

تقنيات السلوك والعقود النموذجية، كذلك قرارات التحكيم الخاصة بالتجارة الإلكترونيّة.

مما ورد أعلاه، يتضح أنّ الاتجاه الفقهي الثاني قد أغفل دور الاتفاقات الدوليّة أو العقود، التي تتم بين الأشخاص الطبيعيّة أو الاعتبارية الخاصة، التي يمكن أنّ تكون مصدراً رسمياً أو غير رسمي للقواعد موضوع البحث، ومن ناحية أخرى، فإنّه تجاهل دور التنظيمات الوطنيّة الخاصة بالتجارة الإلكترونيّة، التي تضمنت الكثير من القواعد الماديّة التي تتلاءم وطبيعة هذا النوع من التجارة[١].

لذلك سنقوم بتقسيم مصادر القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: القواعد المادية الوضعية

المبحث الثاني: القواعد المادية الفعلية أو ذات النشأة التلقائية

[١] _ فارس كرم شيان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٢٩.

المبحث الأول
القواعد المادية الوضعية

تنقسم القواعد المادية الوضعية إلى قواعد مادية ذات أصل وطني، وأخرى ذات أصل دولي، وفيما يلي نتناول كلاً من هذه القواعد.

المطلب الأول
القواعد المادية ذات الأصل الوطني

لابّد من الاعتراف **للتشريعات الوطنيّة** بإمكانية القيام بدورها على أنّها مصدر للقواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة، كما سبق للمشرّع الداخلي وأن تصدى لتنظيم التجارة الدوليّة من خلال إصداره بعض التشريعات التي تنظم العلاقات الخاصة الدوليّة[١]، هذا بالإضافة إلى **القرارات القضائية** التي أصدرتها المحاكم الوطنيّة التي أرست قواعد مادية خاصة تتفق في مضمونها مع الطبيعة الخاصة لعقود التجارة الدوليّة[٢].

---

[1] _DEBY-Gérard Françoise, le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Dalloz, Paris, 1973, P.95.

[٢] _ ولعل من أبرز التشريعات الوطنيّة التي عملت على تنظيم عقود التجارة الدوليّة، قانون التجارة الدوليّة التشيكوسلوفاكي(سابقاً) رقم(١٠١ لعام ١٩٦٣)، وقانون العقود الاقتصاديّة الدوليّة لألمانيا الديمقراطية (سابقاً) لعام ١٩٧٦، وكذلك قانون المعاملات التجاريّة الدوليّة لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١٨ لعام ١٩٩٣، وعلى الرغم من أنّ التشريعات المذكورة

ولغرض تسليط الضوء على المصادر الوطنيّة التي ساهمّت في تكوين القواعد الماديّة بشكل عام سيتم تناولها في النقاط الآتية:

الفرع الأول
القواعد الماديّة التشريعية

أرست بعض التشريعات الوطنيّة قواعد موضوعيّة في قوانينها الداخلية بحيث يمكن تطبيقها مباشرة على عقود التجارة الدوليّة[١] على الرغم من أنّها من وضع المشرّع الداخلي، حيث ذهب بعض الفقه إلى إمكانية القاضي في تطبيق تلك القواعد الماديّة مباشرة على النزاع المعروض عليه، إذا كان هذا النزاع متعلقاً

قد سَنّت قوانينها كما تُسن القوانين الوطنيّة الداخلية إلا أن هذا لا يغير من حقيقة أن وجودها كان لتنظيم عقود التجارة الدوليّة فقط.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: فارس كرم شيان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٢٩.

[١] _ تتمثل في أغلبها تلك التشريعات المتعلقة بالاستيراد والتصدير، الجمارك، والمناطق الحرة، والغرف التجارية والصناعية، وتشريعات نقل التكنولوجيا، الخدمات المالية والاستشارية، والنقل البحري والجوي والترانزيت، فكلها تتصل بالتجارة الدولية إلى جانب القواعد المنظمة لها في القانون التجاريّ، أو القواعد الخاصة بها بما يعرف بتشريعات التجارة الخارجية.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٩، ص٩٦.

بالتجارة الدوليّة دون الرجوع إلى قواعد الإسناد[١]، التي أسهمت بشكل مباشر في تجنب المشاكل الناجمة عن تنازع القوانين أو التخفيف من حدتها، وذلك من خلال محاولتها لتوحيد القواعد الموضوعية الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية، أو توحيد الحلول الخاصة بتنازع القوانين[٢].

وتتجدد الحالة في وقتنا هذا مع التجارة الإلكترونيّة، بسبب خصوصية ميدان التجارة الإلكترونيّة، التي تعدّ أسلوباً جديداً يختلف من حيث طريقة ممارسة هذه التجارة عبر الفضاء الإلكتروني، مما دفع تلك الدول إلى العمل الجاد لأجل إصدار التشريعات، خاصة بمعاملات التجارة الإلكترونيّة والعقود الإلكترونيّة والتواقيع الإلكترونيّة والدفع الإلكتروني، وحماية المستهلك والخصوصية والملكية الفكريّة وكل ما يدخل في نطاقها[٣].

وبناءً على هذا الأساس من الاعتراف للتشريعات الوطنيّة بإمكانية القيام بدورها التنظيمي كمصدر للقواعد الماديّة للتجارة الإلكترونية، حيث يكشف واقع العقود الدوليّة عن وجود العديد من العادات والشروط والأعراف التجارية في كافة الأوساط المهنية لتنظيم المعاملات المختلفة تلائم طبيعتها وتتطوّر معها[٤].

إلا إنّ تطبيق القواعد الماديّة مباشرة على عقود التجارة الدوليّة والإلكترونية لا يكون إلا بمقتضى قواعد التنازع، لذلك يجب أن يكون للمشرّع الداخلي

---

[١] _ د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدوليّ بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص٢٩٧.

[٢] _ بشار قيس محمد، عقود نقل التكنولوجيا في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٦٢٢.

[٣] _ نضال اسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونيّة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٥، ص٣٥.

[٤] _ د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونيّة: نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٤٤.

اختصاص لوضع هذه القواعد من أجل تحقيق الموازنة بين اعتبارات المصلحة الوطنيّة وضرورات المعاملات الإلكترونية، وكل هذا يكون على أنّه تقويم لدور التشريعات الداخليّة في مدى قدرتها على تنظيم عقود التجارة الدولية والإلكترونية.

أولاً_ التطبيقات التشريعية لتنظيم مجال القواعد الموضوعيّة:

استطاعت بعض التشريعات الداخليّة أن تتسامح مع هذه القواعد وتشكل الاستثناء وأسست لقواعد موضوعيّة وجعلتها من بين تشريعاتها الداخلية إلى جانب القوانين الأخرى[١]، هذا ما خفف من العجز الذي ساد التنظيم الداخلي لعدة دول، فأصبحت هذه القواعد تمتاز بالتطبيق المباشر على عقود التجارة الدولية وفق ما ذكر سابقاً، فأصبح القانون الوطني في هذا الوضع الجديد قانوناً احتياطياً في التطبيق[٢]، أي إمكانية تطبيق القواعد المادية المباشرة على النزاع إذا تعلق الأمر بالتجارة الدوليّة دون الرجوع لقواعد الإسناد، لذلك اتجهت بعض التشريعات الداخلية لوضع تنظيم لعقود التجارة الدوليّة على الرغم من أنّ

---

[١] _ إنّ تسامح الدولة في مواجهة هذا النظام الجديد لم يأت من فراغ بل هناك عوامل جعلت ذلك التسامح أمراً واقعاً ما كان للدولة إلا أن تظهره، فمن ناحية نجد أنّ الدولة ذاتها أصبحت من ممارسي التجارة الدولية، وهي بذلك تساهمّ في خلق تلك القواعد شأنها شأن الأشخاص الخاصة. ومن ناحية أخرى، فإنّ هناك استحالة عملية بالنسبة للمشرّع، وأيضاً بالنسبة للدول ذاتها عن طريق المعاهدات أن يغطي كل ميدان المبادلات والعلاقات الدولية. ومن ناحية ثالثة، نجد اعتراف الدولة بالتحكيم الدوليّ كآلية موازية للقضاء مختصة في فض نزاعات التجارة الدولية، لأنّه لو لم يكن هناك تحكيم لجمدت حتى القوانين المهنية.
KENFACK Hugues. droit de commerce électronique. 4ème édition DALLOZ, PARIS, 2012, p. 09.

[٢] _ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٤٤٧.

المشرّع الداخلي لا يهتم في الغالب إلا بالتنظيم المادي للعلاقات الداخلية[١]، ومن أبرز القوانين التي حاولت الخروج عن المبدأ الرافض للتنظيم المادي للروابط الدوليّة من قبل المشرّع الداخلي:

١_ التقنين الألماني الخاص بالعقود الاقتصاديّة الدوليّة:

صدر هذا القانون في ألمانيا الديمقراطية –سابقاً– عام ١٩٧٦ م، الذي كان يتكون من/٣٣٣/ مادة موزعة على/١٤/ قسماً، وقد اشتمل على العديد من القواعد الماديّة التي تعنى بحل المشاكل التي تثار بصدد العقود التي تتمّ في مجال التجارة الدوليّة، سواء من حيث إبرام تلك العقود والالتزامات الناشئة عنها، أو من حيث كيفية الوفاء بها وحكم التأخير في ذلك[٢].

حيث اقتصر مجال انطباق القواعد الماديّة في نصوص التقنين الألماني على عقود التجارة الدوليّة دون العقود الداخلية، التي تظل محكومة بقواعد القانون المدني والتجاريّ[٣]، فكان قانون مخصص للجانب التجاريّ الدوليّ فقط، وهو ما أوضحته المادة الأولى فقرة(١) منه التي نصّت على مجال التطبيق المكاني والشخصي للتنظيم الموضوعي الألماني، وقصرت تطبيقه على العقود الاقتصاديّة الدوليّة والعلاقات التي تستند إليه في حالة اتفاق الأطراف على

---

[١] _ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، ص٩٦.

[٢] _ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٠٣.

[٣] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٧١٠.

الخضوع لهذا القانون، أو عندما تشير قواعد الإسناد إلى وجوب تطبيق هذا القانون في شأن الرابطة العقدية المطروحة[١].

هذا الموقف من لدن المشرّع الألماني دفع جانباً من الفقه إلى التشكيك في مدى اعتبار قواعده من قبيل القواعد الماديّة في القانون الدوليّ الخاص[٢]، والتساؤل عما إذا كان النظر إليها بوصفها من قواعد القانون الداخلي التي تتميّز بخاصية الانطباق على العلاقات الخاصة الدوليّة؟ لذلك يرى(Loussouarn) مدعوماً بجانب من الفقه الرافض لهذه الفكرة أنّ في هذا النظرة مغالاة لا حاجة لها، على اعتبار أنّ قواعد التشريع الألماني في شأن عقود التجارة الدوليّة تعد من قواعد القانون الدوليّ الخاص المادي بالرغم من وطنيّة مصدرها ودوليّة موضوعها ومضمونها، إذ لاينال من طبيعتها أن يكون انطباقها متوقفاً على قواعد التنازع[٣]، فهذه الأخيرة تعتبر في نظر البعض مجرد مسوغ لتطبيق القواعد الماديّة.

٢_ التقنين التجاريّ الموحّد الأمريكي(UCC):

مع ازدهار التجارة واتساع دائرة التعاملات التجاريّة بين مدن الولايات المتحدة الأمريكية فيما بينها، أصبحت الحاجة ملحة من أجل وضع قواعد

---

[١] _ بلاق محمد، حدود مسأهمّة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص١٠٢.

[٢] _ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

[3] _ Yvon Lousouarm et Bredin, droit du commerce international , sirey, paris 1969, p52.

موحدة تحكم هذه المعاملات بصورة تعطي طابعاً تماثلياً من حيث حجم التعاطي معها وكيفيته داخل كل ولاية أو بما يتصل بغيرها من الولايات[١].

فكانت البداية بإقرار قانون الأوراق التجاريّة في عام ١٨٩٦ م الذي أخذت به كل الولايات الثماني والأربعين آنذاك عام ١٩٢٤م، وعلى غرار هذا القانون عرف التشريع الأمريكي فيما بعد محاولات أخرى بشأن سنّ قوانين أخرى موحدة لكنها كانت محدودة النطاق، إذ لم يأخذ بها إلا عدد محدود من الولايات، لذلك اتسعت حركة التوحيد بانضمام (جهود مؤتمر المندوبين) إلى جهود المعهد الأمريكي في إعداد مشروع تقنين تجاري موحّد، كانت ثمرته ظهور الطبعة الأولى من هذا المشروع[٢]، ثم الطبعة النهائية ومراجعته من قبل اللجان المختصة وعرضه على مشرّعي الولايات لإقراره، ومن ثم إدخاله حيّز التنفيذ ليقره في الأخير برلمان نيويورك عام١٩٦٢م تلته فيما بعد باقي الولايات[٣].

---

[١] _ بلاق محمد، حدود مسأهمّة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص١٠٣.

[٢] _ القانون التجاريّ الموحد الأمريكي ظهر أولاً عام ١٩٥٧ متضمناً النصوص ومعها شرح مطول، فهذا القانون عبارة على مشروع قانون نموذجي عرض لاحقاً على مشرّعي الولايات المتحدة الأمريكية.

يرجى مراجعة: عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، ص٩٧.

[٣] _ ينقسم هذا التقنين إلى ثمانية أقسام مستقلة موضوعياً ويضاف إليها قسم مبدئي خاص بالأحكام العامة، وقسم أخير خاص بالأحكام الانتقالية ونصوص الإلغاء، ويتناول القسم الثاني أحكام بيع البضائع تليه باقي الأقسام حتى التاسع في الأوراق التجارية ثمّ أعمال البنوك وخطابات الضمان، فالتأمينات العينية.

يرجى مراجعة:محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

وقد بلغ التوحيد في هذا التقنين غاية طيبة خصوصاً في تنظيمه لبعض المسائل كالبيوع والتأمينات المنقولة، كما تجلى اهتمامه بمسائل التجارة الدوليّة في تنظيمه لبعض عملياتها في القسم المخصص للبيوع مع تفصيل واف لعناصرها وآثارها[١].

وهذا التقنين الموحد، وإن كان يطبق بين الولايات المتحدة الأمريكية، وضمن حدودها، إلا أنّه وضع ليراعى العلاقات بين الولايات، ويوحد القواعد المطبقة عليها، وهو مثال واضح عن القانون الذي يرعى العلاقات التي تتخطى النطاق الداخلي، سواء للولاية أو الدولة.

والسؤال الذي يطرح في هذا المجال، هل نبقى أمام قواعد مادية عندما يكون تطبيق هذه القواعد ناتجاً عن قاعدة إسناد ؟

يميل الرأي الغالب إلى القول، بأنّ مضمون القواعد المادية في القانون الدولي الخاص والهدف الذي تسعى إلى إدراكه، بوصفها قواعد شرعت أساساً لتنظيم الروابط الخاصة الدولية، يقتضي تطبيقها تطبيقاً مباشراً على العلاقات الدولية الخاصة التي تدخل في نطاق سريانها، ما دامت تنتمي إلى النظام القانوني الذي يتبعه القاضي وبصرف النظر عن اختصاص هذا النظام بمقتضى قواعد الإسناد من عدمه[٢].

وبهذا المعنى يمكن القول، إنّ إعمال القواعد المادية التشريعية التي تنتمي لقانون أجنبي، وليس لقانون القاضي الناظر بالنزاع، تتم بداهة من خلال منهاج التنازع، أمّا القواعد المادية التي تنتمي إلى النظام القانوني لدولة القاضي،

---

[١] _ بلاق محمد، حدود مسأهمّة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص١٠٣.

[٢] _ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٧١٢.

فيتجه الفقه الغالب، إلى تمكين القاضي من تطبيقها مباشرة على النزاع المعروض أمامه، دون اللجوء إلى قواعد التنازع، ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك، كما هي الحال بالنسبة للقانون الألماني سالف الذكر.

بمعنى أنّ القواعد المادية التشريعية هي القواعد التي يسنها المشرع لتطبق على العقود الدولية، التي يمكن أن تطبق إمّا مباشرة عندما تكون منتمية إلى قانون القاضي الناظر بالنزاع ولا تشترط صراحة لتطبيقها أن تشير إليها قواعد الإسناد، وإمّا من خلال قواعد الإسناد، في حالتين، الأولى عندما تكون منتمية إلى قانون القاضي الناظر بالنزاع وتستلزم صراحة أن تكون مختصة بموجب قواعد الإسناد، والثانية، عندما تكون منتمية إلى قانون أجنبي وتكون مختصة بمقتضى قواعد الإسناد في دولة القاضي الناظر في النزاع[١].

ثانياً_ تقويم دور التشريعات الداخليّة في تنظيم عقود التجارة الإلكترونيّة:

تطوّر فكرة التنظيم التشريعي للقوانين الوطنية في مجال التجارة الدولية قد يؤدي إلى تعدد القواعد الصادرة عن مختلف التشريعات الوضعية من جهة، وعرقلة إمكانية توحيد القواعد التي تحكم العلاقات الخاصة مستقبلاً، على اعتبارها قواعد تفتقد للصفة الآمرة، فهي لا تنطبق إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على تطبيقها أو أشارت بذلك قواعد التنازع الوطنية، فإنّ التساؤل يثور حول مدى اختصاص المشرّع الداخلي بوضع هذه القواعد؟ وبالتالي كيف تكتسب تلك القواعد خاصية الموضوعيّة في القانون الدوليّ الخاص؟

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٣٦٦.

١ _ اختصاص المشرّع الداخلي بوضع القواعد الماديّة:

استقر الفقه الغالب باختصاص المشرّع الوطني في سنّ القواعد الموضوعيّة الخاصة بالروابط الدوليّة، غير أنّ الفقه اختلف في الأساس الذي يستند إليه هذا الاختصاص، إذ يؤكد فقيه القانون المقارن René David أنّ التقنين لم يستند مطلقاً إلى فكرة اعتبار القانون ظاهرة وطنيّة، وأنّ المشرّع الوطني له السلطة الكاملة في تنظيم العلاقات القانونيّة الدوليّة[١].

تنشأ القواعد القانونيّة لمجتمعات ما بين الدّول كما يؤكّد جورج سل من خلال طريقتين، طريقة التعاون كالاتفاقات والعرف، وطريقة التزاحم والاستئثار[٢]، حينما تستقل كل دولة بالتشريع للروابط الدوليّة، وإن كان لهذه الطريقة الأخيرة عيوبها، لأنّها تشيع الاضطراب الذي لا سبيل لإزالته إلا لقيام التعاون الذي تنشده جميع الدّول، لأنّ قيام تبادل اقتصادي بين مختلف الشعوب ودول العالم أدّى إلى إنشاء مجموعة من القواعد يطلق عليها مصطلح النّظام الاقتصادي الدوليّ الذي يمكن تعريفه بأنّه المبادئ والقواعد القانونيّة التي تنظم التبادل الاقتصادي الدوليّ، ويفترض وجود هذا النّظام ذاته بنبذ الدول سياسة العزلة والاكتفاء الذاتي، وإحلال التعاون الدوليّ محلها[٣].

وبصرف النظر عن الطريقة أو المنهاج الذي يسلكه المشرّع الوطني في سنّه للقواعد الماديّة، يبقى الأكيد أنّه يستهدي من خلالها حاجات وأهداف وطنيّة جديرة بالاهتمام، تكفل في مجملها الازدهار للعلاقات الخاصة الدوليّة، فهذه

---

[١] _ أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدوليّة(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص٣٥.

[2] _ BOUCOBZA Xavier, « La prise en compte des intérêts de l'état dans le commerce international »,Rev, Arb , N°2, Paris, 2005, p. 479.

[٣] _ بلاش ليندة، إخضاع العقد الدوليّ للقواعد الموضوعية، ، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري/ كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٧، ص١٣١.

القواعد وإن كانت وطنيّة المصدر فهي دوليّة المضمون والموضوع، لأنّها شرعت في الأصل لتتجاوز أزمة قاعدة التنازع وعدم قدرة القوانين الوطنيّة على الإلمام بمتطلبات التجارة الدوليّة[١]، ولضرورة مواكبة التطور التكنولوجي الحاصل.

٢_ دور القواعد الماديّة للتجارة الدوليّة ذات المصدر التشريعي:

بالنظر إلى خصوصية العلاقات التجاريّة الدوليّة وتنوع واختلاف القوانين الوطنيّة التقليديّة وقصورها عن الإلمام بمتطلبات هذه العلاقات، كسبت القواعد الماديّة التأييد الواسع من قبل المشرّعين وأصبح استخدامها شائعاً على المستويين الوطني والدوليّ[٢].

فقد أصبحت القواعد الماديّة تقوم بدورٍ ايجابي في عمليات التوحيد التشريعي على المستوى الداخلي، وتعمل على تلافي وقوع التنازع بين الأنظمة القانونيّة خصوصاً في الدول الاتحادية، إذ لكل مقاطعة أو ولاية قدراً من الاستقلال يسوغ احتفاظها بنظام قانونيّ مستقل عن مثيلاتها، وهو ما تعمل القواعد الماديّة على توقيه من خلال توحيد تشريعاتها التجاريّة، مثلما فعلت سويسرا بإصدارها لقانون الالتزامات الاتحادي وكذلك الولايات المتحدة الأمريكية بإصدارها للتقنين التجاريّ الموحد[٣].

---

[١] _ أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدوليّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٣٦.

[٢] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدوليّ الطليق، دار النهضة العربية، ج٢، ١٩٨٩، ص٢٧٠.

[٣] _ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص ٢١٩.

أمّا على مستوى التوحيد الدوليّ، فإنّ وجود مثل هذه القواعد في التشريعات الداخلية ييسر عمليات التوحيد الاتفاقي، لأنّ أوجه التشابه والتطابق بين القواعد الماديّة أمر مؤكّد وملحوظ سواء أكانت قواعد تعالج مسائل معينة بحد ذاتها – كالقاعدة التي تجيز الشروط الخاصة بالحماية النقدية في العقود الدوليّة ضد التضخم وتقلبات الأسعار– أو تلك التي تعالج قطاعاً بأكمله كالتجارة الدوليّة– مثل التشريع التشيكوسلوفاكي وتشريع ألمانيا الاتحادية سابقاً– ويؤكّد هذا الغرض الأستاذ Over Beck بقوله: **(إنّ قواعد القانون الدوليّ الخاص المادي أو الموضوعي ليس بالضرورة أن تكون قانوناً موحداً بل يمكن أن يكون مصدرها وطنياً عندما يقدر المشرّع أنّ القواعد الوطنيّة التقليديّة لا تلائم العلاقة الدوليّة فيسن حينئذ قواعد خاصة لهذه العلاقة النوعية)**[١].

وعلى خلفية ذلك أدرك مشرّعو الدول وقضاؤها مؤيدين برجال الفقه والأعمال ضرورة وجود القواعد الماديّة في الأنظمة القانونيّة الداخلية، وتطبيقها مباشرة واستقلالاً عن كل قواعد القانون الدوليّ الخاص وبصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق، أمّا إذا قضت قواعد القانون الدوليّ الخاص في دولة القاضي بخلاف ذلك فإنّ الأطراف سيجدون بانتظارهم –دون شك– قانوناً وطنياً أعد خصيصاً لهذه العلاقات كالتجارة الدوليّة[٢].

وبالنتيجة يمكن القول أنّه على الرغم من سعة الاختلاف في تحديد القواعد المادية التشريعية بين دولة وأخرى، إلا أنّ من الفقه من يشير إلى بعضها ويقع معظمها في القواعد المتعلقة بمركز الأجانب كقواعد الإقامة وإبلاغ وثائق

---

[1] _ Overbeck Alfred Von, les questions générales du droit international privé a la lumière des codifications et projets récents , rec .des cours de la Haye, T 176 , 1987 , p11.

[٢] _ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

الإجراءات التي تتم في الخارج، وقواعد الاستيراد والتصدير والأحكام المتعلقة بالعلاقات النقدية مع أجنبي وبالذات قوانين الاستثمار الأجنبي، ويمكن الإشارة إلى قانون الاستثمار الصادر بتاريخ ١٩٦٦/١٢/٢٨، الذي أقر نظاماً قانونياً للاستثمارات الأجنبية في فرنسا[١].

ثالثاً_ الاعتراف بموضوعات التجارة الإلكترونية على مستوى التشريع الوطني:

في إطار المعاملات الإلكترونية ترتب على ظهور التجارة الإلكترونية، أن نشطت حركة التشريعات التي تتعلق بالمعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني والدفع الإلكتروني وحماية المستهلك والملكية الفكرية على المستوى المحلي، حيث صدرت تشريعات تنظم هذه الموضوعات.

وعلى سبيل المثال، تبقى اليابان من الدول التي واكبت التطور الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية، فقد سنت العديد من التشريعات في هذا الميدان، وتحديداً في ميدان حماية المعلومات، وتنظيم قواعد شهادات ضمان صحة

---

[١] _ ومن أهم القواعد التي ترسخت في التشريعات الداخلية: الثبات التشريعي للقانون وهو ما أكده نص المادة(٢) من القانون رقم ٨ لعام ١٩٩٧ المصري في شأن ضمانات وحوافز الاستثمار، أمّا قانون الاستثمار العربي رقم ٦٢ لعام ٢٠٠٢، فإنّه بعد أن ألغى قانون الاستثمارات العربية رقم ٤٦ لعام ١٩٨٨، والقرارات اللاحقة له أوجب على المشروعات القائمة قبل نفاذه تكييف أوضاعها بما يتناسب وأحكامه خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ نفاذه، دون بيان الحكم الواجب بشأن الاعفاءات والمزايا الممنوحة بموجب قانون الاستثمارات العربية الملغي.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: إيهاب محمد سعيد محمود عويضه العماوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المجلة القانونية – جامعة القاهرة، المجلد ١٤– العدد ٦، ٢٠٢٢، ص١٩٥٨– ١٩٥٩.

تبادل المعلومات، وقد تزامن ذلك مع صدور القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أن وضعت اليابان تدابير تشريعية بشأن التجارة الإلكترونية، فقد أُسندت هذه المهمة إلى هيئة حكومية عليا منذ سنة ١٩٩٦، مهمتها وضع الإطار القانوني والتقني والتنظيمي لهذه التجارة، واستطاعت أن تنجز أولى أعمالها عام ١٩٩٨م[١].

أمّا في الولايات المتحدة الأمريكية: حيث أصدرت العديد من التشريعات الفيدرالية، من أهمّها القانون الفيدرالي الموحد لمعاملات معلومات الكمبيوتر لعام ١٩٩٩، الذي عرّف التاجر في مادته ٤٥ من الجزء ١٠٢ بأنّه:(الشخص الذي يقوم على سبيل الاحتراف بعمل من الأعمال التالية:

أ_ جمع المعلومات.

ب_ ممارسة أي مهنة أو حرفة.

ج _ تشغيل العاملين وتوظيفهم).

أمّا بالنسبة للفظ "إلكتروني" فقد عرّفته المادة ٢٦ من الجزء (١٠٢/أ) من هذا القانون بأنّه:(كل ما يتصل بالتكنولوجيا بوسيط إلكتروني، له قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية، أو لاسلكية، أو بصرية، أو كهرومغناطيسية، أو أي قدرات مماثلة)[٢].

ومتابعة لاهتمامات الولايات المتحدة الأمريكية بالجوانب القانونيّة للتجارة الإلكترونيّة أصدرت عام ٢٠٠٠ القانون الفيدرالي بشأن التوقيعات الإلكترونيّة، حيث حددت المادة ٣ من الجزء ١٠٦ مصطلح العامل الإلكتروني بأنّه:(برامج

---

[١] _ يرجى مراجعة : عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، ص٨٥.

[٢] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٣٠.

الكمبيوتر أو أية وسيلة إلكترونيّة أو أية وسيلة أتوماتيكية أخرى تستخدم على نحو مستقل من أجل بدء عمل معين أو استجابة معينة لمستندات إلكترونيّة أو أداء لكل أو في جزء منه دون مراجعة أو تدخل من الشخص في وقت أداء العمل).

كما أصدر المشرّع الأمريكي قانون المعاملات التجاريّة الإلكترونيّة في ١٤ شباط ٢٠٠١ وقسمه إلى ٢١ جزءاً، وإذا لم يضع تعريفاً للتجارة الإلكترونيّة إلا أنّه قد بين في الفقرة الثانية من المادة الثانية ماهية الأعمال التجاريّة[١] .

وفي كندا أصدر المشرّع قانون التجارة الإلكترونيّة الموحد ١٩٩٩[٢]، وهو يتكون من خمس وعشرين مادة مقسمة إلى أربعة أجزاء، الجزء الأول تضمن تداول المعلومات والجزء الثاني عن المعلومات والحكومة والجزء الثالث يتعلق بالمستندات الإلكترونيّة، أمّا الجزء الرابع فهو عن عقود نقل البضائع وسند الشحن الإلكتروني[٣].

وعلى الصعيد الدول العربية، تعتبر تونس أول دولة عربية تصدر قانوناً خاصاً بالتجارة الإلكترونيّة، وهو القانون رقم ٨٣ لعام ٢٠٠٠ بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونيّة[٤].

---

[١] _ د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١، ص٤٩.

[٢] _ هذا بالإضافة إلى قانون التجارة الإلكترونية الصيني رقم١ لعام ٢٠٠٠، قانون التجارة الأيرلندي لعام ٢٠٠٠، القانون الأساسي للتجارة الإلكترونية الكوري لعام ١٩٩٩، قانون الصفقات الإلكترونية لدولة سنغافورة لعام ١٩٩٨.

[٣] _ د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص٥١.

[٤] _ د.عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونيّة العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص١٦.

وفي سورية، تنبه المشرّع لضرورة العمل على إصدار حزمة التشريعات الناظمة للعمل في الفضّاء الإلكتروني، وبدأ العمل على إصدارها تباعاً وبما يتلاءم مع الظروف والطبيعة التي تختص بها سورية، فكان إصدار:

_ قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة بالقانون رقم(٤) لعام ٢٠٠٩، الذي تم الإشارة إليه سابقاً، حيث يعدّ هذا القانون باكورة التشريعات السورية في الفضاء الإلكتروني، التي أحدثت بموجبه الهيئة الوطنيّة لخدمات الشبكة، وفق ما تم شرحه سابقاً، وقد أُلغي هذا القانون بموجب القانون الجديد، قانون التوقيع الرقمي وخدمات تقانة المعلومات رقم(٧) الصادر بتاريخ ٢٠٢٣/٤/٢٧[١].

وقد اعتمد المشرع السوري في تعريفه للتوقيع الإلكتروني على بيان الطبيعة الإلكترونية التي يتخذها التوقيع الإلكتروني باستخدام بيانات إلكترونية ترتبط

---

[١] _ تضمن هذا القانون إحداث (الهيئة الوطنية لخدمات تقانة المعلومات) لتحل محل(الهيئة الوطنية لخدمات الشبكة) بهدف مواكبة التقدم والتطور الحاصل في مجال خدمات الإنترنت والاستضافة، ودعم الصناعة البرمجية الوطنية، وتنظيم خدمات التوقيع الرقمي والبطاقة الالكترونية متعددة المهام، وتحقيق أمن المعلومات في ظل الانتشار الكبير للتطبيقات الذكية.

وأضاف القانون مهام للهيئة الجديدة ومنحها الحق الحصري لتقديم خدمات أمن المعلومات للجهات العامة والإشراف على تحقيق متطلبات أمن المعلومات في القطاع الخاص، وبناء المنظومات المعلوماتية الخاصة بحماية الشبكة السورية من الاختراقات السيبرانية، وإدارة مركز البيانات الوطني.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة:

https://sana.sy/?p=1882242#:~:text=%D8%A3%D8%B5%D8%AF%

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/٤/٢٩م.

بالوثيقة الإلكترونية لتعبر عن هوية الموقع وتميزه عن غيره[١].

ومن ناحية أخرى، اعتبرت المادة الثانية التوقيع الإلكتروني المصدق بشهادة تصديق إلكتروني[٢] في نطاق المعاملات المدنية والتجارية ذات الحجية المقررة للأدلة الكتابية في قانون البينات، وتطبق في شأن إثبات صحة الوثائق الإلكترونية الرسمية والعادية والتواقيع الإلكترونية، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، الأحكام المنصوص عليها في قانون البينات[٣]، وبالتالي المشرع

---

[١] _ د. حنان مليكه، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم/٤/ الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢٥، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦– العدد الثاني، ٢٠١٠، ص ٥٦٠.

[٢] _ اشترط المشرع السوري لتمتع التوقيع الإلكتروني المصدق، المدرج على وثيقة إلكترونية، مستجمعاً للشروط المطلوبة للحجية في الإثبات، وفق المادة(٣) من قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة رقم(٤) لعام ٢٠٠٩، وهي:

_ ارتباط التوقيع بالموقّع وحده دون غيره، وكفايته للتعريف بشخص الموقّع.

_ سيطرة الموقّع وحده دون غيره على منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني المستخدمة.

_ ارتباط التوقيع الإلكتروني بالوثيقة الإلكترونية ارتباطاً لا يمكن بعده إحداث أي تعديل أو تبديل على الوثيقة دون ظهور أثر قابل للتدقيق والكشف.

[٣] _ بينما نصّت المادة(١٩) من القانون رقم(٧) لعام ٢٠٢٣ على أنّه:(أ_ يتمتع التوقيع الرقمي المُصدَّق المدرج على وثيقة إلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية بذات الحجية المقررة للأدلة الكتابية في أحكام قانون البينات إذا تم إنشاؤه واستكماله وفق الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط التي يصدرها الوزير بناءً على قرار من مجلس الإدارة.

ب_ يكون للصورة المنسوخة على الورق من الوثيقة الإلكترونية ذات الحجية في الإثبات المقررة لهذه الوثيقة، مادامت مطابقة للأصل، والوثيقة الإلكترونية والتوقيع الرقمي المصدَّق المدرج عليها موجودة على الحامل الإلكتروني الذي أُخذت عنه الصورة المنسوخة).

السوري عدّ التوقيع الإلكتروني نظيراً وظيفياً للتوقيع التقليدي، فيكون بذلك أخذ بمبدأ النظير الوظيفي من الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني[١].

ثمّ **قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة بالمرسوم التشريعي رقم(٦٢) لعام ٢٠١٣** ، الذي صدر تعديلاً للقانون رقم(١٢) لعام ٢٠٠١، حيث جاء انعكاساً للتطورات التكنولوجية والاجتماعية والتشريعية التي يشهدها العالم في مجال حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وخاصة فيما يتعلق بالمصنّفات ذات الطابع المعلوماتي[٢]، **ومن بعد ذلك صدر قانون المعاملات الإلكترونية بالقانون رقم(٣) لعام ٢٠١٤**، الذي سبق الإشارة إليه عند الحديث عن قاعدة الإسناد الوحيدة التي تضمنها هذا القانون بالمادة(١١) منه، حيث يعد هذا القانون توءم قانون التوقيع الإلكتروني الذي جاء ليتبنى مبادئ عدة، تتجلى في جواز استعمال الوسائل الإلكترونيّة في المعاملات وفي العلاقات مع الدوائر الحكومية، وحريّة الأشخاص في اللجوء إلى تلك الوسائل في التعاقد، وحجية العقود والوثائق والرسائل الموقعة إلكترونياً في الإثبات.

فقد جاء في قانون المعاملات الإلكترونيّة تعريف المعاملات بالمادة الأولى منه بأنّها:(إجراء أو جملة من الإجراءات تجري بين طرفين أو أكثر لها طابع مدني أو تجاري أو إداري)، وورد تعريف المعاملات الإلكترونيّة في المادة ذاتها بأنّها:(معاملات تنفّذ بوسائل إلكترونيّة).

وبالتالي، من هذا التعريف يتضح أن مفهوم المعاملات الإلكترونيّة يتداخل مع مجموعة من المفاهيم الأخرى دون إمكانية الفصل التام بينها كالحكومة الإلكترونيّة، والتجارة الإلكترونيّة التي ترتكز على قطاع الأعمال، والإدارة

---

[١] _ د. حنان مليكه، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم/٤/ الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢٥، مرجع سابق، ص٥٧٠.

[٢] _ رانيا بوسعد، المعاملات الإلكترونيّة بين التشريع والتطبيق، مرجع سابق، ص٨.

الإلكترونيّة التي ترتكز على تحسين أداء الإدارة والمؤسسات الحكومية[١]. كما تضمن هذا القانون على وسيلة مقبولة لانقضاء الالتزام وفق القواعد العامة ألا **وهي الدفع الإلكتروني**، الذي أخضعه إلى قانون النقد الأساسي والقوانين الناظمة لعمل مصرف سورية المركزي وقوانين العمل المصرفي النافذة، والإجراءات والضوابط التي يضعها مصرف سورية المركزي[٢].

---

[١] _ رانيا بوسعد، المعاملات الإلكترونيّة بين التشريع والتطبيق، مرجع سابق، ص٣٣.

[٢] _ المادة(١٥) من قانون المعاملات الإلكترونية رقم(٣) لعام ٢٠١٤، وفي جميع الأحوال يعتبر مصطلح الدفع الإلكتروني مصطلح واسع يجمع بين طياته كل وسائل الدفع التي تستخدم فيها تكنولوجيا متقدمة للوفاء، مثل التحويلات الإلكترونية للأموال، الشيك الإلكتروني والدفع بالنقود الإلكترونية. حيث عرفته المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية السوري بأنّه:(أي تحويل للأموال يتمّ بوسائل إلكترونية تخوّل المؤسسة المالية إجراء عمليات القيد على حسابات المتعاملين، وذلك وفق الأنظمة والتعليمات النافذة، الصادرة عن مصرف سورية المركزي).

كما يُعرف الدفع الإلكتروني على أنّه:(عملية يتم من خلالها استبدال القيمة المالية بالبضاعة، أو بالخدمات أو بالمعلومات، فهي تستخدم وسيطاً لتسهيل عملية التبادل مثل المصارف).

وتعرف وسائل الدفع الإلكترونية كذلك على أنّها:(عمليات دفع صادرة ومعالجة بطريقة إلكترونية من جهة وعلى مجموعة الأدوات والتحويلات الإلكترونية التي تصدرها المصارف ومؤسسات الائتمان).

وتعرف أيضاً على أنّها:(الوسائل التي يتم بوساطتها نقل المعلومات التي تتعلق بحسابات الأطراف المعنية بصفقات تجارية إلكترونية).

وتعرف المادة الثانية من قانون التجارة الإلكترونية التونسي وسيلة الدفع الإلكترونية على أنّها:(الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات). بينما عرفه القانون اللبناني بشأن المعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي رقم(٨١) تاريخ ٢٠١٨/١٠/١٠ بالمادة(٤١) منه بأنّها:(أمر أجراء عملية الدفع الإلكتروني أو التحويل الإلكتروني للأموال النقدية هو كل أمر يتم إنشاؤه، كلياً

كما يتبين من قانون المعاملات الإلكترونيّة وعملاً بأحكام المادة(٢٤) منه التي نصّت على أنّ:(في كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون، يُرجع إلى قانون التجارة وقانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة وقانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية وقانون حماية المستهلك والقوانين الناظمة لعمل مصرف سورية المركزي، **وقواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملة أو العمل التجاري الإلكتروني**، وسائر القوانين والأنظمة النافذة ذات الصلة).

أو جزئياً بوسيلة إلكترونية ويفوض العميل بمقتضاه المصرف أو المؤسسة المالية أو أي مؤسسة أخرى مرخصة من مصرف لبنان أو مخولة قانوناً بذلك، بإجراء عملية دفع الإلكتروني أو تحويل إلكتروني للأموال النقدية أو إتمام قيد دائن أو مدين على حسابه أو على حساب آخر.

يقصد بالوسائل الإلكترونية المذكورة في الفقرة الأولى كل وسيلة أو مجموعة وسائل إلكترونية بما فيها الرقيمة، تقدمها إحدى المؤسسات المذكورة أعلاه أو أية شركات تابعة لها ويستعملها العميل لإجراء أو إعطاء الأمر بإجراءعملية أو عدة عمليات دفع إلكتروني أو تحويل إلكتروني للأموال النقدية).

مماسبق، يمكن القول أنّها عبارة عن تحويل معاملات من خلال نقل معطيات من طرف لآخر أو من نظام لآخر، وهذه المعطيات التي تتم معالجتها من طرف وسيط(نظام معالجة)، وتتم هذه العملية عن طريق مجموعة الأدوات الإلكترونية التي تصدرها المصارف ومؤسسات الائتمان.

يرجى مراجعة في هذا الشأن:

د.عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونيّة العربية، مرجع سابق، ص٢٥.

ناصر خليل، التجارة والتسويق الإلكتروني، دار أسامة للنشر، الأردن– عمان، ٢٠٠٨، ص٨٦.

ومن هذا النص، يتبين أنّ المشرع السوري أخذ بالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية، ولو بشكل ضمني، إذا كان النزاع يتعلق بموضوعات التجارة الإلكترونية الموما إليها أعلاه، فإذا أشارت قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيق القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع، فإنّ المقصود بذلك القانون الخاص أو القواعد الخاصة بالعرف التجاري أو العمل التجاري الإلكتروني في دولة القاضي الوطني، وهي قواعد مادية أو موضوعية بطبيعة الحال[١]، كما يجري تطبيق قانون التجارة الإلكترونية لدولة ما عندما تشير إليه قاعدة التنازع، عندما يكون القانون الواجب التطبيق غير قانون القاضي المعروض عليه النزاع، كما قد يختار الأطراف صراحة تطبيق قانون وطني للتجارة الإلكترونية، وعندها يجب تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار[٢].

لكن هل يمكن تطبيق هذه القواعد في القوانين المذكورة تطبيقاً مباشراً؟ أي باستبعاد اللجوء لقواعد التنازع؟

يتجه أغلب الفقه إلى التطبيق المباشر للقواعد المادية لقانون التجارة الإلكترونية في دولة القاضي المعروض عليه النزاع بصرف النظر عن اختصاص قانون القاضي بموجب قواعد الإسناد من عدمه، إن وجد في دولة القاضي قانون يعالج المعاملات الإلكترونية وما لم ينص مشرع هذا القانون على خلاف ذلك[٣].

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٣٧٠.

[٢] _ نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٨٤.

[٣] _ نافع بحر سلطان الباني، المرجع السابق، ص٨٥.

بعد أن تم عرض القواعد المادية ذات المصدر التشريعي لا بد من عرض تلك ذات المصدر القضائي، وهذا ما سنبحثه في الآتي.

الفرع الثاني
القواعد الماديّة ذات الأصل القضائي

لقد كان للقضاء العادي دورٌ مهمٌ في إرساء الكثير من القواعد الماديّة على مستوى التجارة الدوليّة والتجارة الإلكترونيّة، حيث عمل القضاء الفرنسي منذ الثلث الأول من القرن الماضي على إرساء أحكاماً تحتوي على بعض القواعد الماديّة للقانون الدوليّ الخاص التي تهدف إلى تنظيم بعض المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدوليّة[١]، ومن بين هذه أحكام التي استقر عليها القضاء في هذا الشأن، **القاعدة التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدوليّة،** والقاعدة التي تقرر حرية اختيار عملة العقد في مجال التجارة الخارجيّة عن طريق إقراره شروطاً 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[٢].

---

[١] _ د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونيّة: نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٤٣.

[٢] _ بلاق محمد، حدود مسأهمّة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص١٠٧.

بالإضافة إلى القاعدة التي تؤكد على حق الدولة في اخضاع الروابط العقدية الدوليّة للتحكيم، على الرغم من حظر القانون على تطبيقه في العقود الداخلية[١]، وإذا كان إقرار القضاء الفرنسي لمثل هذه القواعد في مجال عقود التجارة الدوليّة يستند أساساً إلى الاجتهادات القضائية التي تلبي حاجات التجارة الخارجية والمعاملات الدوليّة، فهذا القضاء حاول منذ البداية أن يستتر وراء أفكار أخرى في القانون الدوليّ الخاص حتى يضفي على هذه القواعد سمة وضعية في إطار المبادئ العامة، مثل فكرة النظام العام أو بالاستناد إلى الإعمال التقليدي لمنهاج التنازع، **حيث أدى الاستعمال المطرد لأحكام هذه القواعد إلى منحها مع مرور الوقت طابع العموم والتجريد الذي لا يخلو من قوة الإلزام النابعة من الاستقرار القضائي بشأنها**، حتى انتهى الأمر إلى تقرير استقلال هذه القواعد بوصفها من قواعد القانون الدوليّ الخاص المادي ذي الأصل القضائي[٢]، التي لا يحتاج تطبيقها المباشر إلى منهاج التنازع، فعلى سبيل المثال ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢١ حزيران ١٩٥٠ [٣] إلى الاستناد إلى فكرة النظام العام لتسويغ صحة شرط الدفع بالذهب

---

[١] _ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

[٢] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٧١٦.

[٣] _ هذا الحكم صدر عن الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، ويقضي بصحة الشرط المالي الذي يتضمنه عقد القرض الدوليّ لشركة Messageries Maritimes الذي كان خاضعاً للقانون الكندي في الوقت الذي كان فيه القانون الكندي المعروف بـــ Cold Clouse Ac يحظر شرط الذهب سواء في تسوية المدفوعات الخارجية أو الداخلية، فقضت المحكمة بأنّه يمكن للأفراد الاتفاق على شرط الذهب حتى وإن كانت القاعدة الآمرة في القانون الداخلي الواجب التطبيق على العقد (وهو القانون الكندي) تحظر مثل هذا الشرط.

المدرج في عقد قرض دولي بالمخالفة لأحكام القانون المختص (القانون الكندي) الذي يقضي ببطلان هذا الشرط، حيث أكّدت المحكمة في حكمها أنّ من حق المتعاقدين في مثل هذا العقد الاتفاق على شرط الدفع بالذهب ولو كان ذلك مخالفاً للأحكام الآمرة في قانون العقد، وهذا يعني بالنتيجة، مخالفة هذه الأحكام الآمرة في القانون الداخلي ما دام القانون الفرنسي يقر صحة هذا الشرط، مطابقاً في ذلك مع المفهوم الفرنسي للنظام العام الدوليّ[١]. أي ردت المحكمة قدرة الفرقاء على الاتفاق على شرط الذهب في العقد الدولي إلى أنّ منعهم من ذلك يخالف النظام العام الدولي الفرنسي[٢].

أي أنّ هذا الحكم قد أسس وضع قاعدة مادية جديدة في القانون الدوليّ الخاص الفرنسي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدوليّة[٣].

هذا واتجهت بعض الأحكام الأخرى للقضاء الفرنسي إلى الاستناد صراحة إلى منهاج التنازع لتسويغ ما وضعته من قواعد مادية تتعلق بعقود التجارة الدوليّة، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٤ نيسان ١٩٦٤ م على حق الدولة في اللجوء للتحكيم عملاً بأحكام القانون الأجنبي

يرجى مراجعة في هذا الشأن:

ANGEL (B) et lequette (Y) , cass –civ , 21 juin 1950 – grand arrêt de la jurisprudence française de D.I.P ? 2eme éd ; 1992, p128.

[١] _ د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدوليّ بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص٣٠١.

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٣٧٣.

[٣] _ وبالتالي يعتبر من قبيل قواعد النظام العام الدوليّ المطلق (الحقيقي)، في حين أنّه يعتبر شرطاً باطلاً إذا ما ورد في عقد داخلي مما يستدعي استبعاد فكرة النظام العام النسبي.

يرجى مراجعة: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٧١٧.

المختص بمقتضى قواعد التنازع، حيث قررت أنّ الحظر المقرر في القانون الداخلي الفرنسي هو حظر يتعلق بالعقود الداخلية، لكنّ القضاء الفرنسي الحديث هجر موقفه السابق الذي حاول فيه التستر وراء منهاج التنازع ودون الالتفات إلى مضمون القانون الذي تشير قواعد التنازع باختصاصه، وهو ما يتجسد في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في ٢ أيار ١٩٦٦ م، الذي انتهت فيه إلى حق الدولة في الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية الدوليّة دون أن تستند في ذلك إلى منهاج التنازع كما فعلت سابقاً[١].

وقد كان لمحكمة النقض الفرنسية موقف أكثر وضوحاً وصراحة في حكمها الصادر في ٤ تموز ١٩٧٢(Hecht – حكم هشتو) الذي أكدت فيه على وجود قاعدة خاصة بالمعاملات الدوليّة تقضي باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وتكون واجبة التطبيق على عقود التجارة الدوليّة بصرف النظر عما يقضي به القاضي الداخلي المختص بمقتضى قواعد تنازع القوانين[٢].

وبهذه المناسبة أكّدت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها الحديثة استقلال القواعد الماديّة عن منهاج تنازع القوانين، فهي قواعد واجبة التطبيق مباشرة على النزاع ما دامت الرابطة العقدية المطروحة تتعلّق بالتجارة الدوليّة، وهذا بصرف النظر عن مضمون القانون المختص بمقتضى قواعد التنازع، وبالرغم من ملاءمة القواعد الماديّة ذات المصدر الداخلي سواء ما كان منها ذا طابع تشريعي أو قضائي للروابط العقدية الدوليّة[٣]، إلا إنّها لم تسلم من الانتقادات التي وجهت لها، على أساس أنّ قيام كل دولة بوضع قواعدها الماديّة الخاصة

---

[١] _ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

[٢] _ فارس كرم شيان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٣٣.

[٣] _ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

بهذه الروابط باسم اعتبارات الملاءمة الدوليّة، سوف يؤدي إلى توسيع رقعة الخلاف بين الأنظمة القانونيّة الداخلية في شأن الحلول واجبة الإتباع على علاقات التجارة الدوليّة، ما من شأنه أن يحول المشرّع الداخلي إلى مشرّع عالمي وهو ما يناقض في الوقت نفسه الجهود التي تسعى إليها الاتفاقات الدوليّة[١]، التي تحاول قواعد التنازع بدورها إدراكه على نحو أفضل، كما إنّ فتح الطريق أمام القضاء لوضع أسس هذه القواعد قد يؤدي إلى تقرير القواعد التي يراها مناسبة لتشريعاته الداخلية دون غيرها[٢]، وهذا ما سوف يؤدي إلى إمكانية تبني حلول قد لا تتفق ومعتقداتهم الشخصية، الأمر الذي قد يشكّل إخلالاً بتوقعات الأطراف ويجردهم بذلك من فرصة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على عقدهم[٣]، ولعلّ هذه الانتقادات هي التي دفعت إلى التفكير بشأن تدارك هذه المآخذ، من خلال البحث فيما يكفل وحدة الحلول ويحقق الأمان القانونيّ المنشود، سواء عن طريق المعاهدات الدوليّة أو نتيجة لاستقرار العادات والأعراف الدوليّة السائدة في هذا المجال.

---

[١] _ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

[٢] _ د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدوليّ بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص٣٠٣.

[٣] _ كذلك يرى بعض الفقه أنّ القواعد المادية التي يصدرها القضاء تظل عاجزة عن تحقيق أحد أهداف وطموحات أنصار هذا المنهاج، ألا وهو خلق قانون موضوعي (مادي) عام، التي تنجم من كون القاضي مقيداً في سبيل إعدادها بالظروف الخاصة بدولته ووفقاً لما تقضي به مصالحها.

يرجى مراجعة: فارس كرم شيان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٣٤.

أمّا فيما يخصّ عقود التجارة الإلكترونيّة، فإنّ القضاء قد ذهب إلى الإفراط في توفير الحماية اللازمة للمستهلك الإلكتروني، حيث نصّت أغلب القوانين، ولا سيما في دول الاتحاد الأوربي، على منح الاختصاص التشريعي لقانون موطن المستهلك أو محل إقامته، مع منحه الحق في إقامة الدعوى أمام محكمة دولة المورد أو المهني إذا كان قانونه يحقق حماية أفضل له من قانون دولته لكونه الطرف الأضعف في العقد[١].

وبعد أن انتهينا من المطلب الأول، نصل إلى المطلب الثاني، وهو بعنوان القواعد المادية ذات الأصل الدولي وعقود التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني
القواعد المادية ذات الأصل الدولي
وعقود التجارة الإلكترونية

ظهرت الحاجة أكثر لوجود قواعد ماديّة موضوعيّة ذات أصل دولي بعدما تأكد أنّ صدور القواعد المادية عن المشرّع أو القضاء الداخلي سيجعلها متأثرة إلى حد بعيد بالمصالح الوطنيّة، فالبحث عن هذه القواعد ذات الأصل الدوليّ الهدف منه الاستجابة في مضمونها للاعتبارات الدوليّة الخاصة، مما يجعلها أكثر تحقيقا للأهداف التي تسعى لإدراكها.

يعــكس التعبير عن كيفية صياغة القواعد القانونية في المجتمع الدوليّ

[١] _ د. عصام الدين القصبي، القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص١٦٢٥.

مفهوماً مثالياً مضمونه أنّ القواعد الماديّة الموحدة للمعاملات الدولية تعبّر عن مصالح جميع أعضاء الأسرة الدوليّة، ولذلك فمن اللازم على جميع الدول أن تتعاون وتتضامن فيما بينها لإرساء هذه القواعد وفقا لمبدأ المساواة في السيادة الذي يحكم العلاقات الدولية، ولن يتيسر ذلك إلا بمبادرة هذه الدول فيما بينها إلى إبرام معاهدات واتفاقيات تتضمن قواعد مادية خصيصاً لحكم الروابط العقديّة الدوليّة[١].

يُفرض علينا من هذا الجانب، التطرق لدراسة مختلف القواعد المادية التي تتسم بالنشأة الاتفاقيّة، والمتمثلة في كل من الاتفاقات الدوليّة التي لها أهمّية كبيرة في إرساء القواعد الماديّة للتجارة الدوليّة بصفة عامة، والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة، حيث إنّ للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي دور كبير في تحديد القواعد والمبادئ التي تحكم بعض جوانب عقود التجارة الإلكترونية بما فيها العقود القياسية النموذجية التي وضعتها المؤسسات الدولية والاتحادات التجارية[٢].

ومن أهم الاتفاقيات الدولية التي وضعت قواعد مادية موحدة يمكن مواءمتها لكي تكون قابلة للتطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية وخصوصاً التي تتم بين الموردين(B2B) اتفاقيات لاهاي أعوام(١٩٥٥-١٩٦٤-١٩٨٦-١٩٩٨)، واتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع(CISG)، وبشأن التجارة الإلكترونية هناك الاتفاق الصادر عن الأمم المتحدة والخاص باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.

وسنستعرض هذه الاتفاقيات على النحو التالي:

---

[١] _ فارس كرم شيان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٣٨.

[٢] _ د. بلال عدنان بدار، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٨٧.

الفرع الأول
الاتفاقيات الدولية القابلة للتطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية

ضمن هذا العنوان نتحدث عن الاتفاقيات الدولية التي تتضمن قواعد مادية ذات صبغة دولية، وضعت خصيصاً لتحكم العلاقات القانونية فيها عنصر أجنبي، وتتركز أهمّية القواعد الماديّة بهذا الخصوص التي تجد أساسها في اتفاقيات القانون الدوليّ الخاص، بسبب أهمّية هذا الميدان وحاجته لمثل تلك القواعد المنظمة لمسائله[١]، وكذلك بالنسبة للتجارة الإلكترونيّة فإنّ هذه الاتفاقيات كانت رافداً مهماً لتنظيم بعض مسائل التجارة الإلكترونيّة على الرغم من الصعوبات التي تواجه تطبيقها في البيئة الإلكترونيّة، ومن هذه القواعد ما يلي:

أولاً_ اتفاقيات لاهاي:

لقد ساهمت اتفاقية لاهاي بجولاتها الأربع(١٩٥٥، ١٩٦٤، ١٩٨٦، ١٩٩٨) في إرساء المبادئ القانونية المادية في مجالات معاملات التجارة الدولية، ويتضح ذلك من خلال المادة الأولى الفقرة ١ من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ بشأن القانون الواجب التطبيق على المبيعات الدولية للبضائع، فإنّ بنودها لا تطبق إلا على البيوع ذات الصبغة الدولية للمنقولات المادية، كما أنّ أحكام الاتفاقية يقتصر نطاق تطبيقها على الدول المتعاقدة دون غيرها، وبالتالي

[١] _ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ١٥١.

لا تتضمن سوى حلول لتنازع القوانين بصدد عقد البيع بالوصف المحدد بها، كما أنّها انصبت على المنقولات المادية دون الخدمات[١].

ويبرر جانب من الفقه هذا النهج بأنّها وإن كانت لم تورد تعريفاً محدداً لهذه الصفات، إلا إنّ سبب ذلك يرجع إلى رغبة واضعيها إلى عدم الإغراق في المفاهيم القانونية البحتة، ولكي تكون صياغتها أقرب إلى الواقع العملي للتجار[٢].

وقد حددت تلك العقود المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤[٣] بشأن القانون الموحد للمبيعات الدولية على البضائع، ونصت على أنّ:(

١_ الاتفاقية تنطبق على عقود بيع البضائع المبرمة بوساطة أطراف توجد مقار عملهم في أراضي دول مختلفة، في كل الحالات الآتية:

(أ) حينما يشتمل العقد على مبيعات بضائع يستلزم نقلها من أراضي دولة إلى أراضي دولة أخرى.

(ب) حينما تكون أفعال الإيجاب والقبول حدثت في أراضي دول مختلفة.

---

[١] _ أيت عبد الوهاب فهيمة– خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٦٨.

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٩٠.

[٣] _ اشترك في مؤتمر لاهاي ١٩٦٤م (٢٨) دولة منها (١٩) دولة من غرب أوروبا، ولم تشترك في المؤتمر سوى(٣) دول من شرق أوروبا، هي بلغاريا والمجر ويوغسلافيا، واشتركت دولة واحدة في المؤتمر من أمريكيا الجنوبية هي كولوكبيا، ودولة واحدة من آسيا هي اليابان، ودولة واحدة من أفريقيا هي مصر.

المرجع: د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠١، ص٦.

(ج) حينما يتعين تسليم البضائع في دولة أخرى غير الدولة التي تمت فيها أفعال العرض والقبول.

٢_ في حالة عدم وجود مقر عمل لأحد المتعاقدين، يتم الرجوع إلى محل إقامته.

٣_ تطبيق نصوص الاتفاقية لا يرتبط بجنسية الأطراف.

٤_ في حالة إبرام العقود بالمراسلة، فإنّ الإيجاب والقبول سوف يعتبران قد حدثا في أراضي الدولة التي أرسلت منها أو استقبلت فيها الخطابات أو البرقيات أو الاتصالات الأخرى).

ويستخلص من هذا النص أنّ اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ لا تشترط اتسام عقد بيع المنقولات المادية بالطابع الدولي، بل أجازت سريان أحكامها دون اشتراط أن تكون الدولة ذات الصلة طرفاً في الاتفاقية[١].

---

[١] _ حيث تنص المادة الرابعة من نفس الاتفاقية على أنّ:(نصوصها سوف تطبق حينما يتم اختيارها كقانون للعقود بوساطة الأطراف، سواء أكانت محل إقامتهم أو مقار عملهم في دول مختلفة أم لا وسواء أكانت هذه الدول أعضاء في اتفاقية عام ١٩٦٤ أم لا فيما يتصل بالقانون الموحد للمبيعات الدولية للبضائع على نحو لا يؤثر على تطبيق أي بنود إلزامية للقانون الواجب التطبيق إذا لم تقم الأطراف باختيار القانون الموحد).

ولم يختلف الحال كثيراً في اتفاقية لاهاي ١٩٨٦ فقد نصت المادة الأولى منها:(تحدد الاتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود مبيعات البضائع: أ_ بين أطراف توجد مقار عملهم في دول مختلفة.

ب_ في كل الحالات التي تنص على اختيار بين قوانين دول مختلفة، ما لم ينشأ الاختيار فقط من الاتفاق بوساطة الأطراف على القانون الواجب التطبيق، حتى إذا كان ذلك مصحوباً باختيار المحكمة أو التحكيم، مع الأخذ في الاعتبار، وكما جاء بديباجة اتفاقية لاهاي ١٩٨٦ أنّ الدول الأعضاء فيها رغبة منهم في توحيد قواعد اختيار القانون المتصلة بعقود المبيعات الدولية للبضائع، قد وضعوا في أذهانهم اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بعقود المبيعات الدولية للبضائع لعام ١٩٨٠).

كما تنص المادة(٣) من هذه الاتفاقية على أنّ:(أطراف عقد البيع أحرار في استبعاد تطبيق نصوصها كلياً أو جزئياً، ويمكن أن يكون هذا الاستبعاد على نحو صريح أو ضمني)، وقد حددت المادة(٨) استيفاء عدد من الشروط المهمة في عقد البيع حتى يعتد بالقانون الواجب المختار من جانب الأطراف. وهي التزامات البائع والشاري أو مشكلات ملكية البضائع المبيعة أو صلاحية العقد أو أي من شروطه أو الغرض من استخدامه، وهو نفس الحكم الذي ورد بالمادة(٧) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ التي تنص على ما يلي:

(١_ عقد المبيعات يحكم بوساطة القانون الذي يختاره الأطراف، واتفاقهم يجب أن يعبر عنه بشكل واضح أو محدد من خلال نصوص العقد.

٢_ يمكن للأطراف أن توافق في أي وقت على إخضاع العقد بأكمله أو جزء منه لقانون آخر غير القانون الذي كان يحكمه، سواء كان هذا القانون في السابق مختاراً بوساطة الأطراف أو لم يكن، بشرط ألا يمس هذا التغيير الذي يتم بعد إبرام العقد صلاحيته الرسمية أو حقوق الغير).

وفي معرض القول عن عقود التجارة الإلكترونية ومدى إمكانية تطبيق الاتفاقيات المذكورة أعلاه على هذه العقود، فإنّه من الممكن تطبيق نصوص اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ على منازعات عقود التجارة الإلكترونية التي محلها بيع المنقولات المادية(البضائع) مثل السيارات والكتب الورقية والأدوية وما إلى ذلك، سواء أكان دفع القيمة يتم بطرق إلكترونية أم بالتسليم المادي لهذه المنقولات[١].

إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

[١] _ أيت عبد الوهاب فهيمة– خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٦٩.

ونص المادة(٣) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤، والمادة(٧) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ المشار إليهما أعلاه، قابلتان للتطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية التي تتم بين الموردين(B2B)[١].

أمّا اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٨ بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري، فإنّ نطاق تطبيقها يقتصر على تلك العقود ومن أمثلتها اتفاقات الأطراف على الوساطة الإلكترونية كوسيلة لحل المنازعات"online"[٢].

ثانياً_ اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع(CISG):

تعتبر اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع من أهمّ الاتفاقيات الدولية التي تضمنت قواعد أساسية لتنظيم علاقات القانون الدولي الخاص ذي الطابع الدولي، كما أنّها اتخذت توجهاً معيناً باعتماد مجموعة قواعد مادية موحدة تقوم محل القوانين التي تتسم بالتباين بشأن عقود بيع البضائع بين أطراف تقع أماكن عملهم في دول مختلفة، بغية تجنب العقبات وإزاحة الحواجز التي تعيق تطوير التجارة الدولية وتدفقها، **وهذه الاتفاقية ما هي إلا قانون تجاري دولي موحد ينظم ثلثي التجارة في العالم**[٣].

---

[١] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٢٨١.

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٩١.

[٣] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

وقد قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(الأونسيترال) بإعداد هذه الاتفاقية، التي اعتمدها مؤتمر دبلوماسي عُقد في ١١ نيسان ١٩٨٠[١].

[١] _ أنشأ الأونسيترال مجموعة عمل تتكون من متندوبي(١٤) دولة، تمثل الاتجاهات والمذاهب السياسية والاقتصادية والقانونية المختلفة، لإعداد نصوص اتفاقية جديدة تحل محل اتفاقيتي لاهاي ١٩٦٤، واستغرقت اجتماعات مجموعة العمل تسع دورات سنوية أتمت فيها إعداد مشروعي اتفاقيتين، ففي عام ١٩٧٦ أتمت مجموعة العمل وضع مشروع اتفاقية لتحل محل اتفاقية لاهاي ١٩٦٤م بشأن البيع الدولي للبضائع، وفي عام ١٩٧٨ أتمت وضع مشروع اتفاقية أخرى لتحل محل اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ بشأن تكوين عقد البيع الدولي للبضائع، وفي حزيران عام ١٩٧٨ عرض المشروعان على لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فوافقت عليهما ولكنها قررت ضمهما معاً في مشروع واحد لاتفاقية دولية، وقد عرض هذا المشروع على الجمعية العامة للأمم المتحدة فوافقت عليه وقررت عقد مؤتمر دبلوماسي لإقراره، وعقد المؤتمر في الفترة من ١٠ آذار إلى ١١ نيسان ١٩٨٠، ووافقت الدول التي اشتركت في المؤتمر على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، وهي ٦٢ دولة، ٢٢ دولة من الدول الغربية، ١١ دولة اشتراكية، ٢٩ دولة من دول العالم الثالث.

وبدأ العمل في الاتفاقية اعتباراً من أول كانون الثاني ١٩٨٨، وهو اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء اثني عشر شهراً على تاريخ إيداع الوثيقة العاشرة من وثائق التصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام للاتفاقية، تطبيقاً لحكم المادة(١/٩٩) منها.

وإنّ الدول الإحدى عشرة الأصلية التي دخلت الاتفاقية حيز النفاذ بالنسبة لها في ١٩٨٨/١/١: الأرجنتين، وإيطاليا، **وسورية**، وزامبيا، والصين، وفرنسا، وليسوتو، ومصر، هنغاريا، والولايات المتحدة الأمريكية، ويوغسلافيا. وسميت باتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، ويطلق عليها عرفاً، اسم اتفاقية(فيينا ١٩٨٠)، وعلى النقيض من اتفاقيتي لاهاي ١٩٦٤م التي لم يشترك في وضعهما سوى عدد قليل من الدول مما أدى إلى إحجام غالبية الدول عن الانضمام إليها، فقد اشترك عدد كبير من الدول في إعداد صياغة نصوص الاتفاقية، وهذه الدول تمثل مختلف المذاهب السياسية والاقتصادية والقانونية السائدة

وتنقسم الاتفاقية إلى أربعة أجزاء، يتناول الجزء الأول نطاق تطبيق الاتفاقية وأحكاماً عامة، **أمّا الجزء الثاني فيتضمن القواعد التي تحكم تكوين عقود البيع الدولي للبضائع، ويتناول الجزء الثالث ما يترتب على العقد من حقوق والتزامات موضوعية للشاري وللبائع**، في حين يتضمن الجزء الرابع الأحكام للاتفاقية فيما يتعلق بعدد من المسائل، مثل كيفية دخول الاتفاقية حيز النفاذ وموعد ذلك، والتحفظات والإعلانات المسموح بها، وتطبيق الاتفاقية على عمليات البيع الدولية عندما يكون لكل من الدولتين المعنيتين نفس القانون المتعلق بالموضوع أو قانون مماثل.

في العالم، وقد كان لذلك أثره في قبول الاتفاقية وانضمام عدد كبير من الدول بخطى سريعة، وفي عام ٢٠٢٣م أصبح هناك ٩٥ دولة طرفاً في الاتفاقية.

ومن الجدير بالذكر أنّ **الجمهورية العربية السورية** كانت من الدول التي شاركت في الاجتماعات التي أسفرت عن توقيع الاتفاقية، **وقد انضمت إليها بتاريخ ١٩/١٠/١٩٨٢.**

وهذا ولا بد من القول أنّه يجب على كل دولة تصدق على هذه الاتفاقية أو تقبلها أو تقرها أو تنضم إليها، وتكون طرفاً في الاتفاقية، وتكون طرفاً في الاتفاقية المتعلقة بالقانون الموحد بشأن تكوين عقد البيع الدولي للبضائع المبرمة في لاهاي في ١ تموز ١٩٦٤، أو الاتفاقية المتعلقة بالقانون الموحد بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في لاهاي في ١ تموز ١٩٦٤ أو في كليهما، أن تنسحب في الوقت ذاته من اتفاقية لاهاي للبيوع لعام ١٩٦٤ أو اتفاقية لاهاي لتكوين العقود لعام ١٩٦٤ أو من كليهما، حسب الأحوال، وذلك بإخطار حكومة هولندا بما يفيد ذلك، عملاً بالمادة(٣/٩٩) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، لذلك فإنّ اتفاقيتي لاهاي تبقى نافذة بالنسبة للدول التي لم تنضم لاتفاقية فيينا ١٩٨٠.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على الموقع الإلكتروني:

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999-cisg-a.pdf

تاريخ الزيارة في ١/٩/٢٠٢٢م.

لذلك لا بد من البحث بأهم الأحكام الرئيسية والقواعد المادية التي تضمنتها اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، خاصة وأنّ الجمهورية العربية السورية منضمة لهذه الاتفاقية، حيث تتجلى بالشكل الآتي:

١_ نطاق تطبيق الاتفاقية:

يقصد بالبيع الدولي للبضائع وفق ما المادة(١) من اتفاقية فيينا، بعقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، فالعبرة إذن باختلاف أماكن العمل بين المتبايعين ووجود هذه الأماكن في دول مختلفة، ولا أهمية بعد ذلك لجنسية الأطراف، **فيعد بيعاً دولياً مثلاً في حكم هذه الاتفاقية الصفقة بين البائع السوري مقر عمله في لبنان وشاري سوري مقر عمله في العراق، بافتراض توفر الشروط الأخرى، فمع اتحاد البائع والشاري في الجنسية تكون الصفقة بينهما عقداً دولياً**، كذلك لا أهمية للصفة المدنية والتجارية لهم أو للعقد المبرم بينهما[١]، حيث نصت المادة(١) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنّ:**(١_ تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم فى دول مختلفة:**

(أ) عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة، أو

(ب) عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة).

كما نصّت الفقرة الثانية من المادة نفسها:**(٢_ لايلتفت إلى كون أماكن عمل الأطراف توجد فى دول مختلفة إذا لم يتبين ذلك من العقد أو من أي معاملات سابقة بين الأطراف، أو من المعلومات التى أدلى بها الأطراف قبل انعقاد**

[١] _ خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيبق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد(١٠)- العدد(٣٥)، ٢٠٠٨، ص٩١.

العقد أو فى وقت انعقاده)، ونصّت الفقرة الثالثة على أنّ:(٣_ **لاتؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية).**

وتبين هذه المادة القواعد العامة لتحديد ما إذا كانت الاتفاقية تنطبق على عقد بيع البضائع وعلى تكوينه، فتضع المادة(١/١) من الاتفاقية المعيار الأساسي، لانطباقها على عقد بيع البضائع، وعلى تكوينه، وهو أن توجد أماكن عمل الأطراف في دول مختلفة، ولا تُعنى هذه الاتفاقية بالقانون الذي ينظم عقود البيع أو تكوينها إذا كانت أماكن عمل الأطراف توجد في دولة واحدة، فهذه المسائل ينظمها القانون الداخلي لتلك الدولة عادة.

وأضافت الفقرتان الفرعيتان(أ_ب) من المادة(١) معايير إضافية، فعلى الرغم من أنّ أماكن عمل الأطراف قد تكون موجودة في دول مختلفة، وإنّما يلزم فضلاً عن ذلك أحد أمرين: أمّا أن تكون دولتا مكاني عمل المتبايعين(البائع والشاري) من الدول المتعاقدة، أي التي انضمت إلى الاتفاقية، أو أن تؤدي قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص للدولة التي رفع فيها النزاع إلى تعيين قانون دولة متعاقدة للتطبيق على هذا النزاع، فيطبق القاضي الذي ينظر هذا النزاع أحكام الاتفاقية مكان القانون الذي عينته قاعدة الإسناد، حتى لو كان عمل أحد المتبايعين أو حتى كل منهما في دولة أو دول غير متعاقدة[١].

فلو فرضنا على سبيل المثال أنّ كويتياً مقر عمله في الكويت، أبرم أثناء تواجده في سورية، صفقة بيع مع شاري سعودي مقر عمله في مانيلا، ولما لم ينفذ البائع التزاماته في هذه الصفقة، رفع الشاري الدعوى عليه أمام القضاء السوري، عندئذ فإنّ اتفاقية فيينا هي التي ستحكم النزاع حتى بافتراض أن كلاً من الكويت والفلبين والسعودية من الدول غير المتعاقدة أو

[١] _ خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص٩٢.

المنضمة للاتفاقية، لأنّ أحكام الاتفاقية تطبق صراحة نص المادة(١/ب) التي نصت على أنّ:(تطبق أحكام هذه الاتفاقية...: ب_ عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة)، **وقواعد القانون الدولي الخاص في سورية، وهي المرفوعة أمام محاكمها النزاع، تؤدي إلى تطبيق القانون السوري باعتبار أنّ سورية هي الدولة التي أُبرمت فيها الصفقة، وسورية من الدول المتعاقدة، الطرف في الاتفاقية**، إذ تقضي المادة(١/٢٠) من القانون المدني السوري:(يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإنّ اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه).

فإذا كانت الدولتان اللتان يوجد بهما مكاني عمل الطرفين دولتين متعاقدتين، تنطبق هذه الاتفاقية حتى وإن كانت قواعد القانون الدولي الخاص للهيئة القضائية تؤدي عادة إلى تطبيق قانون بلد ثالث، مثل قانون الدولة التي أبرم فيها العقد[١].

ومن تطبيقات القضاء التي طبقت أحكام اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بهذا الشأن القرار الصادر عن محكمة أوترخت في هولندا بتاريخ ٢٠٠٩/١/٢١، المدَّعِي في الدعوى شركة ألمانية ضد المدَّعَى عليه شركة هولندية (Quote Foodproducts BV)، حيث تم تسليم عدة طلبيات من حبوب السمسم من البائع الهولندي(المدَّعى عليه) إلى الشاري الألماني(المدَّعِي)، وحين نشأت المنازعة بين الطرفين، دفع البائع بأنَّ من شأن أحكامه وشروطه أن تنطبق على الاتفاق، واعترض على اختصاص المحكمة الهولندية في النظر في هذه القضية، فيما رأى الشاري عكس ذلك.

---

[١] _ خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص٩٣.

وقد وجدت المحكمة بعد أن افترضت مؤقتاً وجود اتفاق، وبالعودة إلى قرار المحكمة العليا الهولندية الصادر في ٢٨ كانون الثاني ٢٠٠٥، إنَّ اتفاقية البيع تنطبق على القضية، إذ أنَّها تتعلق ببيع منقولات بين طرفين يقع مكانا عمليهما في دولتين متعاقدتين على الاتفاقية[١].

وفي دعوى أخرى عن محكمة هولندية(بريدا) صدر قرار فيها بتاريخ ٢٠٠٩/١/١٦، تتلخص وقائع الدعوى بأن باع المدَّعِي اليوناني (البائع) ثمار بطيخ للمدَّعَى عليه الهولندي (الشاري) خلال الفترة من حزيران حتى آب ٢٠٠٨، ولم يدفع المدَّعَى عليه ثمنها كاملاً. ورفع المدَّعِي قضية مطالباً بالمبلغ المستحق. وبالرغم من أنَّ المدَّعَى عليه أقرَّ بأنّه مدين بمبلغ معين للمدعي، فقد أصر على عدم دفع المبلغ، مُدَّعياً أنَّ الثمار كانت معيبة وأنَّه قد شكا ذلك إلى المدَّعِي (وإنّما ليس كتابة).

وبناءً عليه، فإنَّ المدَّعَى عليه اعتبر المدَّعِي مسؤولاً عن تكاليف نقل بضاعة غير مطابقة للمواصفات وطلب أن يُحكم على البائع بتعويض هذه التكاليف.

وقرَّرت المحكمة أنَّ اتفاقية البيع تنطبق على القضية، إذ إنَّ الطرفين يقع مكانا عمليهما في دولتين طرفين في الاتفاقية، وكان العقد بينهما يتعلق ببيع منقولات غير مستثناة من نطاق اتفاقية البيع. وعملاً بنص المادة ١١ من اتفاقية البيع، فإنَّ كون العقد ليس في شكل كتابي لا يحول دون انطباق الاتفاقية. وعلى الرغم من أنَّ المدَّعَى عليه قد دفع بأنَّ اتفاقية البيع لا ينبغي

[١] _ منشور هذا القرار على الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/cisg_digest_2016_a.pdf

أن تطبَّق، رأت المحكمة أنه لم يذكر أنَّ الطرفين قد اتفقا (ضمنياً) على عدم تطبيقها، وليس ثمة أي دليل على ذلك[١].

أمّا فيما يتعلق بالعقود الإلكترونية فقد ثار خلاف بين فقهاء القارة الأوربية حول تحديد طبيعة موضوع العقود الواقعة على منتجات إلكترونية مثل: برامج التشغيل، والمؤلفات الإلكترونية أو منتجات معلوماتية، وما إذا كان موضوع هذه العقود مما يعد من البضائع"goods"، أو من قبيل الخدمات"services" ويفرق جانب منهم بين تحميل المؤلفات أو برامج التشغيل أو ما يماثلهما إلكترونياً، فيعتبرها بمثابة بضائع رقمية، تخضع في تنظيم العقود الخاصة بها لاتفاقية فيينا ١٩٨٠، وبين الخدمات الرقمية المحضة التي تؤدي على الخط، مثل: استضافة الموقع الإلكتروني، وتسجيل عنوانه التي لم تتناولها الاتفاقية فتخضع للقانون الذي يشير به قواعد الإسناد في الدولة التي ترفع الدعوى أمام محاكمها والمستقاة في دول القارة الأوروبية من تنظيم روما ١٩٨٠ المعدل في ٢٠٠٨.

والحقيقة أنّ اعتبار ما يؤدي "على الخط"، أياً كانت صورته، من قبيل البضائع سوف يواجه العديد من الصعوبات عند محاولة تطبيق مختلف الأحكام المادية التي تضمنتها الاتفاقية التي صدرت عن تصور معين للبضائع محل العقود التي تنظمها، والتزامات الأطراف، وأحكام الضمان والمسؤولية، إضافة إلى أنّ صراحة نصوصها في تحديد نطاق العقود التي تنظمها مما يستبعد هذا النوع من العقود[٢].

---

[١] _ المرجع السابق:
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/cisg_digest_2016_a.pdf

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٩٥.

وتختلف عقود البيع عن العقود المتعلقة بالخدمات في جانبين، وفقاً للمادة الثالثة من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ فعقد توريد البضائع التي ستُصنَع أو تُنتَج يُعتبر عقد بيع، إلا إذا تعهد الطرف الذي طلب البضائع بتوريد جزء هام من المواد اللازمة لصنعها أو إنتاجها، ولا تنطبق الاتفاقية عندما يتمثل الجانب الأكبر من التزامات الطرف الذي يقوم بتوريد البضائع في تقديم الأيدي العاملة أو غير ذلك من الخدمات[١].

وتتضمن الاتفاقية قائمة بأنواع البيوع المستبعدة من نطاق تطبيق الاتفاقية، إمّا بسبب غرض البيع **البضائع التي تُشترى للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي،** أو بسبب **طبيعة البيع، بيوع المزاد أو بيوع تنفيذ الحجز أو غيره أو سائر البيوع التي تتم بأمر قضائي، أو بسبب طبيعة البضائع، الأوراق المالية والأسهم وسندات الاستثمار والصكوك القابلة للتداول والنقود والسفن والمراكب والحوّامات والطائرات والكهرباء.** وفي كثير من الدول تكون بعض هذه البيوع أو كلها محكومة بقواعد خاصة تعكس طبيعتها الخاصة[٢].

---

[١] _ تنصّ المادة الثالثة من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنّ:(١_ تعتبر بيوعاً عقود التوريد التى يكون موضوعها صنع بضائع أو انتاجها إلا اذا تعهد الطرف الذى طلب البضائع بتوريد جزء هام من العناصر المادية اللازمة لصنعها أو انتاجها.

٢_ لاتطبق هذه الاتفاقية على العقود التى يتضمن الجزء الأساسي فيها التزام الطرف الذي يقوم بتوريد البضائع تقديم اليد العاملة أو غير ذلك من الخدمات).

[٢] _ تنصّ المادة الثانية من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنّ:(لاتسري أحكام هذه الاتفاقية على البيوع التالية :

(أ) البضائع التى تُشترى للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي، إلا اذا كان البائع لايعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، ولايفترض فيه أن يعلم، بأن البضائع اشتريت لاستعمالها فى أي وجه من الوجوه المذكورة.

ولا بد من الإشارة إلى **أنّ الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد لا تؤخذ في الاعتبار عند تحديد تطبيق هذه الاتفاقية** عملاً بأحكام الفقرة الثالثة من المادة(١) من الاتفاقية، وهذا النص من أهمّ مزايا اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠[١]، وذلك أنّه ما من نظرية أثارت من الناحية العملية تعقيدات كبيرة مثل نظرية الأعمال التجارية، فضلاً عن أنّها من النظريات التي لا تأخذ بها كل النظم القانونية، فثمة نظم لا تعرف التفرقة بين القانون المدني والقانون التجاري وتخضع جميع المعاملات لنظام قانوني واحد، مثل: إيطاليا وسويسرا.

ومن ناحية أخرى، فإنّ القوانين التي تأخذ بهذه التفرقة، لا تتفق مع الأساس القانوني الذي يقوم عليه القانون التجاري، فبعضها يأخذ بمعيار شخصي ويقضي بتطبيق القانون التجاري على النشاط الذي يقوم به مشروع تجاري، والبعض الأخر يأخذ بمعيار موضوعي، فالقانون التجاري يحكم الأعمال التجارية بغض النظر عن وقوعها من مشروع تجاري أو من غير تاجر، كما أنّ معيار التفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية من الأمور الخلافية في الفقه التجاري نظراً لأنّ التشريعات التجارية لا تحدد هذا المعيار عادة،

(ب) بيوع المزاد.

(ج) البيوع التى تعقب الحجز أو غيرها من البيوع التى تتم بموجب أمر من السلطة القضائية.

(د) الأوراق المالية والأوراق التجارية والنقود.

(هـ) السفن والمراكب والحوامات والطائرات.

(و) الكهرباء).

[١] _ خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مرجع سابق، ص١٠٠.

ولهذا فإنّ الاتفاقيات الدولية تقضي صراحة بعدم الاعتداد بتجارية أطراف البيع أو موضوعه حتى لا تقحم هذه الخلافات في نطاق تطبيق الاتفاقية[١].

٢_ علاقة الاتفاقية بقواعد تنازع القوانين:

إنّ قواعد اتفاقية البيع الدولي للبضائع بصفتها اتفاقية قانونية شارعة، الغاية منها أن تؤدي مباشرة إلى الحل الأساس في مجال العلاقات الخاصة الدولية، وتجنب تطبيق القوانين الوطنية تحقيقاً للتوحيد، وهو الهدف الأسمى الذي تسعى إلى بلوغه، ومع ذلك فالعلاقة بين قواعد الاتفاقية وقواعد القانون الدولي الخاص تظهر في أكثر من جانب، ومن ثمّ فإنّ الطبيعة الذاتية للاتفاقية لا تعني انفصال أحكامها بالكامل عن القوانين الوطنية، التي يتم التوصل إلى تطبيقها من خلال قواعد تنازع القوانين.

فالاتفاقية لم تنظم جميع مسائل البيع الدولي للبضائع، فهناك بيوعاً عديدة تخرج من نطاق تطبيقها، حيث تكون خاضعة لأحكام القانون الوطني الواجب التطبيق. ومن جانب آخر، فإنّ الاتفاقية لا تضع حلولاً لجميع الموضوعات المتصلة بعقد البيع الدولي، والحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد لكل من البائع والشاري، **فاتفاقية فيينا استبعدت صراحة المسائل المتعلقة بصحة عقد البيع وصحة الشروط التي يتضمنها هذا العقد**، تاركة هذا الأمر لتنظيم القوانين الوطنية[٢]، ولما كانت اتفاقية فيينا قد نظمت فقط من قواعد أحكام البيع أحكام الإيجاب والقبول، فإنّ الأركان الأخرى تخضع لأحكام القوانين الوطنية،

---

[١] _ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاريّ الداخلي والدوليّ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص٦٣.

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٩٦.

ومن ذلك قواعد الأهلية وشروط صحة الرضا وعيوبه. ومن ناحية أخرى، فإنّ الأحكام الموضوعية لصحة البيع، مثل: مشروعية محل البيع أو سببه لاتخضع لأحكام الاتفاقية، وإنّما تخضع لأحكام القوانين الوطنية، لأنّ هذه الأمور من المسائل التي تختلف من دولة إلى أخرى ومن العسير إخضاعها لقواعد محددة، إذ ما يعد مشروعاً في إحدى الدول لا يعد مشروعاً كذلك في دولة أخرى، مثل: الاتجار في الخمور، إضافة إلى القواعد الاقتصادية التي تحكم التصدير والاستيراد والرقابة عليهما تختلف أيضاً من دولة إلى أخرى، كما تختلف القوانين الوطنية التي تهدف إلى حماية المستهلك، لكل ذلك استبعدت اتفاقية فيينا أحكام صحة عقد البيع أو صحة الشروط التي يتضمنها من الخضوع لها[١].

وعلى الرغم من أنّ الاتفاقية يقتصر نطاق تطبيقها على تكوين العقد وحقوق والتزامات كل من البائع والشاري، **إلا إنّها لا تضع حلولاً لكل ما يمكن أن يعرض من منازعات بشأن الموضوعات التي شملتها**، مما يثير مشكلة تتعلق بالقواعد الواجبة التطبيق على المسائل التي أغفلت الاتفاقية علاجها على الرغم من دخولها في إطار الموضوعات التي تشملها، فالاتفاقية، مثلاً تناولت الوفاء بالثمن في المادة(٥٧/١/أ) وأوجبت على الشاري أن يفي الثمن في مكان عمل البائع، مالم يكن ملزماً بدفع الثمن في مكان آخر، ولكنها لم تتحدث عن المكان الذي يجب على البائع في حالة فسخ العقد أن يرد فيه الثمن إلى الشاري، فكيف للقاضي أو المحكم أن يحدد المكان الذي يجب على البائع أن يرد الثمن فيه إلى الشاري في حالة فسخ العقد؟ بمعنى آخر: **كيف يمكن سد النقص في نصوص الاتفاقية؟**

[١] _ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاريّ الداخلي والدوليّ، مرجع سابق، ص٧٩.

إنّ الطريقة التي بموجبها يسد النقص في نصوص الاتفاقية عن طريق تطبيق المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية أولاً، فإذا لم يجد القاضي أو المحكم ما يسعفه في المبادئ العامة، وجب عليه تطبيق القانون الوطني الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص لسد النقص في نصوص الاتفاقية[١].

وقد أخذت اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بذلك بموجب المادة(٢/٧) التي نصت على أنّ:(٢ـ **المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقاً للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ، تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص).**

ويوجب حكم المادة(٢/٧) على القاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع أن يسد النقص الموجود في الاتفاقية **بما يتفق مع المبادئ العامة التي تقوم عليها،** وهذه المبادئ يمكن استخلاصها من نصوص الاتفاقية ذاتها ومن الأعمال التحضيرية والمناقشات التي دارت خلال مراحل إعدادها، ومن ثمّ يجب على القاضي أو المحكم، في الحالات التي تكون فيها الاتفاقية واجبة التطبيق على النزاع، إذا استعصى عليه نص في الاتفاقية بسبب غموض أو نقص، أن يستجلي الغموض ويسد النقص بالرجوع إلى الاتفاقية ذاتها، فيهتدي إلى الحل في إطار المبادئ العامة التي تقوم عليها مما يؤدي إلى استقلال الاتفاقية عن التشريعات الوطنية واحتفاظها بذاتيتها.

---

[١] ـ د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص٤٩.

وقد وضعت المادة(١/٧) من الاتفاقية[١] مجموعة من المبادئ لتفسير نصوص الاتفاقية تجنباً للجوء المفسر، قاضياً كان أو محكماً أو فقيهاً، لطرائق التفسير التي تنص عليها القوانين الوطنية، ووفقاً لهذه المبادئ يجب أن يراعى في تفسير الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها بالإضافة إلى احترام حسن النية في التجارة الدولية. ومن هذا لا يعني عدم الأخذ بقواعد التفسير الوطنية، **بل أنّ هناك من المحاكم من لجأت إلى قواعد التفسير الوطنية منها قرار محكمة استئناف غراتس في النمسا** الذي جاء فيه بأنّ المدَّعي وهو إيطالي الجنسية، باع ألواحاً من الرخام موسومة(جيالو فينيسيانو) إلى المدَّعَى عليه وهو نمساوي، وزعم المدَّعَى عليه أنّ ألواح الرخام التي تم تسليمها لا تتوافق مع العقد ورفض دفع ثمن الشراء(المادة ٢٥ من اتفاقية فيينا)[٢]، وقد أرتأت محكمة الاستئناف أنّ المادة(٢/٩)[٣] من اتفاقية البيع باستثناء عدد قليل من الحالات، لا يمكن أن تفسر بأنّه تحظر الاعتماد على العادات الوطنية أو المحلية في تفسير عقد حتى وإن لم ترد أي إشارة إلى تلك

---

[١] _ تنصّ المادة(١/٧) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على:(١_ يراعى فى تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد فى تطبيقها كما يراعى ضمان احترام حسن النية فى التجارة الدولية).

[٢] _ تنصّ المادة(٢٥) من اتفاقية فيينا على أن:(تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين مخالفة جوهرية اذا تسببت فى الحاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، مالم يكن الطرف المخالف لا يتوقع مثل هذه النتيجة وما لم يكن أي شخص سوى الإدراك من نفس الصفة لا يتوقع مثل هذه النتيجة فى نفس الظروف).

[٣] _ تنصّ المادة(٢/٩) من اتفاقية فيينا على أنّه:(مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يفترض أنّ الطرفين قد طبقا ضمناً على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفاً على نطاق واسع ومراعى بانتظام فى التجارة الدولية بين الأطراف فى العقود المماثلة السارية فى نفس فرع التجارة).

العادات في نص العقد. وبناءً على ذلك، فإنّ بائعاً اشتغل بالأعمال التجارية في بلد لسنوات عديدة وأبرم، مرات عديدة، عقوداً من النوع المستخدم في تجارة معينة ملزم بأخذ العادات الوطنية في الاعتبار[١].

وهذا يعني **أنّ الاتفاقية لا تستبعد القانون الوطني من التطبيق باعتبارها وسيلة لسد النقص في نصوص الاتفاقية،** لأنّ المادة(٢/٧) من الاتفاقية سمحت بتطبيق القانون الوطني، ولكنها جعلت اللجوء إليه في أضيق الحدود، فلم تسمح للقاضي أو المحكم بتطبيقه إلا إذا لم يجد في المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية ما يغنيه، ومن ثمّ فإنّ الطبيعة الذاتية للاتفاقية لا تعني انفصال أحكامها بالكامل عن القوانين الوطنية، إذ يتعين على القاضي إذا لم تسعفه المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية أن يستكمل النقص في نصوصها عن طريق تطبيق القانون الوطني الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص[٢].

ومما يتضح أنّ علاقة الاتفاقية بقواعد القانون الدولي الخاص هي علاقة وثيقة، ذلك أنّ إكمال النقص الموجود في الاتفاقية يتم عن طريق الرجوع إلى القوانين الوطنية، وإنّ تحديد أي قانون من القوانين الوطنية إنّما يتم عن طريق الرجوع إلى قواعد الإسناد، التي تشير إلى تطبيق قانون معين على عقد البيع وقد يكون هذ القانون وطنياً وقد يكون أجنبياً[٣].

---

[١] _ قرار رقم ١٧٥، النمسا: محكمة الاستئناف– غراتس، في ٩ تشرين الثاني ١٩٩٥م.

يرجى مراجعة: خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيبق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مرجع سابق، ص١٠٥.

[٢] _ د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص٤٥.

[٣] _ خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيبق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مرجع سابق، ص١٠٦.

ومن القرارات التي لجأت إلى تطبيق مواد اتفاقية فيينا بشكل عام، ونص المادة(٢/٧) من اتفاقية فيينا بشكل خاص، نذكر منها: القرار في القضية رقم(٢٠١٦/٢٦٤٠) بتاريخ ٢٠١٩/٦/١٧م عن محكمة ترتييستي في إيطاليا، حيث تعاقدت شركة مجرية متخصصة في قطاع أحجار الزينة والبناء مع شركة إيطالية على شراء(٢٥٢) عموداً قصيراً من البازلت من النوع المسمى"الأسود الخالص"، لاستخدامها كأعمدة حاجزة.

وحدد الشاري كيفية قطع الأحجار والقياسات الدقيقة للأعمدة، كما حدد أبعاد الثقب الذي ينبغي حفره في وسط كل عمود. وقبِل الشاري الأعمدة المسلَّمة إليه وأعاد بيعها إلى شركة أخرى. وبعد تلقيه شكاوى من عميله بشأن عيوب في المواد، أقام الشاري دعوى ضد البائع للحصول على تعويضات، مدعياً أنّ الأعمدة شُرِخت بعد إدخال جذع معدني فيها لتثبيتها في الأرض وأنّها غير صالحة للاستخدام المقصود.

ورأت المحكمة أنّ اتفاقية البيع تنطبق على العقد لأنّ مكان عمل كلا الطرفين كان، وقت إبرامهما العقد، في دولتين متعاقدتين(هما إيطاليا وهنغاريا – المادة (١/١/أ) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، ولأنّ الطرفين لم يستبعدا انطباقها لا صراحةً ولا ضمناً.

وفيما يتعلق بموضوع القضية، رفضت المحكمة طلب المشتكي، معتمدة في كل مسألة من المسائل على عدد من القرارات التي صدرت عن محاكم إيطالية وأجنبية تطبيقاً لاتفاقية فيينا. فقررت، أولاً، أنّ البضائع صالحة للاستعمال في الأغراض التي تُستعمل من أجلها عادة بضائع من نفس النوع(المادة ٣٥/أ) من اتفاقية فيينا، وفي الأغراض الخاصة التي أحيط بها البائع علماً، صراحة أو

ضمناً وقت انعقاد العقد (المادة٣٥ /ب) من اتفاقية فيينا[١]، حيث إنّ الأحجار صالحة للاستعمال في الانشاءات الخارجية.

ورأت المحكمة أنّ تحليل الخبراء الذي تم في سياق الإجراءات خلص إلى وجود عيب بسيط في أحجار البازلت، ولكنه حدد تركيب الجذع المعدني واستخدام العميل الشاري للغراء باعتبارهما السبب الرئيسي للشروخ التي أصابت الأعمدة بعد ذلك. ولم يقدم الشاري من الأدلة ما يثبت أنّ البائع كان على علم بنوع وحجم الجذع المعدني الذي سيتعين تركيبه في الأحجار ولا بطريقة تركيبه. وإضافة إلى ذلك، لا يمكن للشاري، وهو شركة نشطة في هذا القطاع المهني وعلى قدرٍ من الدراية به لا يقل عن البائع، أن يدفع بأنّه اعتمد على خبرة البائع المتخصصة.

وفيما يتعلق بمسألة عب الإثبات عدم مطابقة البضائع، رأت المحكمة، آخذة في الاعتبار إحدى السوابق القضائية، أنّ عبء الإثبات مسألة تنظمها اتفاقية فيينا ولكنها لا تحسمها صراحة ومن ثمّ يتعين تسويتها وفقاً للمبادئ العامة التي أخذت بها اتفاقية فيينا المادة(٢/٧)، وحددت المحكمة مبدأً عاماً يتمثل في ضرورة أن يقدم المدّعِي أدلة تؤيد سبب الدعوى.

ويمكن أن يُستمد هذا المبدأ من جملة مواد منها المادة(١/٧٩) من اتفاقية فيينا، التي تضمنت أنّ الطرف غير المنفِّذ يجب أن يثبت الظروف التي تعفيه

---

[١] _ تنصّ المادة(٣٥) الفقرة/أ–ب/:(١_على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها ونوعيتها وأوصافها وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد. ومالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، لاتكون البضائع مطابقة لشروط العقد إلا إذا كانت:

(أ) صالحة للاستعمال فى الأغراض التى تستعمل من أجلها عادة بضائع من نفس النوع.

(ب) صالحة للاستعمال فى الأغراض الخاصة التى أحيط بها البائع علماً، صراحة أو ضمناً، وقت انعقاد العقد، إلا إذا تبين من الظروف أن المشتري يعتمد على خبرة البائع أو تقديره، أو كان من غير المعقول للمشتري أن يعتمد على ذلك).

من المسؤولية عن عدم التنفيذ، مما يؤكد ضمناً أنّ على الطرف الآخر أن يثبت وقوع عدم التنفيذ[١].

وفي القضية المنظورة، لم يقدم الشاري الأدلة التي تستوفي عبء الإثبات هذا، ورأت المحكمة أن تجهيز العميل للحجارة في وقت لاحق كان "الشرط المسبِّب" لوقوع الأضرار المتكبدة، حتى ولو كان الحجارة بها عيب بسيط أسهم في حدوث النتيجة النهائية. وبذلك، يكون الضرر، وفق المادة ٧٩ من اتفاقية فيينا، ناجماً عن عائق خارج عن إرادة البائع لا يجوز أن يُسأل عنه[٢].

ومن جانب آخر في هذه الاتفاقية، يُلاحظ أنّ المادة(٩٢) من اتفاقية فيينا نصت على حق أية دولة متعاقدة عند التوقيع أو التصديق أو الموافقة أو الانضمام للاتفاقية أن تلتزم فقط بأحد القسمين الثاني أو الثالث من هذه الاتفاقية، وكأنّ المقصود من هذا الحكم توفير الحرية اللازمة للدول للانضمام إلى أحد الموضوعين اللذين يعالجهما كل من القسم الثاني أو الثالث من الاتفاقية كما لو كان كل منهما اتفاقية مستقلة تعالج موضوعاً مستقلاً، كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقيتي لاهاي عام ١٩٦٤[٣].

ومن ثمّ، فإنّ الاقتصار على الالتزام بأحد القسمين سيشكل أيضاً نقص في الأحكام التي تنظم عقد البيع الدولي، ويكون سد هذا النقص باللجوء إلى القواعد الوطنية بعد استنفاد مراحل سد النقص المشار إليه أعلاه.

---

[١] _ تنصّ المادة(١/٧٩) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أن:(لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا أثبت أنّ عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنّه لا يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقف انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه).

[٢] _ منشور هذا القرار على الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي:
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/cisg_digest_2016_a.pdf

[٣] _ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاريّ الداخلي والدوليّ، مرجع سابق، ص٥٧.

وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة العاصمة في هنغاريا، قاضى المدَّعِي، وهو شركة سويدية، المدَّعَى عليه، وهو شركة هنغارية، مطالباً إياه بدفع ثمن بضائع سلمت، ونازع المدَّعَى عليه في أمر وجود عقد صحيح، وقد لاحظت المحكمة أنّ مقري عمل الطرفين يقعان في دولتين مختلفتين من الدول الأطراف في اتفاقية فيينا، وأنّ هاتين الدولتين كانتا قد صدقتا على الاتفاقية قبل أن يُبرم العقد بين المدَّعِي والمدَّعَى عليه، رأت أنّ الاتفاقية تنطبق على هذه الدعوى المادة(١/١/أ) والمادة(١٠٠)[١] من اتفاقية فيينا، وقد لاحظت المحكمة أيضاً أنّ السويد قبلت الاتفاقية مع التحفظ بشأن الجزء الثاني(تكوين العقد) المادة(١/٩٢)، فطبقت أحكام القانون الدولي الخاص الهنغاري فوجدت أنّ القانون السويدي منطبق فيما يتعلق بتكوين العقد، وبموجب القانون السويدي تعين أبرام العقد كتابة، ووجدت المحكمة أن العقد قد أبرم كتابة، وقد طبقت اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على سائر جوانب القضية، ورفضت دفع المدّعى عليه على اعتبار أنّ لا أساس له من الصحة وألزمت المدّعى عليه بدفع الثمن[٢].

وبالمقابل من ذلك، وعلى صعيد الأفراد أو الأطراف المتعاقدة في عقد البيع الدولي فمن الممكن استبعاد تطبيق الاتفاقية وفق نص المادة(٦) منها التي

---

[١] _ تنصّ المادة(١٠٠) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنّ:(١_ لا تنطبقُ هذه الاتفاقية على تكوين عقد ما إلا عندما يكون العرضُ بانعقاد العقد قد قُدِّم فى تاريخ بدء سريان الاتفاقية فيما يتعلَّق بالدول المتعاقدة المشار اليها فى الفقرة الفرعية(١) (أ) أو بالدول المتعاقدة المشار إليها فى الفقرة الفرعية(١) (ب) من المادة ١، أو بعد هذا التاريخ.

٢_ لاتنطبقُ هذه الاتفاقية إلا على العقود المعقودة فى تاريخ بدء سريان الاتفاقية فيما يتعلق بالدول المتعاقدة المشار إليها فى الفقرة الفرعية (١) (أ) أو الدول المتعاقدة المشار اليها فى الفقرة الفرعية (١) (ب) من المادة ١، أو بعد هذا التاريخ).

[٢] _ خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيبق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مرجع سابق، ص١٠٨.

نصت على أنّ:(يجوزُ للطرفين استبعادُ تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما، فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة ١٢، مخالفةُ نصٍّ من نصوصها أو تعديل آثاره).

وبموجب هذا النص يحق لطرفي عقد البيع الاتفاق على استبعاد تطبيق أحكام هذه الاتفاقية بالكامل ولو توافرت شروط تطبيقها، والأخذ بهذا المبدأ **يظهر بوضوح احترام مبدأ سلطان الإرادة والاعتداد بحرية المتعاقدين**، ذلك أنّ النص قرر حقهما في استبعاد تطبيق القانون الموحد على عقدهما بصورة تامة أو جزئية، أو التقليل من أثر أي حكم من أحكامها، ويتبين من ذلك بوضوح الطبيعة غير الإلزامية للاتفاقية، ويعني ما تقدم أنّ أحكام الاتفاقية لا تتعلق بالنظام العام ويجوز لطرفي عقد البيع الاتفاق على مخالفتها[١]، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار أنّ حكم المادة(١٢) من الاتفاقية يتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته، وتنص المادة المذكورة بأنّ لا يسري الحكم الذي يقرر جواز إثبات عقد البيع بأي طريق من طرق الإثبات غير الكتابة متى كان مركز أعمال أحد طرفي البيع يقع في دولة متعاقدة تأخذ بالتحفظ الوارد في المادة(٩٦) من الاتفاقية، وهو التحفظ الذي ينص بحق كل دولة متعاقدة تقضي تشريعاتها بوجوب إثبات عقد البيع بالكتابة في ألا تطبق أحكام الاتفاقية التي تقضي بجواز إثبات عقد البيع بأي طريق من طرق الإثبات غير الكتابة[٢].

---

[١] _ الأونسيترال نبذة عن السوابق القضائية المستندة إلى إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، ٢٠١٦، منشور على الموقع الإلكتروني:
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/cisg_digest_2016_a.pdf

[٢] _ خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيبق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مرجع سابق، ص١٠٩.

وهذا الاستبعاد قد يكون صريحاً من خلال اختيار قانون وطني يحكم العقد، هذا بالإضافة إلى إمكانية الاتفاق على استبعاد أحكام الاتفاقية دون النص على تطبيق قانون آخر على العقد، ويجب التمييز بين اتجاهين فيما يخص هذا النوع من الاستبعاد: الأول الاستبعاد مع بيان الطرفين القانون المنطبق على العقد، والثاني الاستبعاد دون بيان ذلك، وفي الحالات التي يتم فيها استبعاد تطبيق الاتفاقية مع بيان القانون المنطبق على العقد، يكون القانون المنطبق هو ذلك القانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص، وهذا الأمر يبين الصلة الوثيقة بين الاتفاقية وقواعد القانون الدولي الخاص، كما جاء في قرار المحكمة الفيدرالية الألمانية:(وافق بائع إيطالي، المدَّعِي، على تسليم منسوجات للأزياء إلى الشاري الألماني، المدّعى عليه، ولما كان الطرفان قد اختارا تطبيق القانون الألماني واستبعاد الاتفاقية بموجب المادة(٦) منها، فإنّ المحكمة لا تعد الاتفاقية قابلة للتطبيق)[١].

وفي قرار لمحكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية طبقت فيه اتفاقية فيينا **على الرغم من أنّ الطرفان اختارا قانون معين**، حيث جاء فيه: (إبرم الطرفان عقداً لبيع بضائع، وطعن الشاري في مطابقة البضائع للمواصفات الواردة في العقد، وقد طبقت هيئة التحكيم اتفاقية فيينا على الرغم من أنّ الفريقان اختارا القانون الفرنسي ليكون المنطبق على العقد، استناداً إلى أنّ اتفاقية فيينا سارية في فرنسا عند إبرام العقد، وأنّ العقد يتعلق بمصالح تجارية دولية نظراً لأنّ أداءه يفترض فيه نقل بضائع ومدفوعات عبر الحدود، وأنّ السلع المعينة تدخل في نطاق تطبيق اتفاقية فيينا، ولاحظت هيئة التحكيم أيضاً أن **مكان الشاري هو سورية التي هي طرفاً في الاتفاقية وقت إبرام**

---

[١] _ القضية رقم ٢٣١، المحكمة الفيدرالية الألمانية، ١٩٩٧/٧/٢٣، منشور على الموقع: http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/abstract20.htm تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٩/٥م.

العقد، ومكان البائع هو ألمانيا التي أصبحت طرفاً بعد إبرام العقد)[١]، وتبين أنّ الاتجاه السائد في القضاء إنّ تطبيق قانون دولة متعاقدة يعني تطبيق الاتفاقية ذاتها[٢].

وتسمح قواعد القانون الدولي الخاص في معظم البلدان تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف، وحين تستبعد الاتفاقية صراحة بدون بيان القانون المطبق، يحدد القانون عن طريق قواعد القانون الدولي الخاص للهئية القضائية[٣].

أمّا فيما يتعلق بالاستبعاد الضمني، تناولت عدَّة قرارات مسألة ما إذا كان يمكن استبعاد تطبيق الاتفاقية ضمناً، وتسمح العديد من المحاكم صراحة بإمكانية الاستبعاد الضمني، ما دامت نية الطرفين استبعاد تطبيق الاتفاقية واضحة وحقيقية، ورغم عدم وجود تأييد صريح لهذا الرأي في نص الاتفاقية، حيث عارضت غالبية الوفود الاقتراح المقدَّم أثناء المؤتمر الدبلوماسي بعدم السماح باستبعاد الاتفاقية كلياً أو جزئياً إلا إذا تم ذلك صراحة[٤].

---

[١] _ قرار هيئة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضير رقم ٦٦٥٣ لعام ١٩٩٣، منشور على الموقع:
http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/abstract8.htm
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٩/١٠م.

[٢] _ خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيبق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مرجع سابق، ص١١١.

[٣] _ د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص٥٥.

[٤] _ الأونسيترال نبذة عن السوابق القضائية المستندة إلى إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، ٢٠١٦، منشور على الموقع الإلكتروني:
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/cisg_digest_2016_a.pdf

كما أنّه وفقاً لبعض قرارات المحاكم ولقرار تحكيمي واحد لا يمكن استبعاد تطبيق الاتفاقية ضمنياً، على أساس أن الاتفاقية لا تنص على تلك الإمكانية إلا صراحة[١].

هذا فيما يتعلق بإمكانية استبعاد تطبيق الاتفاقية كلياً أو جزئياً، ولكن في حال أراد الطرفان في العقد البيع الدولي اختيار تطبيق الاتفاقية على الرغم من عدم توفر أي حالة أو شرط من شروط انطباقها على هذا العقد، حيث لا يوجد نص صريح على إمكانية اختيار الاتفاقية إلا أنّه يجوز لإطراف عقد البيع الدولي الاتفاق على تطبيق أحكام الاتفاقية عندما لا تتوافر شروط انطباقها، إلا أنّ هذا الأمر يتوقف على مسألة السماح للأطراف باختيار قانون ما للتطبيق على عقد البيع الدولي وفق قواعد الإسناد لقانون دولة القاضي[٢].

وهكذا يتبين، على الرغم من أهمية هذه الاتفاقية في مجال توحيد القواعد الموضوعية، إلا أنّ الركون إلى هذه المصدر وحده فيه صعوبات ناجمة عن عجزها في إيجاد حلول موضوعية موحدة، ولعل عجزها هذا أوجد الحاجة إلى قواعد تنازع القوانين وفق ما تم بيانه سابقاً، وهذا يدل على أنّ المناهج الموجودة في نطاق القانون الدولي الخاص تكمل بعضها بعضاً[٣].

---

[١] _ يُرجى مراجعة القضية رقم رقم ٤٧٤، هيئة التحكيم المعنية بالتجارة الدولية التابعة لغرفة الاتحاد الروسي للتجارة والصناعة، الاتحاد الروسي، ٢٤ كانون الثاني ٢٠٠٠م، منشور على الموقع الإلكتروني:

http://www.cisg.law.pace.edu/

[٢] _ خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيبق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مرجع سابق، ص١١٦.

[٣] _ طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٢١٠.

وبذلك تكون القواعد المادية بهذا النحو الواردة باتفاقية فيينا قابلة للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ما دام محلها بضائع مادية، دون الخدمات الأخرى، وهذا ما أكدت عليه المادة(١/٣٥) منها:(١_على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها ونوعيتها وأوصافها وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد).

كما يستفاد من تلك الفقرة أنّ محل البيع شيء مادي يتم تحديد هويته بالكم(العدد أو الوزن) والنوعية والتغليف أو التعبئة داخل أوعية أو ما شابهها مثل الحاويات، ومن ثمّ لا يتصور تطبيق اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على عقود الخدمات الإلكترونية أو الترخيص باستعمال البرامج أو المواقع وما إلى ذلك من العقود[١].

وبعد عرض اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، ننتقل لبحث اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية وفق الآتي:

الفرع الثاني
اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية

أصدرت الأمم المتحدة اتفاقية بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية بهدف التغلب على العديد من الصعاب التي واجهت انتشار

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٤٠٠.

استخدام الخطابات الإلكترونية في إبرام المعاملات، على أنّ الاتفاقية المذكورة لا تسري على مطلق استخدام الخطابات الإلكترونية، بل هناك نطاق محدد تنطبق فيه، وفيما يلي نعرض الأحكام التي تتضمنها الاتفاقية وفق الآتي:

أولاً_ الغرض من اتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية:

تولت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) إعداد اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية التي تم اعتمادها في **٢٠٠٥/١١/٢٣م**، وتم فتح باب التوقيع عليها في ١٦ كانون الثاني لعام ٢٠٠٦[١] إلى ١٦ كانون الثاني ٢٠٠٨، أمام جميع الدول ولم تكتف بذلك بل أتاحت لمنظمات التكامل الاقتصادي الإقليمية[٢] بالتوقيع على

[١] _ تم إقرارها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة الستين، البند ٧٩ من جدول الأعمال، بناءً على تقرير اللجنة السادسة(A/60/515)، وهي تتكون من خمس وعشرين مادة، لمزيد من التفصيل حول الاتفاقية، يرجى مراجعة، نصها المنشور على الرابط التالي:
https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications

[٢] _ نصّت المادة(١/١٧) من الاتفاقية:(يجوز لأي منظمة تكامل اقتصادي إقليمية، مؤلفة من دول ذات سيادة ولها اختصاص في مسائل معينة تحكمها هذه الاتفاقية أن تقوم، بالمثل، بالتوقيع على هذه الاتفاقية أو التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها أو الانضمام إليها. ويكون لمنظمة التكامل الاقتصادي الإقليمية في تلك الحالة ما للدولة المتعاقدة من حقوق وعليها ما على تلك الدولة من التزامات، ما دام لتلك المنظمة اختصاص في مسائل تحكمها هذه الاتفاقية. وحيثما يكون عدد الدول المتعاقدة ذا أهمية في هذه الاتفاقية، لا تعد منظمة التكامل الاقتصادي الإقليمية دولة متعاقدة إضافة إلى الدول الأعضاء فيها التي هي دول متعاقدة).

وبالمقابل، لم تتضمن اتفاقية الخطابات الإلكترونية تعريفاً لمنظمات التكامل الاقتصادي الإقليمية. ومع ذلك يمكن القول بأنّ مفهوم"منظمة التكامل الاقتصادي الإقليمية" يشمل على عنصرين أساسيين، وهما: تكتل الدول في منطقة معينة لتحقيق أهداف مشتركة، وإحالة

الاتفاقية[١]، **وقد بدء سريان الاتفاقية في ١ آذار عام ٢٠١٣**[٢]، حيث تسهل الاتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، عن طريق التأكد من أنّ العقود المبرمة وغيرها من الخطابات المتبادلة إلكترونية صحيحة وقابلة للتنفيذ بقدر مثيلاتها من العقود والخطابات الورقية التقليدية.

وتبدو أهمية هذه الاتفاقية نظراً لكون بعض الاتفاقيات قد تحتوي على عقبات تحول دون استخدام الخطابات الإلكترونية استخداماً واسع النطاق، مثل:

الاختصاصات المتصلة بتلك الأهداف المشتركة من أعضاء منظمة التكامل الاقتصادي الإقليمية إلى المنظمة نفسها، ومن الأمثلة عنها على سبيل المثال لا الحصر: رابطة دول جنوب شرق آسيا(آسيان)، والسوق المشتركة لدول أميركا الجنوبية(ميركوسور).

د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٢٠٩.

[١] _ إنّ التوقيع على الاتفاقية لا يكفي لنفاذها بل يلزم اتحاذ إجراء لاحق على ذلك وهو التصديق أو الإقرار أو القبول من جانب الدول أو المنظمات الموقعة، ويتم إيداع صكوك التصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة م(٤/١٦).

[٢] _ حددت المادة(١/٢٣) من الاتفاقية الحدث الذي تبدأ فيه الاتفاقية في النفاذ، حيث قررت ببدء نفاذها في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء ستة أشهر على تاريخ إيداع الصك الثالث من صكوك التصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام.

وقد بلغ عدد الدول الموقعة على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية(نيويورك، ٢٠٠٥) حتى نهاية عام ٢٠٢٢م ٢٧ دولة ، منها ثلاث دول عربية، وهي: البحرين والسعودية ولبنان، وبلغ عدد الدول الأطراف في هذه الاتفاقية(١٦) دولة، **منها دولة عربية وحيدة، وهي مملكة البحرين**، حيث أصدرت القانون رقم(١) بتاريخ ٢٠٢٠/٢/١١ بشأن الموافقة على انضمام مملكة البحرين إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.

يرجى مراجعة موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على الرابط:
https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications/status

اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (اتفاقية نيويورك)، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية البيع)، وبالتالي حرصت الأمم المتحدة على صياغة اتفاقية الخطابات الإلكترونية لتكون بمثابة معاهدة تمكينية يتمثل أثرها في تذليل تلك العقبات الرسمية من خلال تحقيق التكافؤ بين شكلي الخطابات الإلكتروني والمكتوب.

وفضلاً عن ذلك، فإنّ هذه الاتفاقية تحقّق أغراضاً إضافية تجعل استخدام الخطابات الإلكترونية في التجارة الدولية أسهل. لذلك، فإنّ القصد من الاتفاقية هو تعزيز مواءمة القواعد المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وتعزيز التوحيد في اشتراع قوانين الأونسيترال النموذجية على الصعيد الوطني فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية، وكذلك تحديث واستكمال بعض أحكام تلك القوانين النموذجية، وتزوّد الاتفاقية البلدان التي لم تعتمد بعد أحكاماً بشأن التجارة الإلكترونية بتشريعات حديثة وموحّدة ودقيقة الصياغة[١].

وجدير بالذكر أنّ لجنة الأونسيترال وعند إعدادها للاتفاقية وضعت نصب عينها مبدأين وجّها كل أعمال لجنة الأونسيترال في مجال التجارة الإلكترونية.

المبدأ الأول هو **مبدأ الحياد التكنولوجي**، الذي يعني أنّ الغرض من اتفاقية الخطابات الإلكترونية هو النص على تغطية كل الأوضاع التي من تنشأ فيها معلومات أو تخزن أو تنقل في شكل خطابات إلكترونية، بصرف النظر عن التكنولوجيا أو الواسطة المستخدمة، ولهذا الغرض فإنّ قواعد الاتفاقية قواعد حيادية، أي أنّها لا تتوقف على استخدام أنواع معينة من التكنولوجيا، أو لا

---

[١] _ الشرح عن الاتفاقية مذكور على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، على الموقع الإلكتروني:

https://uncitral.un.org/

تفترض مسبقاً استخدام هذه الأنواع، ويمكن تطبيقها إلى إرسال وتخزين جميع أنواع المعلومات[١].

والحياد التكنولوجي يتسم بأهمية خاصة، نظراً لسرعة الابتكار والتطور التكنولوجيين ويساعد على ضمان أن يكون القانون قادراً على استيعاب التطورات المستقبلية، ومن ثمّ حرصت الاتفاقية على اعتماد مصطلحات جديدة يستهدف بها تفادي أي إشارة إلى وسيلة تقنية معينة لإرسال المعلومات أو تخزينها.

ويتضمن الحياد التكنولوجي كذلك ما يعرف"بحياد الوسائط" وهي تعني تيسير وسائل الاتصال غير الورقية بتوفير معايير يمكن بمقتضاها أن تصبح هذه الوسائل مكافئات للوثائق[٢].

ويتمثل المبدأ الثاني الذي سيطر على أعمال لجنة الأونسيترال عند وضع الاتفاقية، **في التكافؤ الوظيفي** حيث تقوم الاتفاقية على الاعتراف بأنّ الاشتراطات القانونية الموجبة لاستخدام المستندات الورقية التقليدية تشكل عقبة كبيرة تعترض سبيل تطور وسائل الاتصال الحديثة، فالخطاب الإلكتروني لا يمكن اعتباره في حد ذاته مكافئاً للمستند الورقي لأنّ طابعه مختلف عن طابع المستند الورقي، فإذا كان من الممكن قراءة الوثائق الورقية بالعين البشرية، فإنّه

---

[١] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص١٩٩.

[٢] _ المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نيويورك، ٢٠٠٧، ص٢٦، متاحة على الموقع الإلكتروني:
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/06-57450_ebook.pdf

من غير الممكن قراءة الخطابات الإلكترونية بالعين البشرية إلا إذا طُبعت على ورق أو عرضت على شاشة[١].

وتعالج الاتفافية ما يمكن أن تسببه اشتراطات الشكل الداخلية أو الدولية من عوائق تعترض سبيل استخدام التجارة الإلكترونية، وذلك بتوسيع نطاق مفاهيم مثل: الكتابة والتوقيع والأصل، بغية شمول التقنيات القائمة على الحاسوب، وسعياً إلى تحقيق هذا الغرض تعتمد الاتفاقية على"نهج المكافئ الوظيفي" الذي سبق أن استخدمته الأونسيترال في القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، ويقوم نهج المكافئ الوظيفي على إجراء تحليل لأغراض ووظائف الاشتراط التقليدي الخاص باستعمال الشكل الورقي، بغية تقرير الكيفية التي يمكن بها أداء تلك الأغراض أو الوظائف من خلال تقنيات التجارة الإلكترونية[٢].

ثانياً_نطاق تطبيق اتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية:

تنطبق اتفاقية الخطابات الإلكترونية على استخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد بين أطراف تقع مقار عملها في دول مختلفة[٣].

ويتضمن تعبير"خطاب إلكتروني"، أي بيان أو إعلان أو مطلب أو إشعار أو طلب، بما في ذلك أي عرض أو قبول يتم بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية

---

[١] _ المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، المرجع السابق، ص٢٧.

[٢] _ المرجع السابق، ص٢٧.

[٣] _ نصّت المادة الأولى من اتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية على أنّ:(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 الأطرا ف أو من المعلومات التي تفصح عنها الأطراف في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه).

أو بصرية أو بوسائل مشابهة في سياق تكوين أو تنفيذ العقد. ويستخدم مصطلح "العقد" في الاتفاقية بمعناه الواسع وهو يتضمن مثلاً اتفاقات التحكيم وغيرها من الاتفاقات الملزمة قانوناً سواء أطلق عليها عادة اسم "العقود"، أو لم يطلق عليها هذا الاسم[١].

وتنطبق الاتفاقية على العقود الدولية، أي على العقود التي تبرم بين طرفين موجودين في دولتين مختلفتين، ولكن ليس من الضروري أن تكون الدولتان كلتاهما دولتين متعاقدتين في الاتفاقية، **فيكفي في هذا الصدد أن تكون إحدى الدولتين متعاقدة في الاتفاقية**، ويرجع سبب ذلك إلى الرغبة في تبسيط وتوسيع مجال انطباق الاتفاقية من الناحية العملية، وذلك من خلال السماح بتطبيقها على **العقود الدولية التي بين طرفين موجودين في دولتين مختلفتين، دون اشتراط أن تكون الدولتان على السواء دولتين متعاقدتين في الاتفاقية**[٢].

كما أنّ تطبيق الاتفاقية لا يتوقف على جنسية الأطراف المتعاقدة[٣]، وبالتالي تنطبق الاتفاقية على مواطني الدول غير المتعاقدة الذين **توجد مقار عملهم في دولة متعاقدة، وحتى في دولة غير متعاقدة ما دام القانون المنطبق على العقد هو قانون دولة متعاقدة**، كما يجوز أيضاً أن تحكم الاتفاقية عقداً بين اثنين من مواطني دولة واحدة في حالة إذا كان مقار عمل أحدهما أو محل إقامته المعتاد موجود في بلد مختلف[٤].

---

[١] _ المذكرة التفسيرية للاتفاقية، المرجع السابق، ص١٤.

[٢] _ المرجع السابق، ص٣٠.

[٣] _ نصّت المادة الأولى من الانفاقية فقرة(٣) على أن:(لا تؤخذ جنسية الأطراف .....في الاعتبار لدى تقرير انطباق الاتفاقية).

[٤] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٢٠٢.

ولا يتوقف انطباق الاتفاقية على الصفة "المدنية" أو "التجارية" للأطراف أو العقد[١]. ومن ثمّ، فإنّه لغرض تحديد نطاق تطبيق اتفاقية الخطابات الإلكترونية لا يهم ما إذا كان طرف ما تاجراً أو لا، وعلى ذلك حرصت الاتفاقية على تجنب الخلافات التي تنشأ بين ما يسمى بالنظم"المزدوجة"، التي تميز بين الصفة المدنية والتجارية للأطراف أو المعاملة، والنظم القانونية "الأحادية" التي لا تجري هذا التمييز[٢].

كما يخرج من نطاق تطبيق الاتفاقية الخطابات الإلكترونية المتبادلة فيما يتصل بالعقود المبرمة لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية[٣]، ويرجع السبب في ذلك إلى أنّ عدداً من القواعد الواردة في الاتفاقية لا يتناسب مع المستهلكين، فعلى سبيل المثال فإنّ قاعدة كتلك الواردة في الفقرة(٢) من المادة(١٠)، التي تفترض تلقي الخطاب الإلكتروني اعتباراً من اللحظة التي يصبح فيها ذلك الخطاب قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه، قد لا تكون مناسبة في سياق المعاملات التي يشارك فيها مستهلكون، لأنّه لا يمكن أن ينتظر من المستهلكين أن يطلعوا بانتظام على بريدهم الإلكتروني ولا أن يميزوا بسهولة بين الرسائل التجارية الحقيقية والرسائل التطفلية"spam"، ومن ثمّ لا ينبغي إخضاع الأفراد الذين يتصرفون لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية،

---

[١] _ نصّت المادة(٣/١) من الاتفاقية على أنّ:(لا تؤخذ ..... ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في الاعتبار لدى تقرير انطباق هذه الاتفاقية).

[٢] _ المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مرجع سابق، ص٣٢.

[٣] _ نصّت المادة(٢/١/أ) من الاتفاقية على أنّ:(لا تنطبق هذه الاتفاقية على الخطابات الإلكترونية المتعلقة بأي ما يلي: العقود المبرمة لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية).

لنفس معايير الحرص الخاصة بالمشتغلين بالأنشطة التجارية من الكيانات أو الأشخاص[١].

وجدير بالذكر أنّ **استبعاد العقود المبرمة لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية**، بمقتضى اتفاقية الخطابات الإلكترونية هو **استبعاد مطلق**، أي أنّ الاتفاقية لا تنطبق على العقود المبرمة لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية، حتى وإن لم يكن الغرض من العقد واضحاً للطرف الآخر، وهو ما يشكل اختلافاً عن نهج اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، التي وفقاً للمادة(٢/أ) منها لا تنطبق الاتفاقية على بيع البضائع التي تُشترى للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، ولا يفترض فيه أن يعلم أن البضائع اشتريت لاستعمالها في أي وجه من الوجوه المذكورة[٢].

فقد رأت لجنة الأونسيترال في حالة اتفاقية الخطابات الإلكترونية أنّ صيغة الفقرة الفرعية(أ) من المادة(٢) من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع قد تمثل إشكالية، لأنّ سهولة الاتصال التي توفرها نظم الاتصالات المفتوحة التي لم تكن متاحة وقت إعداد اتفاقية الأمم المتحدة للبيع(فيينا) لعام ١٩٨٠، مثل الإنترنت، زادت إلى حد كبير من احتمال شراء المستهلكين لبضائع من بائعين توجد مقارهم في بلد آخر[٣]، وحيث إنّ لجنة الأونسيترال قدرت عدم مناسبة بعض قواعد الاتفاقية

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٤٠٣.

[٢] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٢٠٣.

[٣] _ استفاد المستهلك كثيراً من وراء استخدام الإنترنت في التجارة الإلكترونية، ومن أمثلة ما تحقق للمستهلك من فوائد بسبب ذلك:

لمعاملات المستهلكين، ومن ثمّ حرصت على وجوب استبعاد المستهلكين كلياً من نطاق الاتفاقية[١].

إضافة إلى أنّ الاتفاقية لا تنطبق على المعاملات التي تتم في بعض الأسواق المالية الخاضعة للوائح تنظيمية معينة أو لمعايير صناعية[٢]، وقد استبعدت هذه المعاملات لأنّ قطاع الخدمات المالية يخضع فعلياً لضوابط رقابية ولمعايير صناعية محددة جيداً تتناول مسائل تتعلق بالتجارة الإلكترونية على نحو فعال من أجل تسيير عمل ذلك القطاع على الصعيد العالمي[٣]، **كما لا تنطبق الاتفاقية على الصكوك القابلة للتداول** كالكمبيالات والسندات الإذنية

التجارة الإلكترونية تتيح للمستهلك التسوق على مدار ٢٤ ساعة متواصلة، وطوال العام وفي أي مكان في العالم، وتوفر للمستهلك إمكانية الحصول على بعض السلع والخدمات في دقائق معدودة بل وفي ثواني، فمثلاً شراء كتاب إلكتروني لا يستغرق سوى وقت قصير لعملية إبرام العقد، وكذلك إنزال الكتاب على جهاز الشاري Down Load ، دون أن يتحمل المستهلك نفقات نقل أو تأمين.

محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص٢١.

[١] _ المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مرجع سابق، ص٣٤.

[٢] _ نصّت المادة(٢/١/ب) من اتفاقية الخطابات الإلكترونية على أنّ:(١_ لا تنطبق هذه الاتفاقية على الخطابات الإلكترونية المتعلقة بأي مما يلي: ب_ ١. المعاملات المتعلقة بتبادل خاضع للوائح تنظيمية؛ ٢. معاملات النقد الأجنبي؛ ٣. نظم الدفع فيما بين المصارف أو اتفاقات الدفع فيما بين المصارف، أو نظم المقاصة والتسوية المتعلقة بالأوراق المالية أو غيرها من الأصول أو الصكوك المالية؛ ٤. إحالة الحقوق الضمانية في بيع الأوراق المالية أو غيرها من الأصول أو الصكوك المالية المودعة لدى وسيط أو إقراضها أو إيداعها أو الاتفاق على إعادة شرائها).

[٣] _ المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، المرجع السابق، ص١٤.

وسندات الشحن وإيصالات المستودعات أو أي مستند قابل للإحالة أو سند يعطي لحامله أو المستفيد منه حقاً في المطالبة بتسليم بضاعة أو بدفع مبلغ من المال[١]، ويرجع ذلك إلى الصعوبة البالغة التي ينطوي عليها تكوين مكافئ إلكتروني للصكوك الورقية القابلة للتبادل، الأمر الذي يستدعي استحداث قواعد خاصة بشأنه[٢].

وباستثناء المسائل التي تخرج عن نطاق تطبيق الاتفاقية على النحو المذكور، **فقد حرصت الاتفاقية على توسيع نطاق تطبيقها وذلك بالنص على انطباقها على استخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد تسري عليه أي من الاتفاقيات الدولية التالية، التي تكون الدولة متعاقدة في اتفاقية الخطابات الإلكترونية أو قد تصبح دولة متعاقدة فيها:**

١_ اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها(نيويورك، حزيران ١٩٥٨).

٢_ اتفاقية فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع(نيويورك، ١٤ حزيران ١٩٧٤) والبروتوكول الملحق بها(فيينا، نيسان ١٩٨٠).

٣_ اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع(فيينا، ١١ نيسان ١٩٨٠).

٤_ اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمسؤولية متعهدي خدمات المحطات النهائية للنقل في التجارة الدولية(فيينا، ١٩ نيسان ١٩٩١).

---

[١] _ نصّت المادة(٢/٢) من الاتفاقية على أنّ:(٢_ لا تنطبق هذه الاتفاقية على السفاتج (الكمبيالات) أو السندات الاذنية أو بيانات الشحن أو سندات الشحن أو إيصالات المستودعات أو أي مستند قابل للإحالة أو صك يعطي حامله أو المستفيد منه حقاً في المطالبة بتسليم بضاعة أو بدفع مبلغ من المال).

[٢] _ المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، المرجع السابق، ص١٤.

٥_ اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة (نيويورك، ١١ كانون الأول ١٩٩٥).

٦_ اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية(نيويورك، ١٢ كانون الأول ٢٠٠١)[١].

وقد حرصت الاتفاقية بالنص على انطباق أحكامها كذلك على استخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد يسري عليه أي اتفاقات أو معاهدات أو اتفاقيات دولية أخرى غير المذكورة آنفاً[٢]، دون حاجة إلى قيام الدولة المتعاقدة بإصدار إعلانات عديدة باختيار الانطباق، ولكن عجز الفقرة(٢) من المادة(٢٠) سمحت لأي دولة متعاقدة أن تستبعد توسيع نطاق تطبيق الاتفاقية على هذا النحو، ومرجع ذلك هو القضاء على دواعي القلق لدى دول قد ترغب في أن تتأكد أولاً، مما إذا كانت الأحكام الواردة في الاتفاقية متوافقة مع التزاماتها الدولية القائمة[٣].

هذا وقد أجازت الاتفاقية إمكانية تغيير أحكامها إمّا باتفاقات ثنائية وإمّا باتفاقات متعددة الأطراف تبرم بين الأطراف بوساطة قواعد النظام التي يتفق عليها الأطراف[٤]، واستبعاد أحكام الاتفاقية يمكن أن يتم بشكل صريح كما يمكن

---

[١] _ المادة(١/٢٠) من الاتفاقية.

[٢] _ المادة(٢/٢٠) من الاتفاقية.

[٣] _ المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، المرجع السابق، ص٩٤.

[٤] _ نصّت المادة الثالثة من الاتفاقية على أن:(يجوز للأطراف استبعاد سريان هذه الاتفاقية أو الخروج عن أي من أحكامها أو تغيير مفعوله).

أن يتم بشكل ضمني، كما لو اتفق الأطراف مثلاً على شروط تعاقد تختلف عن أحكام الاتفاقية[١].

ثالثاً_ ماهية الخطابات الإلكترونية:

لبيان ماهية الخطابات الإلكترونية، لا بد من تعريف الخطابات الإلكترونية وفق ما ورد في الاتفاقية، وبيان شكل هذه الخطابات والاعتراف بها وفق الآتي:

١_ تعريف الخطابات الإلكترونية:

وردت في اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية تعريفات لمصطلحات كثيرة:

فالخطاب وفقاً لهذه الاتفاقية هو:(**أي بيان أو إعلان أو مطلب أو إشعار أو طلب بما في ذلك أي عرض أو قبول عرض، يتعين على الأطراف توجيهه أو تختار توجيهه في سياق تكوين العقد أو تنفيذه)**[٢].

ومصطلح الخطاب ليس بجديد على البيئة القانونية فهناك ما يسمى **بخطاب النوايا** الذي هو محل خلاف حول الاعتراف بقيمته القانونية في الأنظمة المختلفة[٣]، ويحسب لهذه الاتفاقية أنّها حددت المقصود بالخطاب. ومن ثمّ، فإنّ

---

[١] _ المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، المرجع السابق، ص٣٧.

[٢] _ المادة(٤/أ) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.

[٣] _ إنّ مصطلح خطاب النوايا مأخوذ من الفقه الأنجلو أمريكي، إذ أوجدته الأوساط التجارية والاقتصادية، ويذهب جانب من الفقه إلى القول بأنّ هذا الخطاب ليس له قيمة قانونية سواء في نظم القانون العام أم نظم القانون الخاص، فالقانون الانجليزي حسب قول هذا الجانب من الفقه لا يعتد بالقيمة القانونية لخطاب النوايا، إذ لا يوجد ما يسمى بعقد التفاوض فهو

هذا الأمر يساعد في تعريف خطابات النوايا كونه من المراحل الأولى لتكوين العقد بأنّه: أي بيان أو إعلان أو مطلب أو إشعار بطلب، بما في ذلك أي عرض أو قبول، يختار الأطراف توجيهه في سياق تكوين عقد.

ويحسب لهذه الاتفاقية أنّها جعلت لخطابات النوايا قيمة قانونية لم تكن لها من قبل، إذا أنّه غالباً ما يتم تبادل تلك الخطابات في صورة خطابات إلكترونية توجه برسالة بيانات، إذ بينت الاتفاقية أنّه لا يجوز إنكار صحة الخطاب الإلكتروني لمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني[١].

وبذلك تكون الاتفاقية قد حلت إشكالية قانونية قائمة في الحقل القانوني، وهي خطابات النوايا، **لما أسبغته من قيمة قانونية عليها متى كانت في شكل خطاب إلكتروني،** وهذا سيكون الغالب الأعظم في نطاق إبرام العقود الدولية[٢].

والخطاب الإلكتروني بموجب الاتفاقية هو أي خطاب توجهه الأطراف بوساطة رسائل بيانات، ورسائل البيانات هي المعلومات المنشأة، أو المرسلة، أو المتلقاة، أو المخزنة بوسائل إلكترونية، أو مغناطيسية، أو بصرية، أو

عقد احتمالي يلحقه البطلان، وجرى القضاء الإنكليزي على عدم الاعتراف بالمسؤولية قبل التعاقدية وكل ما يدور أثناء المفاوضات وقبل التوصل إلى اتفاق حقيقي، وكل الوثائق ومنها خطابات النوايا يكون خارج دائرة القانون، كذلك الأمر في القانون الأمريكي، إذ ترفض المحاكم الأمريكية الاعتراف بعقد التفاوض ومن ثمّ خطاب النوايا.

د. خليل إبراهيم محمد – د. ريا سامي سعيد، القانون الواجب التطبيق على الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد(١٩)– العدد(٦٧)، ٢٠١٩، ص٦.

[١] _ نصّت المادة(١/٨) من الاتفاقية:(لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني).

[٢] _ د. خليل إبراهيم محمد– د. ريا سامي سعيد، القانون الواجب التطبيق على الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مرجع سابق، ص٧.

بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ الورقي[١].

والهدف من تعريف رسالة البيانات هو أن يشمل جميع أنواع الرسائل الواردة في شكل غير ورقي، وأنّ عبارة "بوسائل مشابهة" الواردة في تعريف رسائل البيانات تعني أنّ الاتفاقية لا تنطبق فقط على تقنيات الاتصال القائمة، **بل تستوعب التقنيات المستقبلية المتوقعة**، وتلك الأمثلة الواردة في تعريف رسائل البيانات توضح أنّ هذا التعريف لا يعني البريد الإلكتروني فقط، ولكن يشمل تقنيات أخرى وإن كان بعضها مثل التلكس أو النسخ البرقي، لا يبدو جديداً، ولأغراض توضيحية تم الاحتفاظ في تعريف رسالة البيانات بالإشارة إلى التبادل الإلكتروني، وذلك نظراً لاتساع نطاق استخدام رسائل التبادل الإلكتروني للبيانات في الخطابات الإلكترونية التي توجه من حاسوب إلى حاسوب[٢].

وهذا التعريف لرسالة البيانات يركز على المعلومات ذاتها، وليس على الشكل الذي ترسل به، وبالتالي لأغراض الاتفاقية لا يهم فيما إذا كانت رسائل البيانات ترسل إلكترونياً من حاسوب إلى حاسوب، أو إذا كانت رسائل البيانات ترسل برسائل لا تنطوي على نظم اتصالات سلكية أو لا سلكية، مثل أقراص مغنطيسية محتوية على رسائل بيانات تسلم إلى المرسل إليه بالبريد[٣].

وعادة ما يتم التعامل برسائل البيانات هذه بين المنشئ والمرسل لهذه الرسائل، لذلك بينت الاتفاقية المقصود بالمنشئ والمرسل إليه، فيقصد بتعبير منشئ الخطاب الإلكتروني بأنّه الطرف الذي أرسل الخطاب الإلكتروني، أو

---

[١] _ المادة(٤/ج) من الاتفاقية.

[٢] _ د. وائل حمدي احمد، الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، بلا دار نشر، ٢٠٠٩، ص٧٠.

[٣] _ د. خليل إبراهيم محمد– د. ريا سامي سعيد، القانون الواجب التطبيق على الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مرجع سابق، ص٩.

أنشأه قبل تخزينه، إن حدث تخزين، أو من قام بذلك نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الطرف الذي يتوسط فيما يخص ذلك الخطاب الإلكتروني[١].

أمّا المرسل إليه فيما يتعلق بالخطاب الإلكتروني، فهو الطرف الذي يريده المنشئ أن يتلقى الخطاب الإلكتروني، ولكنه لا يشمل الطرف الذي يتصرف كوسيط فيما يخص ذلك الخطاب الإلكتروني[٢].

وينصب تركيز الاتفاقية على العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه وليس على العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه وأي وسيط، وعدم الإشارة صراحة إلى الوسطاء في الاتفاقية، مثل: الخواديم أو مضيفي المواقع على الشبكة، لا يعني أنّ الاتفاقية تتجاهل دورهم في تلقي رسائل البيانات، أو إرسالها، أو تخزينها نيابة عن شخص آخر، أو أداء غير ذلك من الخدمات ذات القيمة المضافة مثلما يحدث عندما يكون مشغلو الشبكات وغيرهم من الوسطاء بإعداد صيغة الخطابات الإلكترونية، أو ترجمتها، أو تسجيلها، أو توثيقها، أو حفظها، أو تقديمه خدمات أمنية للمعاملات الإلكترونية، إلا أنّ الاتفاقية، لا تتناول حقوق الوسطاء والتزاماتهم[٣].

والنطاق الذي ترسل من خلاله رسائل البيانات يسمى نظام المعلومات، ولم تغفل الاتفاقية تعريف هذا النظام فهو نظام لإنشاء رسائل البيانات، أو إرسالها، أو تلقيها، أو تخزينها، أو معالجتها على نحو آخر[٤]. ومن الممكن حسب الحالة الواقعية أن يشير مفهوم نظام المعلومات إلى شبكة الاتصالات، وفي حالة أخرى إلى صندوق بريد الإلكتروني، أو حتى إلى ناسخ برقي، ولأغراض

---

[١] – المادة(٤/د) من الاتفاقية.

[٢] – المادة(٤/هـ) من الاتفاقية.

[٣] _ د. وائل حمدي احمد، الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مرجع سابق، ص٧١.

[٤] – المادة(٤/و) من الاتفاقية.

الاتفاقية لا يهم إذا كان نظام المعلومات يقع في مكان المرسل إليه أو في أماكن أخرى، إذ أنّ موقع نظم المعلومات ليس معياراً حاسماً في الاتفاقية[١].

ولم تغفل الاتفاقية تعريف نظام الرسائل الآلي الذي بموجبه يتم تنفيذ رسائل البيانات، فهو بموجب الاتفاقية برنامج حاسوبي، أو وسيلة إلكترونية، أو وسيلة آلية أخرى تستخدم لاستهلال إجراء ما، أو الاستجابة كلياً أو جزئياً لرسائل بيانات، أو لعمليات تنفيذها دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما[٢].

فيشير نظام الرسائل الآلي إلى نظام للتفاوض على العقود وإبرامها بوسائل آلية، دون أن يشارك في أحد طرفي سلسلة التفاوض على الأقل أي شخص، وهو يختلف عن نظام المعلومات في أنّ استخدامه الأساسي هو تيسير التبادلات المفضية إلى تكوين العقد.

وقد يكون نظام الرسائل الآلي جزءاً من نظام المعلومات، ولكن ليس من الضروري أن يكون الأمر كذلك. والعنصر الحاسم في هذا التعريف هو عدم وجود فاعل بشري في أحد جانبي المعاملة أو جانبيها أو كليهما، وعلى سبيل المثال: تكون المعاملة آلية إذا طلب طرف بضائع عن طريق موقع شبكي لأنّ البائع يتلقى الطلب ويؤكد استلامه عن طريق آلته. وبالمثل، فإنّه إذا تعامل مصنع ومورده من خلال التبادل الإلكتروني للبيانات، يرسل حاسوب المصنع، عند تلقي معلومات في نطاق بارامترات معينة مبرمجة سلفاً طلب توريد إلكترونياً إلى حاسوب المورد. وإذا أكد حاسوب المورد استلام طلب التوريد وباشر تجهيز الشحنة لأنّ طلب التوريد يدخل في نطاق بارامترات مبرمجة سلفاً

---

[١] _ د. خليل إبراهيم محمد– د. ريا سامي سعيد، القانون الواجب التطبيق على الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مرجع سابق، ص١٠.

[٢] – المادة(٤/ز) من الاتفاقية.

في حاسوب المورد، فإنّ هذه المعاملة تعد معاملة آلية تماماً[١]. وإذا كان المورد يعتمد، بدلاً من ذلك، على موظف لمراجعة طلب المصنع وقبوله وتجهيزه فعندئذ يكون الجانب الخاص بالمصنع في المعاملة هو فقط الجانب الآلي، وفي أي من الحالتين تندرج المعاملة كلها في نطاق التعريف[٢].

٢_ شكل الخطاب الإلكتروني والاعتراف به:

أ_ شكل الخطاب الإلكتروني:

بينت المادة(٩) من الاتفاقية اشتراطات شكل الخطاب الإلكتروني، فليس في هذه الاتفاقية ما يشترط إنشاء الخطاب، أو تكوين العقد، أو إثباتهما في أي شكل معين وفق الفقرة(١) من المادة التاسعة من الاتفاقية. وإذا كان هناك قوانين لها اشتراطات على الشكل **لا يعني ذلك أن اتفاقية الخطاب الإلكترونية نفسها تفرض أي اشتراط للشكل.**

وتبين المذكرة الإيضاحية للاتفاقية أنّ المادة(٩) منها تعيد التأكيد على القواعد الأساسية الواردة في المواد(٦و٧و٨) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية فيما يتعلق بمعايير التكافؤ الوظيفي بين الخطابات الإلكترونية والمستندات الورقية، بما في ذلك المستندات الورقية الأصلية، وكذلك بين التوثيق الإلكتروني والتوقيعات الخطية، إلا أنّ الاتفاقية وخلافاً للقانون النموذجي لا تتناول الاحتفاظ بالسجلات، لأنّ هذه المسألة اعتبرت أوثق صلة بقواعد الإثبات وبالمتطلبات الإدارية منها بتكوين العقود وتنفيذها[٣].

---

[١] – د. وائل حمدي احمد، الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مرجع سابق، ص٧٢.

[٢] _ المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مرجع سابق، ص٤٠.

[٣] _ المرجع السابق، ص١٥.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المادة(٩) ترسي المعايير الدنيا اللازمة لاستيفاء اشتراطات الشكل، التي يمكن توافرها بمقتضى القانون المنطبق. حيث توضح الفقرة(٤-٥) من المادة(٩) من الاتفاقية مفهوم الكتابة، والأصل وأهميتها في الإثبات، فهنالك وثائق تجارية يجب أن تكون أصلية كشهادات التأمين، وشهادات النوع، وشهادات الكمية، إذ أنّها لا تقبل إلا إذا كانت أصلية، حتى يكون للأطراف الثقة في محتواها. وإنّ اشتراط أن تكون هذه المستندات ورقية لكي يعتد بها كأنها الأصل، هو أمر من شأنه أن يعيق التجارة الإلكترونية، لذلك فقد أجازت الاتفاقية أن تقوم الخطابات الإلكترونية بدور المكافئ الوظيفي لأصل المستندات بشروط معينة تعد هي الشكل الأدنى الذي يجب توافره في الخطاب الإلكتروني، بمعنى أنّ عدم توافرها يفقد الخطاب الإلكتروني قيمته، فكلاً من الفقرتين المشار إليهما أعلاه تؤكدان على أهمية سلامة المعلومات بالنسبة لأصلها، وتضعان- عندما تشيران إلى التسجيل المنتظم للمعلومات، وإلى ضمان تسجيلها من دون نقائص، وإلى حماية البيانات من التغيير- معايير تراعى في تقييم السلامة. وتربط الفقرتان مفهوم الأصلية بأسلوب من أساليب التوثيق، وتركزان على أسلوب التوثيق الذي ينبغي أن يتوفر من أجل الوفاء بالشرط، كما أنّها تستند إلى العناصر التالية: معيار بسيط بشأن سلامة البيانات، ووصف للعناصر التي ينبغي أن تراعى في تقييم السلامة، وعناصر للمرونة في شكل إشارة إلى الظروف المحيطة، ويجب الإشارة أنّ الحكم يقصد منه أن يتناول الحالة التي تصاغ فيها المعلومات أولاً في شكل مستند ورقي لتنقل بها بعد ذلك إلى الحاسوب[١].

[١] _ د. خليل إبراهيم محمد- د. ريا سامي سعيد، القانون الواجب التطبيق على الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مرجع سابق، ص١٥.

وتتضمن الفقرة(٥) من المادة(٩) من الاتفاقية معايير سلامة الخطابات الإلكترونية، والإضافات اللازمة للخطاب الإلكتروني مثل المصادقة والتوثيق والتصديق، إذ انّها لا تؤثر في سلامة الخطابات الإلكتروني ما دام ظل دون تحوير أو تغيير. فعندما تضاف شهادة إلكترونية في آخر الخطاب الأصلي للتصديق على أصليته، أو عندما تقوم النظم الحاسوبية آلياً بإضافة بيانات في بداية الخطاب ونهايته لإرساله، فمثل هذه الإضافات تعد بمثابة ورق تكميلي مع ورق أصلي، أو بمثابة مظروف أو طابع، استخدما في إرسال الخطاب[١].

ب_ الاعتراف بالخطاب الإلكتروني:

تنصّ المادة(٨) من الاتفاقية وتحت عنوان الاعتراف القانوني بالخطابات الإلكترونية على أنّه:(١_ لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني.

٢ _ ليس في هذه الاتفاقية ما يلزم أي طرف باستخدام الخطابات الإلكترونية أو قبولها، ولكن يجوز الاستدلال على موافقة الطرف على ذلك من سلوك ذلك الطرف).

وتشير المذكرة التفسيرية للاتفاقية أنّ اتفاقية الخطابات الإلكترونية تؤكد في المادة(٨) على المبدأ الوارد في المادة(١١) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وهو أنّه لا يجوز إنكار صحة العقود أو قابليتها للإنفاذ لمجرد أنّها ناتجة عن تبادل خطابات إلكترونية، ولا تحاول الاتفاقية تحديد الوقت التي تصبح فيه العروض أو قبولها نافذة المفعول لأغراض تكوين العقد[٢].

---

[١] _ د. خليل إبراهيم محمد– د. ريا سامي سعيد، المرجع السابق، ص١٦.

[٢] _ المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مرجع سابق، ص١٥.

وتسلم المادة(١٢) من الاتفاقية[١] بجواز تكوين العقود نتيجة الأفعال قامت بها نظم رسائل آلية(وكلاء إلكترونيون) حتى وأن لم يقم أي شخص طبيعي بمراجعة كل من الأفعال المنفردة التي قامت بها تلك النظم، أو بمراجعة العقد الناتج عن تلك الأفعال، ولكن المادة(١١) من الاتفاقية[٢] توضح أنّ مجرد عرض طرف ما تطبيقات تفاعلية لتقديم الطلبيات، سواء كان النظام الذي يستخدمه آلياً بالكامل أم لا، لا ينشئ الافتراض بأنّ الطرف ينوي الالتزام بالطلبيات المقدمة باستخدام ذلك النظام[٣].

ومن التطبيقات القضائية لنصوص اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، بما في ذلك نص المادتين(٨-٩)، القرار الصادر عن المحكمة العليا لغربي أستراليا بتاريخ ٢٠٢٠/٦/١١م، حيث تتناول القضية مسألة ما إذا كان بالإمكان اعتبار البريد الإكتروني إشعاراً كتابياً على النحو المشترط في الإشعار المطلوب في ظل عقود الإيجار، وما إذا كان الموافقة قد مُنحت على استخدام الخطابات الإلكترونية.

---

[١] _ تنصّ المادة(١٢) من الاتفاقية:(لا يجوز إنكار صحة أو إمكانية إنفاذ العقد الذي يكون بالتفاعل بين نظام رسائل آلي وشخص طبيعي، أو بالتفاعل بين نظامي رسائل آليين، لمجرد عدم مراجعة شخص طبيعي كلاً من الأفعال التي قامت بها نظم الرسائل الآلية أو العقد الناتج عن تلك الأفعال أو تدخله فيها).

[٢] _ تنصّ المادة(١١) من الاتفاقية:(أي اقتراح يقدم لإبرام عقد بوساطة خطاب إلكتروني واحد أو أكثر ولا يكون موجهاً إلى طرف معين واحد أو أكثر، بل يتيسر الاطلاع عليه للأطراف التي تستخدم نظم المعلومات، بما في ذلك الاقتراحات التي تستخدم تطبيقات تفاعلية لتقديم طلبات من خلال نظم معلومات من ذلك القبيل، يعتبر مجرد دعوة إلى تقديم عروض، ما لم يدل بوضوح على أن مقدم الاقتراح ينوي الالتزام به في حال قبوله).

[٣] _ د. خليل إبراهيم محمد- د. ريا سامي سعيد، القانون الواجب التطبيق على الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مرجع سابق، ص١٧.

في كانون الأول ٢٠١٨م، أبرم المدَّعِي عقد إيجار لممتلكات، ونص البند ٢٦ من اتفاق الإيجار على ضرورة أن تكون جميع الإشعارات، أو الطلبات، أو المطالبات، أو إقرارات القبول أو الموافقة، أو الاتفاقات أو الاتصالات الأخرى بين الطرفين كتابية وموقعة، على أنّه يجوز أن تُسلم شخصياً أو بالبريد أو أن تُرسل بالفاكس، وورد عنوانا البريد الإلكتروني للطرفين في عقد الإيجار، دون إيراد أرقام الفاكس. وتراسَل الطرفان عن طريق البريد الإلكتروني، لا الفاكس.

وكان عقد الإيجار يتضمن خياراً لتجديد الإيجار، تتعين ممارسته في الفترة من ١ تموز ٢٠١٩ إلى ٣٠ أيلول ٢٠١٩، وفي ٣٠ أيلول ٢٠١٩، مارس المدَّعِي حسب قوله هذه الخيار بإرسال بريد إلكتروني إلى المدَّعَى عليه، وتلقى المدَّعَى عليه البريد الإلكتروني، غير أنّه طعن في صحة ممارسة الخيار، وزعم المدَّعَى عليه أن الخيار يجب أن يمارس كتابة أو بالفاكس.

واستشهدت المحكمة بقانون المعاملات الإلكترونية لعام ٢٠١١(غرب أستراليا)، وتحديداً بالمادة(١/٨) منه التي تستند إلى المادة(٥) من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية[١] والمادة(١/٨) من اتفاقية الخطابات الإلكترونية، وبالمادة(١/٩) منه التي تستند إلى المادة(٦) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية[٢] والمادة (١/٩) من اتفاقية الخطابات الإلكترونية.

---

[١] _ تنصّ المادة(٥) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على أنّه:(لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات).

[٢] _ تنصّ المادة(٦) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على أنّه:(١_عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً. ٢_ تسري أحكام الفقرة(١) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتُفي في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة).

وأشارت المحكمة إلى عدة قضايا في معرض تحديدها" ما إذا كانت الشروط التي يمكن في ظلها ممارسة الخيار ينبغي أن تُفسر تفسيراً ضيقاً أم فضفاضاً".

ودفع المدَّعِي بأنّ عقد الإيجار لا ينص إلا على أن يكون الإشعار كتابةً بإحدى صورتين: رسالة أو فاكس. غير أنّ المحكمة ذكرت أنّ البند لا ينص على أن تسليم الإشعار"يجب أن يتم بالبريد أو الفاكس"، ملاحظةً أنّ البند المذكور لا يستبعد التواصل بالبريد الإلكتروني.

وفيما يتعلق بـ"الموافقة"، دفع المدَّعِي بأنّ الموافقة على توجيه الإشعار بالبريد الإلكتروني يمكن الاستدلال عليها ضمناً، حيث إنّ الطرفين تواصلا ٧٩ مرة بالبريد الإلكتروني ولم يمانع المدَّعَى عليه في ذلك، كما أنّ عنوان البريد الإلكتروني لكلا الطرفين يرد في عقد الإيجار. ودفع المدَّعَى عليه بأنّ الاتصالات التي تمت عبر البريد الإلكتروني كانت تتعلق بمسائل" لا أهمية كبيرة لها" وبأنّ إضافة عنوان بريد إلكتروني لا يشكل موافقة على تسليم الإشعارات عن طريق البريد الإلكتروني، وقد قبلت المحكمة دفع المدَّعِي.

واعتبرت المحكمة توافق نية الطرفين المتعاقدين على ضرورة أن يقوم"المدَّعِي بإخطار المدَّعَى عليه، قبل ثلاثة أشهر على الأقل من انتهاء عقد الإيجار"، بأنّه يعتزم ممارسة الخيار"المتاح له أمراً مهماً". وذكرت المحكمة أنّ البريد الإلكتروني" بين بوضوح وبشكل لا لبس فيه أنّ المدَّعِي انتوى ممارسة الخيار"وأنّ المدَّعَى عليه تسلم البريد الإلكتروني في اليوم الذي أُرسل فيه.

وبذلك يكون الغرض المحدد لبند الخيار قد تحقق. واشتراط التقيد الصارم ببنود الاتفاق المتعلق بالخيار والإدعاء بأنّه لم يتم قبول غيرها أمر" من شأنه أن يتعارض تماماً مع واقع الحال على الصعيد التجاري".

وأمرت المحكمة بأن يُعلن أنّ المدَّعِي مارس الخيار المتاح له بصورة سليمة عن طريق البريد الإلكتروني[١].

رابعاً_ علاقة الاتفاقية بقواعد الإسناد:

تطبق الاتفاقية في حال اختيار طرفي العلاقة التعاقدية تطبيقها باعتبارها القانون الواجب التطبيق على العقد، كما يتصور أن تنطبق الاتفاقية عندما يكون قانون دولة متعاقدة هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية بين الأطراف طبقاً لقواعد القانون الدولي الخاص في دولة المحكمة المطروح عليها النزاع، إذا لم تكن الأطراف قد اختارت القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم، وبهذا إذا لجأ طرف ما إلى محكمة دولة غير متعاقدة، رجعت تلك المحكمة إلى قواعد القانون الدولي الخاص بها، **فإذا أشارت تلك القواعد إلى اختصاص قانون دولة متعاقدة في الاتفاقية ففي هذه الحالة تطبق الاتفاقية من خلال قاعدة الإسناد بالرغم من أنّ الدولة المطروح أمامها النزاع ليست طرفاً في الاتفاقية**، وبالمثل في حالة لجوء الأطراف إلى محكمة دولة متعاقدة في الاتفاقية وأشارت قاعدة الإسناد في هذه الدولة إلى اختصاص قانون دولة المحكمة أو قانون دولة أخرى طرف في الاتفاقية، ففي مثل هذه الحالات تنطبق الاتفاقية كذلك[٢].

وعلى ذلك لن تطبق محكمة دولة غير متعاقدة أحكام الاتفاقية إلا عندما تشير قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص لديها على انطباق قانون دولة

---

[١] _ النص متاح على الرابط التالي: http://www.austlii.edu.au/

[٢] _ المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مرجع سابق، ص٣١.

متعاقدة، وفي هذه الحالة تنطبق الاتفاقية كجزء من النظام القانوني لتلك الدولة الأجنبية[١].

ويتعين الملاحظة أنّه يمكن تصور تطبيق اتفاقية الخطابات الإلكترونية إذا كان مقر عمل الطرفين المتبادلين خطابات إلكترونية واقعين في دولتين مختلفتين، حتى لو لم تكن هاتان الدولتان دولتين متعاقدتين في الاتفاقية، ما دام قانون دولة متعاقدة هو القانون الواجب التطبيق، وسواء باتفاق الطرفين على تطبيق أحكام الاتفاقية أو تطبيقاً لقاعدة إسناد في دولة القاضي المطروح عليه النزاع[٢].

ولكن الاتفاقية لا تنطبق على عقد دولي عندما لا يتبين من العقد أو من التعاملات بين الطرفين أنّهما موجودان في دولتين مختلفتين، وفي هذه الحالة تفسح الاتفاقية المجال لتطبيق القانون الداخلي، والغرض من ذلك هو حماية التوقعات المشروعة لدى الطرفين اللذين يفترضان أنّهما يتعاملان في إطار نظامهما الداخلي في ظل عدم وجود إشارة واضحة إلى خلاف ذلك[٣].

وبهذا تشكل اتفاقية الخطابات الإلكترونية مصدراً هاماً للقواعد المادية التي تنطبق على المعاملات الإلكترونية، ويتم إعمالها من خلال التطبيق المباشر للاتفاقية على العلاقة العقدية المطروحة، وهو ما يعبر بوضوح عن المنهاج المادي لحل منازعات الحياة الخاصة الدولية، لكن الاتفاقية قد تجد تطبيقاً لها على المعاملات الإلكترونية من خلال منهاج قواعد الإسناد في

---

[١] _ المرجع السابق، ص٣١.

[٢] _ المرجع السابق، ص٨٨.

[٣] _ نصّت المادة(٢/١) من الاتفاقية على أنّه:(بصرف النظر عن وقوع مقار عمل الأطراف في دول مختلفة عندما لا تتبين هذه الحقيقة من العقد أو من أي تعاملات بين الأطرا ف أو من المعلومات التي تفصح عنها الأطراف في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه).

قانون دولة القاضي المطروح عليه النزاع، ومن ثمّ يتعايش منهاج القواعد المادية مع منهاج تنازع القوانين لحل مشاكل الحياة الخاصة الدولية المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية[١].

وبعد أن انتهينا من مناقشة القواعد التقليدية، نصل إلى القواعد المادية الفعلية أو الواقعية أو المستحدثة أو ذات النشأة التلقائية كما هو الحال في أحكام القضاء والتحكيم الدولي فضلاً عن عادات وأعراف التجارة الدولية، التي تشكل من حيث الأهمية العمود الفقري لقانون التجارة الدولي[٢] وبالتالي القانون الموضوعي الإلكتروني، وهو ما سيكون موضوع المبحث الثاني.

[١] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٢٠٣.

[٢] _ بشار قيس محمد، عقود نقل التكنولوجيا في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٦٢٣.

المبحث الثاني
القواعد المادية الفعلية أو ذات النشأة التلقائية

منذ عام ١٩٦٥ أقر الفقيه فوشار بوجود قانون أممي مشترك واعتبر بعد دراسة القرارات التحكيمية، أنّه بغض النظر عن الممارسات العرفية، هناك مبادئ عامة يتفق عليها المحكمون لا تختلف في موضوعها عن المبادئ التي تغلف القوانين الوطنية[١].

وأهمّ ما برز في هذا الاتجاه موقف قضائي، شكل سابقة دولية، صادر عن محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ ١٩٩١/١٠/٢٢ الذي صدق حكماً صادراً عن محكمة الاستئناف في باريس بتاريخ ١٣ /١٩٨٩/٧، فقد تضمن:(بالرجوع إلى مجمل قواعد التجارة الدولية المنبثقة عن الممارسة والعرف ... فإنّ المحكم قد حكم بشكل قانوني انسجاماً مع واجبه المهني وموضوع مهمته)[٢].

وكان المحكم X. de Mello قد أصدر قراراً تحكيمياً في قضية valenciana المشهورة قضى فيه: (أنّ المحكم يقرر أن النزاع المعروض عليه سيحكم فيه بموجب العرف التجاري الدولي فقط المسمى Lex mercatoria فالفرقاء لم يرغبوا لا بالقانون الأسباني ولا بقانون ولاية

1_ FAUCHARD Philipe, L'arbitrage Commercial International, Dalloz, Paris, 1965, p 423.

[٢] _د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٤٠٩.

نيويورك، بل إننا محقون في الاعتقاد بأنّهم باستبعادهم القانون الإنكليزي أيضاً لم يرغبوا في أي قانون وطني وفضلوا اللجوء إلى قانون دولي صرف)[١].

الملاحظ أنّ قرار محكمة التمييز الفرنسية في قضية valenciana لم يؤكد ما حكم به المحكم دوميللو X. de Mello في قراره التحكيمي على أساس أنّه حكم بالإنصاف فحسب، **بل اعتبر أنّه حكم بالقانون.**

وهنا تظهر أهمية هذا القرار، الذي اعتبر أنّ تطبيق المحكمة لقواعد العرف التجاري الدولي، ليس فقط تطبيقاً للإنصاف إنّما هو تطبيق للقانون، لأنّه ببساطة اعتبر هذه الأعراف التجارية الدولية بمثابة القانون الذي يمكن للفرقاء اختياره ليحكم العقد الموقع بينهم[٢].

ويقابل القانون الموضوعي التجاري أو قانون الأعراف التجارية Lex mercatoria القانون الموضوعي للإنترنت، أو Lex electronica .

وفي مجال الإنترنت، إنّ القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي Lex electronica وعملياته هو كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الإنترنت، ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص٤١٠.

[٢] _ وقد انتهت إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في شأن نزاع يتعلق بعقد تجاري بين شركة PopALO التركية وبين شركة NORSOLLOR الفرنسية، بالتطبيق المباشر لأحكام قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria دون الرجوع إلى أحكام القوانين بالرغم من عدم وجود اتفاق صريح للأطراف يحدد القانون الواجب التطبيق.

بشار قيس محمد، عقود نقل التكنولوجيا في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٦٢٦.

التـي نشـأت واسـتقرت فـي هـذا المجتمـع الافتراضـي مـن عـادات وأعـراف وممارسات المتعاملين على الشبكة[١].

وعليـه، فالقواعـد الماديّـة ذات النّشـأة التلقائيّـة هـي تلـك السـلوكيات التّـي تـمّ اتباعها من قبل المتّعاملين الاقتصاديين في التّجارة الإلكترونية، وبذلك أصبحت بمثابة قواعد قانونية تنظم الرّوابط التّعاقدية المبرمة على الشّبكة، بالرّغم من أنّها لـم تصـدر عـن هيئـة تنظيميـة فهـي تلقائيـة أصـدرت مـن خـلال الممارسـات التّعاقدية، وأيضاً من خلال العادات والأعراف المستقرة، وبالتالي هذه المصادر سوف يتم بحثها وفق الآتي:

المطلب الأول

الممارسات التعاقدية والعقود النموذجية أو النمطية

تعتبر الممارسات التّعاقديّة من المصادر المهمة، لإرساء القواعد النظاميّة[٢]، التّـي يقوم عليها هذا القانون الموضـوعي الإلكترونـي الـدوليّ للمعاملات عبر الإنترنت، وترجع أهمية الممارسات التعاقدية في هذا المجال، إلى أنّه من خلال العقود يمكـن السـيطرة علـى سـلوك المتعـاملين عبـر الإنترنـت، فالعقد هـو أداة التحكم فـي الفضـاء الإلكترونـي وهو يعبر عن ثقافة الإنترنت، ويعد شكلاً من

[١] _ محمد عبد الله العبد الله، القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الرقمية، مرجع سابق، ص٢٧.

[٢] _ حمودي ناصر، النظام القانونيّ لعقد البيع الدوليّ الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص٤١١.

أشكال القانون ذاتي القوة، ويتفق مع توقعات الأطراف المتعاقدة عبر الإنترنت، ويعتقد البعض أنّ العقد في الفضاء الإلكتروني يفرض واجب الاحترام على المتعاقدين أكثر مما يفرضه القانون ذاته[١].

وتتخذ الممارسات التعاقدية في نطاق التجارة الإلكترونية وجهين، هما **الشروط العامة والعقود النموذجية**، حيث إنّ الوجهين ينطويان على جوهر واحد هو القواعد الموحدة أو الممارسات الموحدة، وهذا ما سيتم شرحه من خلال التالي:

الفرع الأول
الشروط العامة

يقصد بالشروط العامة تلك الشروط المدرجة في بعض العقود اللازمة لمباشرة التجارة الإلكترونية أي السابقة أو الممهدة لمباشرة تلك التجارة، ويتم وضع تلك الشروط من قبل جهات فنية أو تجارية، ويتوجب على كل مستخدم(متعاقد) الموافقة على تلك الشروط عند إبرام العقود المعنية وقبل مزاولة التجارة على الشبكة العالمية، وتوجد على المستوى العملي ثلاثة أنواع من العقود اللازمة لمباشرة التجارة الإلكترونية[٢]، وهي:

---

[١] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٢٣٩.

[٢] _ نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٩٠.

أولاً_ عقود الاتصال:

والمقصود بها بالعقود التّي تبرم بين مزود مقدم الخدمة ومتلقي الخدمة، ويعرفها البعض بأنّها مجموعة العقود الخاصة بالاشتراك في شبكة الإنترنت، وهي التي تبرم بين الراغبين في التّرويج لبضائعهم عن طريق الشّبكة، أو للحصول على بيانات عملية أو اتفاقية بين الشّركاء التّي تقدم خدمات الاشتراك.

ويعرف أيضاً بعقد الدخول إلى شبكة الإنترنت، وهو العقد الذي يحقق الدخول إلى شبكة الإنترنت من الناحية الفنية، وبمقتضى هذا العقد، يتيح مقدم خدمة الدخول للعميل الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة، وأهمّها برنامج الاتصال الذي يحقق الاتصال بين جهاز الحاسوب والشبكة، كما قد يقدم أحياناً الأدوات اللازمة مثل جهاز المودم. ويقوم مقدم الخدمة ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل الجديد مقابل استيفاء الرسوم، كما يعرض مقدم الخدمة على عميله في الغالب خدمة المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن(hotline) التي تستهدف حل المشكلات الفنية التي قد يواجهها المشترك الجديد بالإنترنت[١].

ويعتبر عقد الدخول إلى الشبكة من أهم العقود الإلكترونية المألوفة، وأكثرها شيوعاً على الإنترنت، ويتميز هذا النوع من العقود بأنّ له قاسماً مشتركاً يتمثل في أنّه بالرغم من اتساع نطاق العقود، ليشمل أنحاء الكرة الأرضية كافةً، كما اختلاف موضوع التعاقدات، إلا أنّه يوجد شبه تماثل بينها في الواقع العملي،

[١] _ لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: فؤاد الشعيبي، التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصال، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠١٤، ص٨٧ وما بعدها.

فهي متشابهة جداً، سواء تمت في أمستردام أو مونتريال، أو في ليون أو لبنان مثلاً، فالعقود المحلية تتم بصورة مماثلة للعقود الأجنبية[١].

تتضمن هذه العقود بعض القواعد التي يضعها مورد خدمة الاتصال بمثابة شروط لازمة التقيد بها تستتبع عند الإخلال بها آثار قانونية كإلغاء الاشتراك(قطع الاتصال)، ومن هذه الشروط وجوب تقيد المشترك بالقواعد السلوكية والمهنية ومبادئ قانونية عامة[٢].

ثانياً_ عقود الإيجار المعلوماتي(عقود الإيواء):

هي تلك العقود التّي تبرم بين مقدّم المادة المراد إدخالها وتحميلها على الشّبكة وبين مقدم خدمة الموقع التّي ستبث تلك المادة عليه، وهو ما يعرف بعقد الإيواء أو الاستضافة، والمهمة الأساسية لها تخصيص مساحة معينة لمتلقي الخدمة على شبكة الإنترنت، والاستضافة قد تكون عامة أو مخصصة.

فهذه العقود تلزم مقدّم خدمة الموقع بتوفير الوسائل الفنية اللازمة للتّنقية والمواد المحملة على الشّبكة، بتحديد برنامج تصنيف تلك المواد، والحق في الفحص وتصحيح مضمون الوثائق التّي ستبث على الشّبكة، واستبعاد أي مستخدم لا يحترم تلك الالتزامات التّي وضعتها العادات والقانون[٣].

---

[١] _ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة(دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٨٠.

[٢] _ نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٩٠.

[٣] _ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ١٦٦.

حيث إنّ أي موقع تجاري إلكتروني لا بد أن يتم إيواؤه أو استضافته على شبكة الإنترنت بموجب عقد إيواء[١].

إنّ مصطلح إيواء، بمعناه الإلكتروني الواسع، يشمل وضع الوسائل التقنية والمعلوماتية بمقابل أو بالمجان تحت تصرف العملاء، ليتمكنوا من الدخول إلى شبكة الإنترنت في أيَّة لحظة، بُغية بث مضمون معلوماتي معين:(نصوص، أو صور، أو أصوات ...) للجمهور.

ويتولى هذه المهمة متعهد للإيواء يعمل على تخزين البيانات والمعلومات التي يبثها أصحاب المواقع الإلكترونية على حاسباته الآلية المرتبطة على الدوام بشبكة الإنترنت، بحيث يتمكن أصحاب هذه المواقع من إطلاع الجمهور على مضمونها المعلوماتي على مدار الساعة.

إنّ خدمة الإيواء، كما عرفتها المادة(١٤) من التوجيه الأوروبي حول"التجارة الإلكترونية" والمادة(٦-٢/١) من القانون الفرنسي حول"الثقة في الاقتصاد

---

[١] _ إنّ عقد الإيواء على الإنترنت يشبه حق الإيجار العائد للمؤسسة التجارية، إذ في نطاق التجارة التقليدية يشكل حق الإيجار أحد العناصر الجوهرية للمحل التجاري. صحيح أنّ استئجار عقار لمزاولة النشاط التجاري ليس إلزامياً من منطلق أنّ هناك محال تجارية تستغل من قبل مالك العقار نفسه، الأمر الذي يقلل من أهمية عنصر حق الإيجار مقارنة بغيره من العناصر المعنوية الأخرى مثل الاسم التجاري أو الشعار أو العلامة التجارية. إلا أنّه يبقى عنصراً ضرورياً في الحالات الشائعة التي يمارس فيها النشاط التجاري ضمن عقار مستأجر من قبل مالك المحل التجاري. وكما كان تقليدياً بالنسبة لحق الإيجار، فإنّ التاجر يتمتع بُغية إيواء الموقع الإلكتروني بطريقتين، إمّا أن يستضيف موقع الإلكتروني على خادمه الشخصي الذي يقع داخل مكان مادي، أو أن يخزن موقع إلكتروني من خلال استئجار مساحة قرص لدى متعهد الإيواء.

رشا تيسير حطاب، ومها يوسف خصاونة، تطبيق النظام القانوني للمحل التجاري على الموقع التجاري الإلكتروني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٤٦/نيسان، ٢٠١١، ص٣٧٠.

الرقمي": عبارة عن نشاط يُمارسه شخص طبيعي أو معنوي، يهدف إلى تخزين مواقع إلكترونية وصفحات ويب(web pages) على حاسباته الآلية الخادمة بشكل مباشر ودائم مقابل أجر أو بالمجان، ويضع من خلاله، تحت تصرف عملائه الوسائل التقنية والمعلوماتية التي تُمكنهم في أي وقت من بث ما يريدون على شبكة الإنترنت، من نصوص، وصور، وأصوات، وتنظيم المؤتمرات والحلقات النقاشية، وإنشاء روابط معلوماتية مع المواقع الإلكترونية الأخرى[١].

ومن الوسائل التي يقدمها متعهد الإيواء لعملائه تخصيص مساحة قرص أو شريط لبث المعلومات التي يرغبون بنشرها على شبكة الإنترنت، وتزويد العميل بحساب خاص يتضمن مفتاح دخول للتعريف به، وتزويده ببرنامج خاص يُمكنه من الاتصال بمتعهد الإيواء، وإضافة، أو حذف، أو تغيير ما يريد من معلومات[٢].

إنّ الدور الهام الذي يضطلع به متعهدو الإيواء في إدارة الإنترنت يفرض حتماً على من يرغب بالبث المباشر والدائم لمضمون معلوماتي ما على الشبكة، اللجوء إلى واحدٍ منهم للاستعانة بخدماته. فهم كأصحاب أجهزة تخزين مركزية(centers serveurs) يشكلون عنصراً رئيسياً من العناصر المكونة لشبكة الإنترنت، وتربطهم بعملائهم، من أصحاب المواقع الإلكترونية، رابطة تعاقدية يتم تنظيمها من خلال عقد خاص يُسمى عقد الإيواء، وعادةً ما يتم توقيعه إلكترونياً من قبل الطرفين، ويلعب هذا العقد دوراً جوهرياً في التعرف على شخصية طالب الخدمة، وبإحاطته علماً بشروط استعمالها، وبإعلامه

---

[١] _ المرجع السابق، ص٣٧٢.

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٤٢٣.

بوجوب عدم تجاوز الإطار الصحيح والمشروع لاستخدام الوسائل التقنية والمعلوماتية المخصصة له، وذلك تفادياً لإلحاق الضرر بمتعهد الإيواء وبالغير.

كذلك يُعدُّ عقد الإيواء مصدراً مهماً لتحديد التزامات مقدم الخدمة، فبالإضافة لالتزام متعهد الإيواء الأصلي، المتمثل بتقديم الوسائل التقنية والمعلوماتية التي تُمكن العملاء من بث ما يرغبون من معلومات، يلتزم متعهد الإيواء، أحياناً، ببعض الخدمات الإضافية، كالتزامه بتقديم المساعدة الفنية للعملاء، أو مساعدتهم على إنشاء مواقع إلكترونية خاصة بهم، أو تقديم خدمات البريد الإلكتروني وأنظمة البحث الآلي... فهذا النوع من الالتزامات يُثير إشكالات تقنية أكثر منها قانونية، الأمر الذي يؤدي، أحياناً، إلى صعوبة الدخول للمواقع الإلكترونية المطلوبة، إمّا بسبب التزاحم الشديد على الدخول إلى الشبكة، أو بسبب الانقطاع المفاجئ للاتصال بها، أو لغيره من الأسباب، وهنا تُؤسس مسؤولية مقدم الخدمة على القواعد الخاصة بتنفيذ الالتزام العقدي[١].

وكما ذكرنا سابقاً، **تلقي هذه العقود بعض الالتزامات التي يفرضها على المستخدمين أو المشتركين**، مثل: احترام قواعد السلوك المستقرة في مجال التجارة الإلكترونية، واحترام القانون وعدم إلحاق الأذى بالحياة الخاصة وخصوصية الأشخاص وحقوق الملكية الفكرية[٢].

---

[١] _ رشا تيسير حطاب، ومها يوسف خصاونة، تطبيق النظام القانوني للمحل التجاري على الموقع التجاري الإلكتروني، مرجع سابق، ص٣٧٢.

[٢] _ د.أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدوليّ الخاص النوعي(الإلكتروني- السياحي- البيئي)، مرجع سابق، ص٥٠.

ثالثاً_ عقود إنشاء المتاجر الافتراضية:

وتسمى أحياناً عقود المشاركة، وهي عقود يصبح فيها المتجر الافتراضي مشاركاً في المركز التجاري الافتراضي الذي يجمع العديد من التجار تحت عنوان واحد، وبذلك يماثل المركز التجاري التقليدي الذي يجمع العديد من المتاجر في مكان واحد، وتتعلق عقود إنشاء المتاجر الافتراضية بتوفير منصات إلكترونية تسمح للمتاجر والأفراد ببيع وشراء المنتجات عبر الإنترنت، عادة ما تشمل هذه العقود بنوداً تتضمن الاتفاق على الأسعار والشروط والضمانات والدفع والشحن وعودة المنتجات والاستبدال وغير ذلك من الشروط التي تحدد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

وتهدف هذه العقود إلى تنظيم العلاقة التجارية بين صاحب المتجر والشاري وتوفير الحماية القانونية للأطراف بما يحفظ حقوقهم ويضمن تنفيذ الالتزامات المترتبة عليهم[١].

ويقع على صاحب المتجر المشارك التزام احترام الشروط العامة للمركز التجاري الافتراضي مع مراعاة وجود بعض الشروط الخاصة بالمتجر تنظم علاقة المتاجر الافتراضية مع العملاء والموردين، وتنظم الشروط العامة مسائل متعلقة بمراقبة محتوى المتجر الافترضي[٢].

---

[١] _ عواد مرزوق عواد الحديد، قواعد الضمان في البيع الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/جامعة الشرق الأوسط، الأردن– عمان، ٢٠٢٠، ص١٠٤.

[٢] _ ينبغي أن تتضمن محتويات موقع المتجر الإلكتروني ثلاثة جوانب:

أ_ توفير المعلومات اللازمة والكافية حول المنتجات المعروضة للبيع عبر الإنترنت، ولا بد من توفير هذه المعلومات عبر منافذ سريعة وواضحة ودقيقة.

ب_ تمكين الزبون من الاتصال والتفاعل مع الباعة ومدير المتجر الإلكتروني والزبائن القدامى وغيرهم.

الفرع الثاني
العقود النموذجية أو النمطية

فتُعرف بأنّها:(مجموعة من الشروط النموذجية في صيغة مكتوبة، وضعتها مسبقاً، هيئة دولية، وفقاً لعادات وأعراف التجارة الدولية، التي قبلتها بعد تعديلها تماشياً مع متطلبات التعامل المعني استناداً إلى اعتبارات مختلفة، إمّا وفق ماهية السلعة، أو منشئها، أو ظروف نقلها أو النطاق الجغرافي للتعامل بها)[١].

ويميز الفقه، بين عقود نموذجية عامة لا تتعلق بسلعة محددة مثل الانكوتيرمز[٢]، وعقود نموذجية خاصة تعنى فقط بسلعة معينة دون غيرها،

ج _ تحقيق عملية التبادل بفاعلية كعمليات البيع والشراء، وهذا يتطلب توفير كل ما يلبي حاجات ورغبات الزبون، وتوفير الخدمات التكميلية التي تتعلق بالمنتج(سلعة أو خدمة)، مثل: خدمات التحديث والإدارة.

نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٩٠.

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٤١٦.

[٢] _ شروط التجارة الدولية Incoterms هي اختصار International Commercial Terms تم نشرها من قبل منظمة التجارة الدولية ICC في فرنسا، وقد ظهر الإصدار الأول عام ١٩٣٦ ومنذ ذلك الحين والمنظمة تجدد الشروط كل عشر سنوات تقريباً، وذلك استجابة للمستجدات التي تطرأ على معاملات التجارة الدولية، وظهر الإصدار الأخير من هذه الشروط عام ٢٠١٠ ودخل حيز التنفيذ في الأول من كانون الثاني ٢٠١١، ويتم استعمال هذه الشروط من أجل تقسيم وتوزيع تكاليف ومسؤوليات الصفقات التجارية ما بين البائع والشاري وبشكل يعكس ممارسة النقل الحديثة.

وتهتم هذه الشروط– في حدها الأدنى– بثلاثة أمور:

- كيف يتم تقسيم تكلفة النقل بين البائع والشاري.

ومثالها العقود النموذجية للجمعيات المهنية المتمركزة في لندن لتجارة الحبوب والمطاط والشحم والزيوت والكاكاو... وكذلك العقود التي صنفتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية، ويتم التمييز أيضاً بين عقود نموذجية ذاتية تكون بمقتضاها الصيغة المطبوعة ذاتها محلاً للعقد ووسيلة إثباته، كتابة بعد إملاء الفراغ الموجود فيها بشأن أسماء المتعاقدين، ونوعية البيع، ومكان شحنه، وتاريخ الشحن ومكان وصوله وثمنه، وتاريخ الوفاء، ثمّ يدرج في النهاية توقيع كل من البائع والشاري، ومثالها العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوربية لبيع

- تحديد النقطة التي يتحول تحمل مسؤولية خطر ضياع البضاعة أو تلفها من البائع إلى الشاري.
- الأطراف المسؤولة عن تخليص تصدير البضائع واستيرادها.

وتستخدم شروط التجارة الدولية الانكوتيرمز في عقود البيع كطريقة مختصرة توضح الحد الأدنى من الالتزامات التي يلتزم بها طرفي عقد البيع. علماً أنّ هذه الشروط مجرد شروط اختيارية يمكن استخدامها في عقود البيع للبضائع ولكنها لا تتمتع بصفة آمرة، ولهذا فهي تستمد قوتها من إرادة طرفي العقد(البائع والشاري)، وبهذا يمكن الاستنتاج أنّه لا يوجد ما يمنع طرفي العقد من التعديل من مضمون هذه الشروط عند الأخذ بها.

مالا تشمله شروط Incoterms:

- ثمن البضائع وطريقة الدفع.
- مسألة كيفية انتقال ملكية البضاعة من البائع إلى الشاري.
- النتائج المترتبة على الإخلال بشروط عقد البيع، والقانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، والاختصاص القضائي... إلخ

ولهذا على البائع والشاري أن يتفقا على مثل هذه الأمور في عقد البيع، أو طبقاً لما تقضي به أحكام القانون الواجب التطبيق.

يرجى مراجعة: شروط الانكوترمز على الموقع الإلكتروني:

http:/faculty.ksu.edu.sa/

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١٠/١م.

الحبوب ومختلف العقود الأخرى، أمّا النوع الآخر، من العقود النموذجية فهو الذي لا يستعمل بذاته، وإنّما تمت صياغته بشكل يسمح للأطراف الذين يبرمون عقدهم الخاص أن يحيلوا فيه إلى تطبيق ذلك العقد النموذجي ومثالها الانكوتيرمز والشروط العامة للجنة الاقتصادية الأوربية لبيع المصانع والأخشاب والحمضيات والوقود الصلب[١].

وفي ميدان التجارة الإلكترونية مثال على العقود النموذجية المستحدثة، وهو العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين[٢]، وتمت صياغته ووضع شروطه وفقاً للقانون الفرنسي ولا يحول ذلك دون إمكانية تطبيق القواعد الواردة في العقد النموذجي أمام إحدى المحاكم الأجنبية إذا رأى القاضي أنّ هذه القواعد الاتفاقية تحقق للمستهلك حماية أكثر من تلك التي يحققها له قانونه الوطني، إنّ قواعد العقد النموذجي جاءت متلائمة مع التقنية الحديثة لأنّ استخدام الوسائل الحديثة في التعاقد لا بد وأن يؤدي إلى استحداث بعض القواعد الخاصة. فقد صيغت أحكام العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في شقين يكمل كل منهما الآخر، يتضمن أحدهما الشروط النموذجية التي تتضمن القواعد التي يخضع لها هذا العقد، والآخر يتمثل في شروح أو تعليقات تمثل دليلاً عملياً لتطبيق هذه الشروط النموذجية[٣].

ولقد اعتمد مركز الأمم المتحدة لتسهيل التجارة والأعمال الإلكترونية التوصية رقم(٣١) بعنوان"**اتفاق التجارة الإلكترونية**" حيث تتضمن هذه

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٤١٧.

[٢] _ تم اعتماده في مكتب غرفة التجارة والصناعة في باريس ٣٠ نيسان عام ١٩٩٨، ومن اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في ٤ أيار ١٩٩٨.

[٣] _ نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٨٨.

التوصية نموذجاً لطريق تعاقدي لعمليات التجارة الإلكترونية، وإنّ هذا الطريق التعاقدي هو عبارة عن إطار من نصوص متفق عليها بين الشركات التجارية لمباشرة الصفقات التجارية بشكل مرن، إذ أنّ اتفاق التجارة الإلكترونية أو الاتفاق الإلكتروني **E- Agreement** هو مجموعة من النصوص الرئيسية التي تضمن إبرام الصفقات الإلكترونية بين الشركاء التجاريين ضمن إطار قانوني كامل، ويهدف الاتفاق الإلكتروني إلى معالجة كل أشكال الاتصالات الإلكترونية المتاحة لإبرام العمليات الإلكترونية، ويستخدم هذا الاتفاق بين الشركات كما بالإمكان استخدامه بين الشركات والمستهلكين، ولكنه في الحالة الأخيرة لا يجسد أية نصوص تتعلق بحماية المستهلك.

وعند صياغة الاتفاق الإلكتروني يجب على الأطراف اتخاذ الخطوات التالية:

١_ تحديد أي نوع من الاتصالات أو أي رسالة يجب استخدامها.

٢_ تحديد أية بنود أو شروط يجب تطبيقها على الصفقة الإلكترونية.

ولا بد أن يدرك الأطراف أن هناك قيوداً محلية أو وطنية على بعض النصوص التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار، وفي ذلك تنبيه على احترام القواعد الآمرة في القوانين المحلية أو الوطنية[١].

إنّ العقود النموذجية أياً كان نوعها، لها دور لا ينكر في خلق القواعد المادية كونها تعمل على تجنيب الطرفين الكثير من الخلافات والمشاكل التي قد تثير تنازع للقوانين، أو على الأقل، لتخفيف حدته عند ظهوره، هذا فضلاً عن فائدتها العلمية في تخفيض تكاليف التعاقد واختصار الزمن اللازم لإبرام العقد إذ يكتفى في بعض الأحيان بالإشارة إلى إحدى القواعد

[١] _ نافع بحر سلطان الباني، المرجع السابق، ص٨٩.

المطبقة(الانكوتيرمز) عند إنشاء العقد، لكي يتم تحديد حقوق والتزامات الطرفين ببساطة وأمان[١].

المطلب الثاني
العادات والأعراف المستقرّة

تقوم الأعراف والعادات بدور كبير كمصدر من مصادر القانون الدوليّ الخاص[٢] والقانون المادي الإلكتروني، ولكن ابتداءً لابّد من التمييز بين العادة والعرف التجاريّ[٣] من خلال تعريف كل منهما، حيث تعرف العادة التجاريّة

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٤١٧.

[٢] _ من ذلك المادة(٩) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد بيع البضائع الدوليّ لعام ١٩٨٠ التي رسخت نظام أعراف التجارة الدوليّة.

[٣] _ عند المقارنة بين الآراء الفقهية، يظهر أنّه هناك خلط بين العرف والعادة، رغم التشابه في المفهومين، فالعرف يعد ذلك القانون غير المكتوب، ينشأ عن تواتر الناس على إتباع سلوك معين مع شعورهم بوجود جزاء قهري يكفل احترام هذا السلوك، فيترتب على التفرقة بين العرف والعادة أنّ الأول قاعدة قانونية تتمتع بالإلزام الذاتي دون حاجة إلى اتفاق الأطراف حتى تصبح واجبة التطبيق، في حين أنّ العادة تلزم بالاتفاق الصريح أو الضمني حتى تصبح واجبة التطبيق، ولهذا توصف العادة بكونها اتفاقية، فمركز العادة لا يتعدى مركز شروط العقد، يظهر كذلك الخلط نفسه عند استقراء بعض نصوص التشريعات الوطنية والدولية، والقضاء الوطني والدوليّ، وتنظيمات ولوائح الهيئات الخاصة الدوليّة.

الإلكترونيّة بأنّها سلوك المتعاملين في ميدان التجارة الإلكترونيّة، تجاراً أم مستهلكين، على القيام به في مسألة تجاريّة معينّة من مسائل التجارة الإلكترونيّة، **أمّا العرف التجاريّ[١] الإلكتروني فهو يشتمل على تعريف العادة التجاريّة الإلكترونيّة مع تمتعها بعنصر الإلزام، فمتى اعتقد المتعاملون بالصفقات الإلكترونيّة بإلزامية سلوك معين، يصبح الأخذ به ملزماً والإعراض عنه يترتب عليه جزاء محدد[٢].**

حيث ساهمّ العاملون في مجال التجارة الإلكترونيّة تلقائياً في إرساء بعض القواعد الموضوعيّة للقانون الإلكتروني ولعل من أبرز هذه القواعد، ما استقرت عليه الأوساط المهنية من عادات وأعراف وممارسات في العالم الرقمي للمعلومات والاتصالات، التي تتميّز بكونها ذات طابع تعاوني طائفي خاص بكل نوع من التعامل الذي يتم في هذا العالم الافتراضي[٣] كما في الأعراف والعادات السائدة في مجال الدعاية والترويج للسلع والخدمات، وكذلك في مجال

يرجى مراجعة: د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونيّة: نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٤٤.

[١] _ ويقصد بالأعراف التجارية الدولية تلك العادات التي درج العمل الدوليّ 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 ، الذي تم تعديله بانتظام بوساطة غرفة التجارة الدوليّة وECE-Terms والخاص بتصدير الآلات والماكينات.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

[٢] _ فارس كرم شيان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٤٧.

[3] - BOUCHURBERG Lionel, Internet et commerce électronique, site web. Contrats. Responsabilités. Contentieux, 2ème édition, EDITION DELMAS, PARIS, 2001- Briggs, The conflict of laws, Oxford,2002, p, 245.

حماية الحياة الخاصة، وما يتعلق بشأن حماية المستهلك الالكتروني، إضافة إلى الأعراف والعادات المتعلقة بشأن الحفاظ على حقوق الملكيّة الفكريّة وغيرها من المجالات[١].

مما جعل أنصار المجتمع الافتراضي ينادون بتخصيص مكانٍ مهمٍ للعرف في القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية، باعتباره يتلاءم مع التطور الهائل والمتلاحق في هذا النوع من العقود، وكذا طبيعته المرنة تجعله يتلاءم مع التطور المستمر في مجال التجارة الإلكترونية، والطبيعة الفنيّة لعالم الاتصال بحاجة ماسة إلى العرف[٢].

يقال عن العرف ومن خلال التجارب المختلفة في مجال التجارة الإلكترونية، أنّه يتلاءم مع التطوّر السريع والمتلاحق في هذا المجال، على خلاف القوانين الوضعية التي تتسم بالبطء الذي يتنافر مع سرعة وتطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وإضافة لذلك يبرر أصحاب هذا الرأي الأخذ بالعرف في الممارسات المستقرة، إلى توافقه مع الطبيعة الفنية للعالم الافتراضي، وتأثر

---

[١] _ فمن خلال هذا التنوع في مجالات تدخل العرف لتنظيمها، يرى أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني الدوليّ أنّه من الضروري أن يتبوأ ويحتل العرف مكاناً مهماً في وضع القواعد الموضوعية المنشأة له، لأن النشأة التلقائية تمكنه من الاستجابة للمعطيات المادية لهذا العالم.

يرجى مراجعة: د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٨٥.

[2] _ GAUTRAIS Vincent, Le contrat électronique international, Encadrement Juridique 2ème édition, Revue Academia, Bruylant, 2002. P238.

قطاعات كبيرة ونوعية به مثل قطاع البنوك، البورصة، الزراعة والبترول وغيرها[١].

تقتضي الطبيعة الدولية للإنترنت تبني مفاهيم فنيّة وقانونيّة تتماشى مع التطورات التكنولوجيّة مع جماعة المستخدمين في هذا المجال، من أجل العمل على تطوير العادات الدولية السائدة في عالم الفضاء الإلكتروني، التي يطلق عليها مصطلح "**Netiquette** " يشير بشكل عام إلى مجموعة القواعد التلقائية التي أفرزتها شبكة الإنترنت، فهي عبارة عن قواعد السلوك الجيّد النابعة من مختلف الأنظمة، التي تملك في مجملها قوة التطبيق داخل جماعة الإنترنت، ولذلك فهي تتمتع بمرونة كبيرة تسمح لها باحتواء كافة المتطلبات التي تفرضها المعاملات الرقمية[٢].

علاوة على ذلك، فإنّ الفحص الجيد لقواعد Netiquette يساعد بدون شك على تحديد طبيعتها، هذه القواعد تشير بشكل أساس إلى الرسائل عبر البريد الإلكتروني، كما تشير إلى التفرقة بين الاتصالات التي تتم من شخص إلى

---

[١] _ نبيل زيد مقابلة، النظام القانونيّ لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص ٩٦.

[٢] _ حسب رأي الأستاذ VINCENT GAUTRAIS فإنّ تحديد هذه القواعد يقتضي أولاً تحديد النطاق الذي تعمل من خلاله، الذي يضم الأفراد والهيئات المكونين للجماعة الإلكترونية، ويشير إلى سهولة تحديد هذه العادات إذا ما تم تحديد هيكل تلك الجماعة، هذه النتيجة تجعل من الصعب عنده استخدام فكرة Netiquette على أساس مجتمع الفضاء مازال جديداً، في حين هناك اتجاه آخر يؤكد بوجود هذا المجتمع وأنّه تتوافر فيه كل خصائص الجماعة، فالأعضاء يعيشون معاً على الشبكة، ولهم هوية واحدة، ثقافة واحدة، مصالح مشتركة ويخضعون في الغالب لقواعد موحدة.

د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٩١.

شخص(one-to-one) وتلك التي تتم من شخص إلى أشخاص متعددين(one-to-many) هذه الرسائل توجه إلى المستخدمين مثل مديري الشبكات العسكرية أو مقدمي نشرات الأخبار عبر الإنترنت Net News، وهي تتضمن عدة مبادئ نذكرها تباعاً فيما يلي:

١_ مبدأ المثل.

٢_ عدم استخدام أسلوب أو لغة وقحة.

٣_ لا تتبنى أسلوباً ساخطاً أو مستهجناً.

٤_ لا تستخدم رموزاً للتعبير عن الانفعالات أو الأحاسيس الشخصية.

٥_ احترام موضوع المناقشة أو الحوار.

٦_ لا ترسل عبر البريد الإلكتروني أشياء غير مرغوب فيها.

٧_ لا ترسل خطابات متصلة مختلفة.

من الواضح أنّ هذه القائمة تحتوي على قواعد ذات قيمة قانونية نذكر على سبيل المثال تحريم السب أو القذف، كما أنّها تتضمن قواعد تهدف إلى ضبط السلوك، وأيضاً تشتمل على قواعد لتجنب التجمهر عبر الشبكة، مثل قاعدة إرسال مستندات ملحقة بالبريد الإلكتروني، وبشكل عام هي قواعد ذات طبيعة فنية تأخذ في اعتبارها نشأة وتكوين Netiquette التي تستمد بشكل واضح من قواعد السلوك المطبقة في المجتمع الأنجلوأمريكي[١].

وعليه، فإنّ شبكة الإنترنت تتميز بالطابع الفني، يمكن أن يكون في الأعراف التجاريّة الدوليّة من خلال التنظيم الذاتي حلاً مثالياً، وآلية مبتكرة في تنظيم استخدام هذه الشبكة، ويدعم هذا التوجه ويؤيده فريق واسع من الفقهاء الأمريكيين، كما يروّج له بشكل أساسي أنصار نظرية وضع "شرعة" خاصة

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، المرجع السابق، ص١٩٧.

بشبكة الإنترنت، ويعتبرون أنّ الأعراف عندما تتركز وتتكون تدريجياً على المستوى العالمي ستقوم بدور مرجعي يتجاوز الحدود[١].

فاعتبار العرف بهذا المنطق فقط أو بهذا المفهوم وسط التطور التكنولوجي ويبقى العمل به غير ممكن أو من الصعب مواكبته لهذا التطور، لهذا يجب أن ينظر إلى العرف نظرة فيها نوع من المرونة، بالنسبة لشرط القدم الذي يتطلبه المشرّعون، فالعصر الحالي معطياته متغيرة، تعتمد على السرعة، وبالتالي ينبغي أن ينظر إلى شرط القدم بمنظور مختلف يتلاءم مع هذا العصر[٢] هذا من جهة. ومن جهة أخرى، ينبغي أن نقر أنّ وجود أعراف تتعلق بالتعامل الإلكتروني لا يشترط فيها أن تكون عامة وتتعلق بكل المتعاملين بالوسائل الإلكترونية، وإنّما من المتصور أن يكون هناك أعراف تتعلق بعقود إلكترونية في وسط معيّن فقط دون امتدادها على فئات أو أوساط أو مهن أخرى[٣].

كما تولّت مهام ترسيخ القواعد العرفيّة في مختلف مجالات التجارة الدوليّة – العادية أو الإلكترونية– لتكون عاملاً مساعداً للمتعاملين بالتجارة الدولية، وتميزت غرفة التجارة الدوليّة بهذا المجهود، حيث جمعت الأعراف بشأن البيوع البحريّة، كما جمعت الأعراف الخاصة بتمويل البيوع الدولية بأسلوب الاعتماد

---

[١] _ علاء الدين محمد ذيب عبابنه، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدوليّ في القانون الأردني والمقارن، مرجع سابق، ص١٢٧.

[٢] _ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ١٨٤.

[٣] _ علاء الدين محمد ذيب عبابنه، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدوليّ في القانون الأردني والمقارن، مرجع سابق، ص١٢٨.

المستندي، وإنّ معظم الدول أخذت هذه الأعراف بعين الاعتبار على أنّها قواعد في قوانينها التجاريّة[١].

ولكنّ كل هذه القواعد العرفيّة المنتشرة وسط التجار أو المهنيين تحتاج إلى وقت معتبر لتكرار العمل بها واتباعها، بحيث تصبح مع مرور الوقت قاعدة مستقرة يتبعها الأفراد من تلقاء أنفسهم دون إلزام من أية سلطة[٢]، وتحديد هذه القواعد يتبعها تحديد المجال الذي تصلح للتعامل بها لتكون بالضرورة متوافقة مع الأشخاص القائمين عليها ويتم قبولها والتعرف عليها قبل إبرام أيّ عقد بمحتواها، وتكون لهم الإرادة الصريحة لتطبيق هذه القواعد على معاملة قانونيّة ما[٣].

وبالعودة لاتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠، التي أخذت بالعرف التجاري الدولي باعتبارها مصدراً للقواعد عبر الدولية بالمادة(٩) منها التي نصّت على أنّ:(١_ يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما.

---

[١] _ د. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدوليّة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص٨٦.

[٢] _ عرفت من هذا المنطلق على أنّها:(مجموعة من الأعراف والعادات والقواعد غير الصادرة عن سلطة رسمية، التي تولد بشكل عفوي من قبل فئة أو جماعة معينة، تطبقها وتعتبرها ملزمة، ثم تمتد تدريجياً في الوقت وتتوسع رقعة انتشارها لتلقى في مرحلة أولى قبولاً واعترافاً من قبل المعنيين بها، وفي مرحلة ثانية من قبل المحاكم حتى تكتسب بنتيجة هذا القبول والاعتراف قيمة قانونية ملزمة، لا تتحصل هذه القواعد من التشريعات الداخلية أو المحلية، بل هي وليدة التنظيم الذاتي لمستخدمي شبكة الإنترنت أنفسهم).

يرجى مراجعة: حمودي ناصر، النظام القانونيّ لعقد البيع الدوليّ الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص٤٣٥.

[٣] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٩١.

٢_ ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الطرفان قد طبقا ضمناً على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به، أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفاً على نطاق واسع، ومراعي بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة).

ويلاحظ بشأن النص المذكور أنّه أخذ بمبدأ مستقر عليه في النظم القانونية المقارنة وهو مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وهو يعد كذلك إحدى المبادئ المستقرة في النظام القانوني عبر الدولي، حيث تلتزم الأطراف بالأعراف التي اتفقت عليها العادات التي استقر عليها التعامل بينها[١]، وفي حالة عدم الاتفاق الصريح بين الطرفين على تطبيق العرف أو العادة فقد افترضت المادة(٢/٩) من الاتفاقية، أنّ الطرفين اتفقا ضمناً على تطبيق عرف متبع في نوع العقد الذي يبرمانه إذا توافرت الشروط الآتية:

١_ علم الطرفين بوجود هذا العرف، ويفترض هذا العلم إذا كان العرف من الذيوع والثبات، بحيث لا يقبل من تاجر سوي الإدراك يشتغل في نوع التجارة التي تتعلق بها العرف، الإدعاء بجهل وجوده.

٢_ ذيوع العرف على نطاق واسع في محيط التجارة الدولية.

٣_ تواتر تطبيق العرف بصورة منتظمة على العقود المماثلة التي تبرم بشأن نوع التجارة[٢].

وقد تشترك الأعراف التجارية الدولية مع الأعراف الداخلية من حيث المضمون، ولكنها تتميز بأنّها تتعلق بعلاقات اقتصادية دولية، فهي من جهة تنظم علاقات اقتصادية تتعدى مجرد العلاقات التجارية بمفهومها في بعض

---

[١] _ الأونسيترال نبذة عن السوابق القضائية المستندة إلى إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص٦٣.

[٢] – المرجع السابق، ص٦٤.

الـنظم القانونيــة الداخليــة، كمــا إنّ الأعـراف التجاريــة الدوليــة تقتصــر علــى العلاقات الاقتصادية التي تتصف بالطبيعة الدولية[١].

وجدير بالذكر أنّ التوجيه الأوروبي رقم EC/31/2000 أشار إلى العادات والأعراف المتعلقة بالتجارة الإلكترونية حينما تعرض لقواعد السلوك في المجتمع المعلوماتي، حيث أوجب على الدول أعضاء الاتحاد تقييم الممارسات والعادات والأعراف المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.

كما أكد التوجيه الأوروبي على أهمية الأعراف المتعلقة بالتجارة الإلكترونية ووضعها في الاعتبار عند تسوية المنازعات المتعلقة بتلك المعاملات خارج نطاق المحاكم، بل إنّه أوجب على الدول الأعضاء تشجيع الجهات المسؤولة عن تسوية المنازعات خارج نطاق المحاكم، والإبلاغ عن القرارات الهامة التي تتخذ بشأن خدمات مجتمع المعلومات، وعن أي معلومات أخرى تتعلق بالممارسات والاستخدامات أو الأعراف المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، **ولكن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦** لم يعترف بالعرف التجاري الدولي عند تصديه لتحديد المقصود بلفظ القانون الوارد في مستهل المادة(٨) من القانون النموذجي، "فهي يقصد بها معنى واسع لتشمل جميع مصادر القانون المختلفة، سواء كانت ذات طابع تشريعي أو قضائي أو تدخل في طائفة القانون العام، على أنّه يتعين ألا يمتد نطاقها ليشمل المجالات القانونية التي لم تصبح جزءاً من قانون دولة ما، التي يشار إليها بتعبير lex

[١] _ نادر محمد ابراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدوليّ، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٣٤٠.

mercatoria أي قانون التجار، حيث لا يشمل لفظ القانون الوارد بمستهل المادة(٨) من القانون النموذجي على مثل تلك التعبيرات"[١].

أمّا إذا انتقلنا إلى القوانين الوطنية التي اعترفت بالعرف التجاري الدولي في مجال المعاملات الإلكترونية، فنصّت المادة ٢٤ من قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم(٣) لعام ٢٠١٤ على أنّ:(في كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع إلى قانون التجارة .... **وقواعد العرف التجاري الدولي** ذات العلاقة بالمعاملة أو العمل التجاري الالكتروني..)، كما نصّت المادة الرابعة من قانون تنظيم التجارة الإلكترونية في دبي رقم(٢) لعام ٢٠٠١ على أنّ:(يراعى عند تطبيق أحكام هذا القانون قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية ودرجة التقدم في تقنية تبادلها).

وفي لبنان، نصّت المادة(٣٠) من قانون المعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي رقم ٨١ تاريخ ٢٠١٨/١٠/١٠ على أنّ:(تكون ممارسة التجارة الإلكترونية حرةً في حدود الموانع والقيود التي ينص عليها القانون.
تخضع عقود التجارة الإلكترونية في كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون للقوانين المرعية الإجراء، لاسيما قانون التجارة وقانون الموجبات والعقود وقانون أصول المحاكمات المدنية وقانون حماية المستهلك).

حيث لم يشر نص المادة(٣٠) إلى تطبيق العرف التجاري على العقود الإلكترونية، لكن إذا عدنا إلى نص المادة الرابعة من قانون التجارة البرية اللبنانية، نجد أنّها أوجبت على القاضي عند تحديد مفاعيل العمل التجاري، أن

---

[١] _ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع لعام ١٩٩٦، منشورات الأمم المتحدة، منشور على الموقع الإلكتروني:
https://uncitral.un.org/

تطبق العرف المتوطد إلا إذا ظهر أنّ المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف أو كان العرف متعارضاً مع النصوص القانونية الإلزامية.

كما أنّ المادة(٣٧١) من قانون الموجبات والعقود اللبناني قد أوجبت على القاضي " أن يعتد من تلقاء نفسه بالبنود المرعية عرفاً، وإن كانت لم تذكر صراحة في نص العقد".

وبالتالي، من خلال عطف المادة(٣٠) من قانون المعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي المذكور، على المادتين(٤) من قانون التجارة البرية، و(٣٧١) من قانون الموجبات والعقود، يمكن القول بأنّه على القاضي حتى في إطار عقود التجارة الإلكترونية أن يراعي الأعراف المتوطدة أو المستقرة، في حال لم يتبين أنّ المتعاقدين قد قصدوا صراحة مخالفتها، وأن يعتد بها من تلقاء نفسه، وإن لم تذكر صراحة في العقد[١].

ومن التطبيق العملي، أي القضائي، لجهة الأخذ بالعرف التجاري الإلكتروني من قبل القضاء، نجد **القرار الصادر عن محكمة التمييز اللبنانية رقم(٤) بالدعوى رقم أساس(١٩٥) لعام ٢٠٠١، تاريخ ٦ شباط ٢٠٠١**، والقرارين السابقين له، الصادرين عن محكمتي الاستئناف والبداية، كما مخالفة مستشار محكمة الاستئناف، حيث تتلخص وقائع هذه الدعوى، أنّ شركة كانت تمسك دفاترها بصورة إلكترونية، وكانت هذه الدفاتر مطابقة للواقع وصحيحة، لم تمنح الصلح الاحتياطي وأعلن إفلاسها على الرغم من موافقة الدائنين، لأنّها كانت تمسك دفاترها بصورة إلكترونية غير ورقية كما يوجب القانون التجاري، واعتبر طالب النقض أنّ الدفاتر التجارية وإن كانت غير ممسوكة وفقاً للنص الحرفي لقانون التجارة، إلا أنّها ممسوكة وفقاً لما استقر عليه العرف التجاري،

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٤٦٣.

إلا أنّ محكمة البداية ومن بعدها محكمة الاستئناف بأكثرية أعضائها ومحكمة التمييز لم تأخذ بذلك العرف، واعتبرت الدفاتر ممسوكة بصورة لا تتماشى مع ما نص عليه قانون التجارة ولم تمنح الشركة الصلح الاحتياطي، على الرغم من موافقة أغلب الدائنين[١].

وما يهمنا التركيز عليه هو طلب أو الطعن بالنقض، ومخالفة مستشار محكمة الاستئناف. حيث إنّه بتاريخ ٢٠٠٠/١١/١٤ قد طلب النقض ضد القرار الاستئنافي المشار إليه، استند فيه طالبو النقض إلى جملة أسباب، أهمها:

_ إنّ القرار الاستئنافي قد خالف المادة ٢٠ من قانون التجارة باعتبار أنّ دفاتر مستدعي الصلح التجارية هي غير قانونية، فمفهوم الدفاتر التجارية قد تغير عرفاً نتيجة الثورة الإلكترونية فتجاوز الملفات الخطية إلى البيانات الإلكترونية بوساطة الأقراص المدمجة.

_ وإنّ ما نقص من دفاتر هو دفتر الالتزامات في بعض المؤسسات العائدة لطالب الصلح لأنّ هذه الالتزامات كانت تدرج بصورة خطية وببرمجة إلكترونية على الحاسب(الكومبيوتر) في مكتب المحاسبة في المركز المالي، وقد تحقق الخبراء المكلفون من المحكمة من صحتها، وإنّ تدقيق وزارة المالية بمحاسبة طلب الصلح عن المؤسسات لعامي ١٩٩٧ و١٩٩٨ هو دليل رسمي على عدم مخالفة الدفاتر للأصول.

_ وقد استشهد طالبو النقض وتمسكوا بالمخالفة التي وضعها المستشار المخالف لدى المحكمة الاستئنافية، التي من المهم عرض بعض ما جاء منها لما تضمنته من أفكار حديثة، حيث جاء فيها:

---

[١] _ المرجع السابق، ص٤٦٦.

(بما أنّ الواقع المتأتي من طريقة مسك طالب الصلح للمحاسبة الخاصة بمؤسساته في دفاتر تجارية يومية معززة بقيود ميزانية مستكملة ببيانات مطبوعة ومبرمجة على الكومبيوتر جاءت في كل تفاصيلها مطابقة للملفات الإفرادية للدائنين المحفوظة في المركز المالي حيث المحاسبة العامة للمؤسسات، إنّما يطرح مسألة مدى اعتبار هذا الواقع المحاسبي منسجماً مع المفهوم القانوني للدفاتر التجارية الأصولية المفروض تقديمها من طالب الصلح ضمن طلبه تمكيناً للمحكمة من الإطلاع على واقع موجوداته ومطلوباته في إطار تحققها من واضعيته المالية العامة وقدرته على الالتزام بعرض الصلح المقدم منه إلى دائنيه. وبما أنّه بما يتعلق بطبيعة الدفاتر التجارية المقصودة في نص المادتين ٤٦٠ و ٤٦١ تجارة، فإنّ هذه الدفاتر من الدفاتر المحددة في نص المادة ١٦ من قانون التجارة[١] والتي يلزم التاجر بمسكها تأميناً لمصداقية بياناتها ودقة تفاصيلها بحيث يتمكن التاجر، وكذلك الغير من الإطلاع عليها وتوقيعها كما تمكن المراجع الرسمية القضائية والمالية من اعتمادها....

وبما أنّ كون الديون قد حفظت على أقراص مدمجة.C.D في برامج منظمة على الكومبيوتر ليس من شأنه التأثير في صحة الديون وذلك لسببين:

---

[١] _ بالمقابل نجد أنّ المادة(١٦) والمادة(٢٢) من القانون التجارة السوري رقم(٣٣) لعام ٢٠٠٧، قد سمحت للتاجر أن يتبع الأسلوب الآلي أو الإلكتروني في محاسبته، حيث نصّت المادة(١٦) في الفقرة الأولى منها:(دفتر اليومية يقيد فيه يوماً فيوماً جميع الأعمال التي تعود بوجه من الوجوه إلى مؤسسته التجارية وأن يقيد بالجملة شهراً فشهراً النفقات التي أنفقها على نفسه وأسرته **وإذا كان التاجر يتبع الأسلوب الآلي في محاسبته** أو مسك الدفاتر يومية مساعدة منظمة وفق أحكام المادتين (١٧و١٨) من هذا القانون، فله أن يقيد أعماله في دفتر اليومية شهراً فشهراً، على أن يحتفظ بجميع الوثائق التي تتيح التدقيق في الأعمال المذكورة).
ونصّت المادة(٢٢) من القانون المذكور على أنّ:(يمكن للتجار مسك **حساباتهم إلكترونياً** وفقاً للتعليمات التنفيذية التي تصدر عن وزارة الاقتصاد والتجارة).

السبب الأول، لكون هذه الديون جاءت مطابقة بأرقامها وأسماء الدائنين الملحوظة فيها بعد تدقيقها تباعاً ومقارنتها بالمستندات الخطية.

السبب الثاني، إنّ تدوين الالتزامات المالية على أقراص مدمجة وفقاً لنظام الكومبيوتر لا يعتبر بحد ذاته مخالفة لأصول مسك دفاتر التجار، وذلك أنّ استعمال الكومبيوتر لتدوين الحركة التجارية ومراقبة الذمم المالية الدائنة والمدنية للتاجر بات عرفاً اقتصادياً دولياً يعتمد في سائر القطاعات الاقتصادية بحيث بات هامش كبير من التجارة المحلية والدولية يتم بالوسائل الإلكترونية، وإنّ القانون التجاري يكرس في المادة الرابعة منه فقرتها الثانية العرف التجاري كمصدر من مصادره، فإنّ العرف يلعب في تكوين قواعده دوراً أساسياً وذلك يعود إلى قلة وعجز النصوص التشريعية عن ملاحقة حاجيات التجارة لما في تطور الأسواق التجارية من سرعة يصعب على النصوص القانونية أن تواكبها، ومن هنا فأنّ العرف التجاري المستمر يصبح قاعدة تجارية يعمل بها، وإنّه من المتعارف أنّ سائر الشركات المالية الكبرى ومنها المصارف تعتمد عرفاً في تدوين حركتها المالية على الأقراص المدمجة C.D. والبيانات الإلكترونية على الكومبيوتر بالتكامل مع البيانات الخطية وإنّ الإدارات المالية والمصرفية العليا تعتمد هذه البيانات المبرمجة إلكترونياً في تدقيقها لحركة الشركات المصرفية ومدى تقيدها بالقواعد المعمول بها، فإنّه يكون من الثابت نشوء عرف تجاري مكمل للقاعدة المنصوص عنها في المواد ١٦و٤٦٠و٤٦١ تجارة.

وبما أنّه تبعاً لقيام هذا العرف تصبح البيانات الإلكترونية التجارية صحيحة، وقد أصبحت هذه الأخيرة نتيجة التطور الحاصل، وسيلة محاسبية تقليدية...)[١].

[١] _ سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني: معاناة قاض، دراسة منشورة في مجلة العدل اللبنانية، عدد العام ٢٠٠١، ص١٥٠-١٦٧، أشار إلى ذلك: د.

إنّ ما ذهبت إليه محكمة التمييز اللبنانية، يبين خطورة عدم اعتماد العرف التجاري الإلكتروني، أو العرف التجاري الناتج عن التجارة الإلكترونية.

وبالنتيجة يمكن القول بأنّ مسك دفاتر التجارية لشركات بصورة إلكترونية، يتوافق ويتماشى مع العرف التجاري الإلكتروني في هذا المجال، ولا يتعارض مع النص القانوني، ما دام الهدف من مسك الدفاتر قد تحقق من خلال الدفاتر الإلكترونية[١].

المطلب الثالث
تقنيات السلوك

تعتبر قواعد السّلوك من المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي لعقود التّجارة الإلكترونية، وذلك لتنوع أنماط المتّعاملين مع شبكة الإنترنت الذي يتعارض مع وضع تنظيم آمر ومحكّم[٢]، وبهذه المثابة تأتي الضرورة إلى وجود

بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٤٦٨.

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٤٦٩.

[٢] _ د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونيّة: نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٩٠.

قواعد السّلوك التّي تتضمن حداً أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها كافة المتّعاملين والمستفيدين من التّعامل في هذا العالم الافتراضي[١].

ومن القواعد المهمّة التّي يمكن أن يُسترشد بها في مجال المعاملات الإلكترونية:

١ _ مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاصUNIDROIT[٢]: وضع المعهد عدداً من المبادئ الخاصة بعقود التجارة الدولية في عام ١٩٩٤،

---

[١] _ في هذا الصدد نشير إلى أنّ وزير البريد والاتصالات الفرنسي Francois Fillon تقدم في خريف عام ١٩٩٦ إلى الدول أعضاء منظمة التعاون والتنمية الأوروبية OCDE بميثاق للتعاون الدولي في مجال استخدام internet جاء به أنّه يجب العمل على تشجيع وضع تقنين للسلوك القويم ينهض به القائمون على الشبكة سواء كانوا مقدمي خدمات الاشتراك أو تحميل وبث المواد.

كما تقدم ذات الوزير بذات الاقتراح أثناء الاجتماع غير الرسمي لمجلس وزراء الاتصال في الاتحاد الأوروبي في ١٩٩٦/٤/٢٤.

د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٠٨.

[٢] _ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاصUNIDROIT هو منظمة حكومية دولية مستقلة أنشئ بمقتضى اتفاقية دولية بين الحكومات ومقرها في روما، ويطلق على هذا المعهد اسم"**المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص**" والمصطلح الدارج والمعروف الذي يستخدم للدلالة عليه هو مصطلح **اليونيدروا**"**Unidroit**"، وقد تم إنشاء هذا المعهد في روما، لذلك يسمى باسم معهد روما لتوحيد القانون الخاص، في عام ١٩٢٦ تحت رعاية منظمة عصبة الأمم المتحدة، وقد تم إعادة تأسيس هذا المعهد في عام ١٩٤٠ بمقتضى اتفاقية متعددة الأطراف وأصبح له تواجد مستقل، ويضم المعهد عضوية ثلاث وستون دولة من القارات الخمس وتمثل مجموعة متنوعة من النظم القانونية والاقتصادية والسياسية المختلفة، وكذلك الخلفيات الثقافية المختلفة، والمعهد باعتباره منظمة دولية فإنّه يعمل لصالح الدول الأعضاء في المقام الأول، ومع ذلك فإنّ الدول الأعضاء وغير الأعضاء تستفيد من الأعمال القانونية التي تصدر عن هذا المعهد، لذلك فإنّ المعهد له أهداف وأغراض يسعى إليها من خلال

٢٠١٠، ٢٠١٦، حتى أصبحت مبادئ اليونيدروا وثيقة توحد قواعد عقود التجارة الدولية بطريقة غير تشريعية وغير ملزمة، فالهدف الرئيس للمبادئ هو توفير إطار موحد للعقود التجارية الدولية، والتأكد من ممارستها العملية وتفسيرها وتطبيقها في أقصى عدد من البلدان المختلفة **لتشجيع التقيد بحسن النية ونزاهة التعامل في العلاقات التعاقدية الدولية**[١].

٢_ قواعد السّلوك الموحّدة للتبادل الإلكتروني للبيانات التّجارية عن طريق الإرسال عن بعد، وهي قواعد اختيارية التّي تّم إعدادها من طرف غرفة التّجارة الدّولية(ICC) في عام ١٩٨٧ بالاشتراك مع عدد من المنظمات الدوليّة[٢].

إرسائه لمبادئ تجارية دولية لها قيمة قانونية، بالتالي فقد نجح المعهد في توحيد العديد من القواعد الموضوعية والمادية للقانون الخاص الدولي.

نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٩١.

[١] _ د. جاسم محمد زكريا، الوجيز في العقود الدولية، الطبعة الأولى، جامعة الشام الخاصة، دمشق، ٢٠٢١، ص١٦٦ وما بعدها.

[٢] _ مثل: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ومنظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية(الأونكتاد)، واللجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة، ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، والمنظمة الدولية لتوحيد المقاييس، ومجلس التعاون الجمركي، ولجنة الاتحادات الأوروبية، ومنظمة تبادل البيانات بوساطة الإرسال عن بعد في أوروبا، ولجنة التأمين الأوروبية.

يرجى مراجعة: د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٦٨.

وتهدف إلى تقديم نموذج موحد لقبول اتفاقات التبادل الإلكتروني بشأن المعلومات التجارية التي تتم عن بعد، وبالرغم من مرور سنوات عديدة على إعداد هذه القواعد إلا أنّه لا يمكن إنكارها كلية في مجال التجارة الإلكترونية[١].

كما قامت بإعداد مشروع خاصّ بالممارسات الموحّدة في مجال التّوثيق والتّصديق على المعاملات الإلكترونية عام ١٩٩٦، فهذه القواعد تحثّ المتّعاملين الاقتصاديين على الشّبكة على السّلوك الصحيح، أو تقنين حسن السّلوك بهدف تأكيد ثقة الجمهور على الإنترنت، وأيضاً التّقليل من دور المؤسسات والهيئات الحكومية وتدخلها بالتّنظيم لهذه الشّبكة[٢].

وفيما يخص مجال التّبادل الإلكتروني للمعلومات، نجد قواعد وضعها المؤتمر الدوليّ للجنّة البحرية الدّولية ١٩٩٠، التّي تبنت مشروعاً لقواعد تعاقديّة تتعلق بسندات الشحن الإلكترونية، بالإضافة إلى قواعد موحدة بشأن خطابات النّقل البحري، وهذه القواعد تطبق على عقد النقل سواء كان مكتوباً أو لا، وعلى سند الشحن أو الوثيقة المماثلة سواء كانت مكتوبة أم لا، وتهدف هذه القواعد الدولية إلى إنشاء آلية للاستعاضة عن سند الشحن الورقي بمقابل إلكتروني، وضمان الثقة في المعاملات الإلكترونية وهي في ذلك لا تختلف عن التقنيات الداخلية أو الوطنية[٣].

٣_ قواعد السلوك الوطنية: تعتبر قواعد السلوك الوطنية من مصادر القواعد الموضوعية لأنّها جاءت ببعض القواعد الموضوعية التي تتناول تنظيم التجارة الإلكترونية، ومن هذه القواعد الميثاق الذي تم وضعه في فرنسا من قبل

---

[1]_ CACHARD, Op.cit, p276.

[٢] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٢٤٢.

[٣] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٦٩.

مجموعة عمل يرأسها الأستاذ BEAUSSANT، الذّي يهدف إلى خلق كيان أو هيكل ينهض باستقبال شكاوى مستعملي الإنترنت، وبعد ذلك يتخذ الإجراءات اللازمة للوساطة ويتم وقف الإعلانات غير المشروعة وعدم بثها، والانضمام لهذا الهيكل يعد مسألة إرادية أو اختيارية لا إلزام فيها[١].

وفي هولندا أُنشئت عام ١٩٩٦ مؤسسة تجمع مقدمي خدمات الإنترنت NLIP يكون من مهامها إدارة خط ساخن يسمح لكل مواطن أن يبلغ عن أية صورة تتعلق بالشذوذ مع الأطفال، وأيضاً بالنّسبة للمواقع المخلّة بالحياء مع الصغار[٢].

وفي إنجلترا تم أيضاً إنشاء جمعية خدمات الإنترنت تحت تسمية"ISPA"، حيث نشرت تقنياً للسلوك العملي Code of practice، يتكون من مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات بين المتعاملين على الشبكة الدوليّة للمعلومات، وقد أشار ذلك التقنين إلى الالتزام بعدم تقديم أية خدمات مخالفة للقانون أو تتضمن مواد تحث على العنف أو الكراهية العنصريّة أو القسوة[٣].

فهذه المبادئ والأحكام تحث متّعاملي الشبكة على عدم استخدام الحواسب الآلية بما يضرّ الغير، أو التّدخل في العمل المعلوماتي لهم والسّرقة، أو البحث أو التفتيش في البطاقات الائتمانية الخاصة بالغير، فهي تمنعهم من هذه العمليات وبذلك يجب عليهم مراعاتها وعدم خرقهم للقواعد والمبادئ، ويندرج ضمنها:

---

[١] _ أحمد شرف الدين– أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدوليّ الخاص النوعي – الإلكتروني السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٥٢.

[٢] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٢٤٢.

[٣] _ د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٤٠١.

_عدم العبث بملفات الغير.

_عدم استخدام الحاسوب لتقديم شهادة كاذبة.

_ عدم استخدام البرامج غير المدفوعة الثمن ونقلها.

_ عدم استخدام مصادر الحاسوب دون ترخيص.

_ توقع النتائج الاجتماعية للبرنامج الذي تم وضعه.

_ استخدام الحاسوب بطريقة تشير إلى الاحترام.

ويترتب على مخالفة قاعدة أو أكثر من تقنين حسن السلوك، تطبيق عقوبات من الفعل المرتكب نفسه، التي غالباً ما تكون ردود فعل منظمة تشمل قطع استخدام الشبكة، وفي هذا نشير إلى ما توصّلت إليه إحدى المحاكم الأمريكية عند إدانتها لمخترقي الرسائل التطفلية حين اعتبرت الإرسال غير المطلوب للبريد الإشهاري يتعارض مع مبادئ الأخلاقيات إلا إذا سمح الممول بذلك[١].

وبالمثل قرر الاجتهاد القضائي الفرنسي عند نظره في قضية المتطفلين ضد ممولي خدمة الدخول إلى الشبكة، الذين قطعوا اشتراكاتهم بسبب الشكاوى المتكررة من مستخدمي الشبكة، إدانة كل انتهاك للممارسة التجاريّة المتعلقة بالرسائل التطفلية، وذلك استناداً إلى أحكام المسؤولية العقديّة، وقد سوغ القضاء موقفه استناداً لنص المـــــادة ١١٣٥ من القانون المدني لاعتبار الاستعمال التطفلي يشكل خرقاً لعادات الإنترنت[٢].

وقد اعتمد كذلك من جانبه مركز منظمة الأمم المتحدة لتسهيل التجارة والمعاملات الإلكترونيّة(UN/CEFACT) في عام ٢٠٠١ توصية بعنوان: "قواعد السلوك النموذجية للتجارة الإلكترونية" التي تعتبر وسيلة لتسهيل صفقات

---

[1] _MONNET (J.) La lex élctronica, **http://perso.wanadoo.fr/man/these4.htm**.

[2] _ TGI Rochefort, sur, mer.- 28 janvier 2001 et TGI paris, réf., 15 janvier 2002, commun. Comm. Elec., 2002, comm., Grynbaum , Cf . ChihebGhazouani, op.cit., p. 308.

التجـارة الإلكترونيـة، وجـاءت لـدعم التوصـية السـابقة الخاصـة بالاتفـاق الإلكترونـي، يتمحـور مضـمونها طلـب الـدول تشـجيع صـكوك التنظـيم الـذاتي للتجارة الإلكترونية وتطويرها، كما ألحقت بالتوصية مثال على هذه القواعد وهي قواعـد السـلوك النموذجيـة للتجـارة الإلكترونيـة التـي أنشـأها برنـامج التجـارة الإلكترونية في هولندا[١].

إضافة إلى ذلك، ما ذهبت إليه تقنيات السلوك الأمريكية فيما يخص قواعد الاستخدام المقبولـة التـي تحظـى بانتشـار عـالمي واسـع، التـي تتمثـل فـي طريقـة الاسـتخدام القـانونيّ للإنترنـت وفـي هـذا الصـدد حـدث نـزاع فـي الكـونجرس الأمريكـي عـام ١٩٩٥ بسـبب فكـرة مسـؤولية الحريـة عبـر الإنترنـت، وخاصـة عنـدما حـاول الكـونجرس إصـدار تنظـيم متشـدد لحكـم الإنترنـت، ممـا دفـع المتعاملين علـى هـذه الشـبكة إلـى القـول بأنّ هـذا التشـدد يتنـافى مـع مبـدأ حريـة التعبير عن الرأي عبر الإنترنـت، إضـافة إلـى عرقلـة مسـتقبل الشـبكة العالميـة للتعاملات الإلكترونية[٢].

ومـن ناحيـة أخـرى نصـادف الكثيـر مـن البنـود العقديـة التـي تـدعو مسـتخدم شـبكة الإنترنـت أن يتصـرف تصـرف رب العائلـة أو تصـرف الشـخص العاقـل، كما يصفه القانون المدني الكندي، وغالباً ما تصاغ العبارات بشكل عام ومجرد، كـأن يقال مثلاً علـى المشـترك عدم اسـتعمال الشـبكة يلحـق الضـرر بـالغير، أو القـول أيضـاً بعـدم مخالفـة النظـام العـام والعـادات الحسـنة، أو أيضـاً بمنـع المستخدم من نشر معلومات في الشبكة تعاقب القوانين عليها[٣].

---

[١] _ فارس كرم شيان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٤٦.

[٢] _ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ١٦٧.

[٣] _ د. بـلال عـدنان بـدر، القـانون الواجـب التطبيـق علـى عقـود التجـارة الإلكترونية(دراسـة مقارنة)، مرجع سابق، ص٤٤٤.

نشير أيضاً إلى العقود التي توجب مراعاة قواعد، قانونية أو سلوكية، مفروضة من قبل مشغلين آخرين، كأن يفرض مورد خدمة الاتصال على المشتركين موجب احترام القواعد السائدة لدى موردين آخرين متواجدين على شبكة الإنترنت، حيث إنّ مثل هذا الأمر يساهم في تعزيز ما يسميه البعض فيدرالية الشبكات من خلال التداخل والاشتباك بين القواعد المختلفة لا سيما إذا تضمنت جميع العقود التي يبرمها الموردون بنوداً مماثلة.

وخير دليل على تلك الفكرة التي ترد غالباً في عقود توريد خدمة الاتصال وتمنع المشتركين في شبكة الإنترنت من الوصول إلى ملفات أسمية عائدة إلى مشتركين آخرين موصولين بالشبكة بدون ترخيص أو إذن من أصحابها، في هذه الحالة أنّ العقد يتحول إلى وسيلة تنظيمية على المستوى العالمي، لأنّ المنع هناك يكون له مفعول عالمي، بالرغم من أنّ الدول التي تعاقب قوانينها الداخلية، الوصول إلى ملفات أسمية بدون ترخيص أو إذن من أصحابها قليلة[١].

ضمن هذا السياق تندرج أيضاً، التقنيات المبتكرة في تصنيف مواقع الويب لا سيما التجارية منها، عبر لصق علامة فارقة تحيل إلى شهادات تصنيف تمنحها هيئات موثوقة متخصصة بتقييم المستوى الإجمالي للموقع للتأكد من مطابقته للمبادئ والمعايير الموصوفة من قبل هذه الهيئات التي تضمن حقيقة وجود المؤسسة التجارية من وراء الموقع، وملاءة القيمين عليها وخبرتهم، ومدى احترامهم قواعد البيع والشراء عن بعد والقواعد المتعلقة بالبيانات الأسمية، بما يساهم في تعزيز ثقة المستهلكين وفي إزالة المخاوف لديهم بشأن المخاطر الحقيقية أو المفترضة للتجارة الإلكترونية[٢].

---

[١] _ المرجع السابق، ص٤٤٥.

[٢] _ من أبرز الهيئات العالمية المتخصصة في تصنيف مواقع الويب، على سبيل المثال:
Webtrust...better business bureaus(BBB).

بعد أن ذكرنا القواعد المادية الفعلية أو القانون الموضوعي الإلكتروني للمعاملات عبر الإنترنت، نسأل هل يمكن فعلاً الركون إلى هذا القانون واعتماده كقانون يحكم العقد الإلكتروني؟

الفصل الثاني
تقويم القواعد الماديّة لعقود التجارة الإلكترونيّة

ترتب على وجود مصادر دوليّة وأخرى وطنيّة لتنظيم العلاقات الخاصة بالمعاملات الإلكترونيّة الدوليّة، ميلاد القانون الإلكتروني الدوليّ الذي يتسم بخاصيّة الحداثة المرتبطة بظهور أنواع عديدة من العقود التجاريّة الإلكترونيّة، خاصة منها تلك المعتمدة على شبكة الإنترنت.

هذه الأسباب وغيرها، تستوجب تقويم منهاج القواعد الموضوعيّة الإلكترونيّة، خاصة بعد اختلاف الفقه بشأنه، حيث اعترف البعض له بصفة النظام القانونيّ، في حين أنكرها البعض الآخر، ولم يقتصر الأمر على ذلك فقد اتجه جانب من الفقه إلى القول بقصور قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدوليّ في تسوية مجمل منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة الدوليّة، وهو ما يقتضي إعمال منهاج التنازع[١].

وعليه، هل يتمتع القانون الموضوعيّ الإلكترونيّ بصفة النظام القانونيّ؟ وما مدى قدرته على تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة؟

أمام تلك الأسئلة ولضرورة الالتزام بالدّقة القانونيّة لا بّد من تحديد الطبيعة القانونيّة لتلك القواعد، التي يمكن أن نستبين معالمها في مبحثين الأول وهو مدى تمتّع القواعد الماديّة لعقود التجارة الإلكترونيّة بصفة النظام القانونيّ، أمّا الثّاني مدى تشكيل القواعد المادية للتجارة الإلكترونية لنظام قانوني مستقل.

---

[١] _ أحمد شرف الدين– أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدوليّ الخاص النوعي – الإلكتروني السياحي، مرجع سابق، ص٦٦.

المبحث الأول
مدى تمتع القواعد الماديّة لعقود التجارة الإلكترونيّة بصفة النظام القانوني

يهدف القانون الموضوعيّ الإلكترونيّ إلى تقديم الحل المادي للمسألة القانونية موضوع العلاقة أو المعاملة المبرمة عبر الطّرق الإلكترونيّة، كما يشكل في حد ذاته الحل المباشر لأي نزاع يكون ناتجاً عن العلاقة القانونية، دون الإحالة إلى قوانين أخرى، لكن بالرغم من وجود هذا القانون الذي يحكم العمليات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية، يبقى الواقع يدفعنا إلى التشكيك في وجوده وقدرته على حسم المنازعات التي تثور بشأن تلك المعاملات.

ولدراسة مدى انطباق فكرة النظام القانونيّ على القانون الموضوعي الإلكترونيّ الذي يتولى تنظيم المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، يستوجب التطرق إلى مفهوم النظام القانونيّ أولاً، الذي يتميز بخصائص معينة، من خلال هذه الأخيرة وبالمقارنة معها أو بتطبيقها على القواعد المادية للتجارة الدوليّة يظهر مدى تمتعها بصفة النظام القانونيّ من عدمه، ومن ثم نقف على حقيقة القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة وما إذا كانت تشكل نظاماً قانونيّاً مستقلاً وقائماً بذاته[١].

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٩٥.

المطلب الأول
مفهوم النظام القانونيّ بوجه عام

بناءً على الاختلاف القائم وسط فقهاء قانون التجارة الإلكترونية حول مدى تكوين القواعد الماديّة في هذا القانون لنظام قانونيّ بالمعنى الدقيق، فكل جانب تطرق إلى نطاق يؤكد فيه إدعاءاته، فأكّد جانب منه على أنّه لا يمكن الادعاء بوجود قانون تجارة إلكترونيّة يغطي كل جوانب النشاطات والمجالات المختلفة التي يتعين على أي قانون جاء للتنظيم أن يكون ملماً بكل التفاصيل الممكنة، في حين تطرق جانب آخر للتأكيد على اكتمال هذه القواعد وتمتعها بصفة النظام القانونيّ[١]، لذلك سنتطرّق إلى تعريف النظام القانونيّ، وثمّ نتطرق لمختلف الخصائص المميزة للنظام القانونيّ وتطبيقاتها على القواعد المادية للتجارة الالكترونية من خلال الآتي.

الفرع الأول
تعريف النظام القانونيّ

يعتبر مفهوم النّظام القانونيّ من أعقد المفاهيم التي واجهت الفكر القانونيّ، وكان الغرض منه دائماً هو فهم الظواهر القانونيّة عموماً ووضع تصوّر شامل يجمع بين العناصر القانونيّة وغير القانونيّة، وبتدقيق النظر في التعريفات

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٩٥.

التـي نـادى بهـا الفقهـاء نلاحـظ اختلافـاً حـول تحديـد مفهـوم النظـام القـانونيّ وبالتالي يمكن جمعها في ثلاثة اتجاهات:

أولاً_ النظام القانونيّ باعتباره قاعدة قانونيّة:

عرّفت القاعدة القانونيّة بأنّها قاعدة عامة ومجرّدة، فهي من وضع سلطة نظامية تهدف إلى تنظيم روابط وعلاقات الأفراد في المجتمع، مصحوبة بجزاء يكفل احترامها توقعه السلطة المختصة عند الاقتضاء، كما تعتبر أداة من أدوات الضبط الاجتماعي الذي يقوم على ممارسة المجتمع لنوع من السيطرة على تصرّفات وسلوك الأفراد ونشاطهم في المجتمع، وهو ما يفرض فكرة النظام العام المشكلة من قواعد آمرة[١]. حيث إنّ اتصاف القاعدة القانونيّة بصفتي العمومية والتجريد، يعني أنّها تخاطب الأفراد والأشياء بصفاتهم وليس بذواتهم، وإنّها عند التطبيق تسري على الجميع ما لم يرد استثناء يجعل من صفتها هذه تخصصاً لفئة معينّة، فكل قاعدة قانونيّة تقوم على ركيزتين، الأولى ركن الفرض وهو عبارة عن وصف لوضع معين أو مجموعة من الأوضاع ويحتوي

[١] _ إنّ القاعدة القانونية وإن لم تبلغ إلى تحقيق العدالة التي وضعت خصيصاً من أجل ذلك أو ما ترمي للوصول إليه، فهي تعمل على توفير الأمان القانونيّ للروابط التي تنشأ بين الأفراد في الجماعة، وهي في مفهوم الفكر الرسمي أو الشكلي، كل قاعدة تصدر عن السلطة التشريعية وبما أنّها قاعدة اجتماعية فلا يتصور وجودها إلى حيث يوجد مجتمع تكون فيه جهة لها الاختصاص بوضعها، وتسمى في أغلب القوانين المقارنة بالسلطة التشريعية أو النيابية، في حين توكل لجهة أخرى تسهر على كفالة احترامها، وتتمثل أساس في السلطة القضائية التي تقوم على مبدأ العدالة للجميع، فمهامها يكمن في توقيع العقاب على من يخالفها.

يرجى مراجعة: خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ٢٣٤.

على شروط انطباق القاعدة القانونية، أمّا الركن الثاني، فهو الحكم أو الأثر القانونيّ، وهو الحلّ أو الحكم الذي يقرره القانون بالنسبة للوضع الواقعي وذلك عند انطباق الشروط والظروف المحددة في الفرض[١].

وفي هذا الاتجاه أضاف الأستاذ(VIRALLY.M) إنّ:(نظام تهذيب الروابط الاجتماعية، يميزه ليس فقط وضع القواعد ولكن أيضاً إنشاء نظم مخصصة لضبط الروابط الاجتماعيّة أو لحلّ المنازعات)[٢]، كما أضاف الفقيه الإيطالي ROMANO Santi أنّه: نتظيم قانونيّ يجب أن يشتمل على مجتمع متجانس بدرجة كافية وسلطة مؤثرة داخل ذلك الكيان، ومجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص داخل هذا النظام[٣].

وحدّد هذا الاتجاه النظام القانونيّ على نحو النظريّة العامّة للقانون، والقائمة على أساس نظرية "هانز كلسن" التي أطلق عليها اسم النظرية الخاصة للقانون، حيث تقوم على نظام تدرجي للقواعد، أي على أساس وحدة النظام القانونيّ في تدرج هرميّ، فتركيز هذا الاتجاه على مفهوم القاعدة القانونية وعلى العلاقات الداخلية بين القواعد في مجملها، لأنّ النظام القانونيّ ليس سوى

---

[١] _ محمد طارق، الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية، من الموقع الإلكتروني:

http://www.alkanounia.com/

تاريخ الزيارة في ٢/١٠/٢٠٢١م.

[2] _ GAUTRAIS Vincent, Op.cit, p. 291.

[٣] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٩٧.

القانون المطبق من المحاكم، بل هو مجموعة قواعد متناسقة ومرتبطة مع بعضها، ولكنها مغلقة لا تقبل أيّ انتقال لقواعد أخرى من نظام آخر[١].

حاول هذا الاتجاه في تحديده لمفهوم النظام القانونيّ في ضوء النظريّة العامة للقانون القائمة على أساس نظرية "هانز كلسن"، التي أطلق عليها اسم النظريّة الخالصّة للقانون، لهذا لم يكن غريباً أن يطلق هؤلاء الفقهاء اصطلاح "تنظيم قانونيّ" على مجموعة القواعد القانونيّة التي تحكم السلوك الإنساني، فالنظام القانونيّ عند كلسن هو نظام تدرجّي للقواعد[٢].

إنّ هذه النظريّة كما سبق الذكر تقوم على أساس وحدة النظام القانونيّ في تدّرج هرمي، كما تعتمد هذه النظرية على أساس فكرة التطّابق بين القانون والدولة، فهي تجسيد للقواعد القانونية النافذة، وقواعد القانون ليست على درجة واحدة، بل إنّ بعضها يعلو فوق بعض، نظراً لأن صحة القواعد الموجودة في كل درجة تعتمد على القواعد الموجودة في الدرجة الأعلى[٣].

---

[١] _ انتقد هذا الاتجاه عند تجاهله صفة التنظيم على النظام القانونيّ، أي وجود هيئة متماسكة، لها تنظيمها الخاص، وقدرتها على خلق القواعد القانونية التي تحكم الروابط الاجتماعية، وهي هيئة لها وجود ملموس، فنجد أنّ الفقيه ROMANO Santi فضل استخدام مصطلح التنظيم القانونيّ بدلاً من مصطلح النظام القانونيّ، ليعبر عن عدم كفاية القاعدة القانونية التي ركز عليها هذا الاتجاه للتعبير عن فكرة النظام القانونيّ.

خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٩٧.

[٣] _ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

نلاحظ على هذا الاتجاه أنّه قد أغفل الجانب التنظيمي وهو وجود هيئة متماسكة، لها تنظيمها الخاص، وقدرتها على خلق القواعد القانونيّة المعنيّة بحكم الروابط الاجتماعيّة، وهي هيئة لها وجود حقيقي ملموس[١]، هذه الخاصية أشار إليها Santi Romano بصدد تحليله لفكرة النظام القانونيّ مستخدماً في ذلك اصطلاح Institution juridique بدلاً من Ordre juridique، مؤكّداً في الوقت نفسه على عدم كفاية القاعدة القانونيّة Norme juridique التي ركز عليها أنصار التعريفات السابقة للتعبير عن فكرة النظام القانونيّ[٢].

ثانياً_ النظام القانونيّ تنظيم أو بناء:

تتحقّق فكرة النظام القانونيّ بوجود أجهزة أو هياكل قانونيّة داخل الوحدة الاجتماعية تتولى مهمة وضع وصياغة القوانين الجديدة، فضلاً عن تنقيح القواعد الموجودة والسهر على احترامها، فالتنظيم المتطلب لقيام مثل هكذا نظام يستدعي بالضرورة أن نكون بصدد جماعة متماسكة ومتضامنة، وإن توافرت فيها مثل هذه الخاصية في الماضي حينما كان قانون الشعوب يحكم جماعة صغيرة ومتجانسة من التجار، فإنّ الأمر على خلاف ذلك في الوقت الحالي، خصوصاً مع التوسع المشهود في ميدان التجارة الدوليّة بين أشخاص من دول مختلفة، ينتمون لأنظمة قانونيّة متباينة[٣].

---

[١] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدوليّ الطليق، مرجع سابق، ص٣١٣.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٩٨.

[٣] _ شبه الأستاذ Goldman هذا الوضع القائم "بالجزر الصغيرة" التي تشكل كل منها مجتمعاً خاصاً بمهنة أو تجارة معينة دون أن يكون هناك تضامن وتجانس فيما بينها.

يرجى مراجعة: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٢٨٢.

من أجل ذلك وضع Henry Perrity ثلاثة شروط للاعتراف بوجود النظام القانونيّ، وهي:

_ إصدار القوانين.

_فرض الانضباط عن طريق القضاء.

_ قوة تنفيذية لأحكام القضاء[١].

لكي نقر بوجود نظام قانونيّ وفق الرأي السالف الذكر، لابد من وجود قوانين يطبقها القضاة ونظام إلزام يفرض على الأشخاص قادر على فرض الجزاء عند مخالفة قواعده، ففكرة النظام القانونيّ تستخدم وفقاً لهذا الرأي للتعبير عن الهيكل والتنظيم والسلطة[٢].

ثالثاً_ النظام القانونيّ تنظيم وقاعدة:

استخدم كلا من الاتجاهين السابقين مصطلح Système Juridique و Ordre Juridique في تحديد مفهوم النظام القانونيّ، إلا إنّ كليهما انتهى إلى نتيجة تخالف الأخرى، فالنّظام القانونيّ لدى أنصار الاتجاه الأول يقصد به القواعد التي تفرض على الجماعة من قبل المشرّع، في حين يفسره الاتجاه الثاني بأنّه هيكل أو تنظيم روابط اجتماعية دون حاجة إلى قواعد موضوعة ومفروضة من المشرّع، ونظراً لأنّه لا مجال للخيار بين الجانب التنظيمي المتمثل في الروابط الاجتماعية والجانب القاعدي المتمثل في القواعد القانونية، فإنّ الفكر القانونيّ الراجح قد جمع بين الجانبين، ويترتب على ذلك القول بأنّ كل نظام قانونيّ يتكون من هيكل وتنظيم، وأيضاً قواعد تطبق داخل هذا

---

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٩٨.

[2] _ GAUTRAIS Vincent, Op.cit, p. 291.

التنظيم[١]. ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه الإيطالي Santi Romano حيث عبر في كتابه الشهير المعروف باسم "النظام القانونيّ": إنّ كل نظام قانونيّ يجب أن يشتمل على مجتمع متجانس بدرجة كافية، وسلطة مؤثرة داخل هذا الكيان، ومجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص داخل هذا النظام. فالنظام القانونيّ عنده لا يتكون من مجموع القواعد القانونيّة التي تنظم سلوك الأشخاص داخل المجتمع فحسب، وإنّما يتكون أيضاً من عناصر أخرى هي المجتمع المنظم المتماسك، والسلطة التي ربما تأخذ شكل الجهاز الإداري للدولة أو أي شكل آخر، فالنظام القانونيّ قبل أن يكون قاعدة، فهو تنظيم وبناء، ومجتمع يسري فيه، ومن ثمّ فالنظر إلى النظام القانونيّ دون توافر الجانب العضوي أو الجانب القاعديّ هي نظرة غير مقبولة[٢].

الفرع الثاني
تطبيق خصائص القاعدة القانونيّة على القواعد الماديّة

تشكيل القواعد الموضوعيّة لنظام قانونيّ يجب أن تتوافر لها صفات القاعدة القانونية، وقبل التأكد من ذلك لا بّد من القيام بتقويم مدى توافر هذه الخصائص.

---

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٩٩.

[٢] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدوليّ الخاص: فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص٢٥.

أولاً_ انطباق صفات القاعدة القانونيّة على القواعد الماديّة:

تشكيل القواعد الموضوعيّة لنظام قانونيّ يرجعنا لتبيان مدى تحقق خصائص القاعدة القانونية فيها، في حين غالبية الفقه يتردد في القول بـــأنّ القواعد الموضوعية للتجارة الدولية هي مجموعة من القواعد أو نظام قواعد، وإنّ تلك القواعد هي أدوات تنظيميّة لها صفة القواعد القانونيّة.

يؤكد أنصار القواعد الموضوعيّة للتجارة الدوليّة أنّ سلطة الدولة لا تعتبر مصدراً وحيداً للقانون، فلا يجب الربط بين القانون وجهاز الدولة لدرجة يصبح غيابها كافياً لنفي الصفة القانونية عن القواعد الموضوعية، فلا يمكن النظر إلى القانون على أنّه تعبير عن إرادة الدولة ففي هذا تضييق لمجال الظاهرة القانونية، لأنّ السلطة في النطاق القانونيّ يقصد بها وجود آليّة لتنفيذ القانون والرقابة على تنفيذه مهما كانت هذه السلطة بدائية[١].

تستمد قواعد القانون التجاريّ الدوليّ صفتها باعتبارها قواعد قانونيّة حقيقية من عدة عوامل، لعلّ أبرزها التضامن والتعاون بين رجال التجارة الدولية، الذين يظهرون على أنّهم وحدة متماسكة بدرجة كافية فهم مرتبطون بعلاقات ومعاملات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون مجتمع دوليّ حقيقي، يتولى وضع القواعد السلوكيّة التي تحكم المعاملات التي تجري في هذا الوسط الدوليّ عن طريق السلطة التي تتمثل في التنظيمات المهنية والمنظمات الدوليّة[٢]، فالقواعد

---

[١] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدوليّ الطليق، مرجع سابق، ص٣٢٤.

[٢] _ على سبيل المثال: منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، غرفة التجارة الدوليّة، البرلمان الأوربي، بالإضافة إلى الأعمال المتعددة نذكر منها التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الإلكترونية، القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية المنشأ من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاريّ الدوليّ، أعمال مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية وغيرها من الأعمال التي تقوم بها مختلف الأجهزة القانونية على المستوى العالمي.

القانونية يمكن أن توجد في كل مجتمع ولا يلزم أن تكون على شكل دولة، ما دامت قد وجدت الجماعة المتماسكة بدرجة كافية في معاملاتها وعلاقات أعضائها لتكتسب قواعدها صفة القاعدة القانونيّة[١].

إضفاء صفة النظام القانونيّ، يستوجب أيضاً وجود أجهزة أو هياكل قانونيّة خاصة أو عامة تسهر على احترام القواعد السلوكية، وفي هذا الإطار نركز على هيئات التحكيم، على اعتبارها سلطة قضائيّة حقيقية تساعد على تقوية واستقلال المجتمع الدوليّ للتجار ورجال الأعمال، وتمنح قواعده القيمة القاعديّة التي تتمتع بها قواعد القانون الوطني، وتظهر خصوصية التحكيم في وجود أجهزة مكلفة بإعماله والعمل على احترامه، هذا بالإضافة إلى وجود جزاء ذاتيّ له استقلالية يضمن احترام تلك القواعد[٢].

ثانياً_ تقييم مدى توافر خصائص القاعدة القانونيّة في القواعد الماديّة:

يعاب على القواعد الموضوعيّة عدم اعتبار الجزاء من العناصر الأساسية للقاعدة القانونيّة، فهذا الرأي لم يظفر بتأييد أغلب الفقهاء الذي يعتبرون الجزاء

د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٣٥-١٤٠.

[١] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدوليّ الطليق، مرجع سابق، ص٣٢٤.

[٢] _ تظهر في مجتمع التجارة الدولية جزاءات ذاتية متنوعة على نحو يتلاءم مع طبيعة أشخاص هذا المجتمع، فهناك جزاءات مالية كتقديم كفالة لضمان مصاريف التحكيم أو عدم تنفيذ الحكم، وهناك جزاءات تأديبية كنشر أو إذاعة اسم من صدر الحكم ضده وتقاعس عن تنفيذه، أو جزاءات تتمثل في الحرمان من بعض الحقوق كتعليق الصفة أو الحقوق العضوية ومنع الطرف المقصر من الالتجاء إلى التحكيم في المستقبل، كما يمكن منعه من ارتياد البورصات أو الأسواق التجارية.

محمد طارق، الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق.

عنصراً هاماً في القاعدة القانونية، فرسالة قاعدة القانون لن تصل مبتغاها دون أن يكون هناك جزاء باعتباره عنصراً جوهرياً في القاعدة القانونية، واستلزامه فيها لا يعني أنّ احترامها بالضرورة يستند إلى وجوده وخوف الأفراد من احتمال توقيعه[١].

نشأت قواعد قانون التجارة الدوليّة أو ما يصطلح عليه بالقواعد الموضوعيّة بعيداً عن التنظيم القانونيّ الرسمي، فأغلب الفقه يؤيد فكرة عدم وجود بناء قضائي متماسك لقانون التجار الدوليّ يعكس بناءً اجتماعياً حقيقياً للتجّار، فهناك من يذهب أبعد من ذلك إلى أنّ عدم وجود محكمة عليا للتحكيم التجاريّ الدوليّ تعمل على تخصيص الانسجام في قرارات التحكيم، يظهر معه صعوبة الوصول إلى بناء قانون متماسك، ولذلك اقترح البعض أن يتم إنشاء محكمة دولية عليا للتحكيم التجاريّ لتكون بمثابة جهة استئناف لكلّ محاكم التحكيم في مجال التجارة الدولية[٢].

---

[١] _ الثابت في الفقه القانونيّ أن الإلزام عنصر جوهري من عناصر القاعدة القانونية آمرة كانت أن مكملة، فهذه الصفة هي التي تميز القاعدة القانونية عن قواعد القانون الطبيعي الذي يستطيع الفرد مخالفتها.

خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ٢٤١.

[٢] _ عند الحديث عن التحكيم كقضاء لحسم النزاعات التجارية الدولية وجهت لتفعيل القواعد الموضوعية، يراها بعض الفقه أنّ في هذه الحالة المحكم يقوم بدور "المهندس الاجتماعي"، فعند تطبيقه قانون التجار الدوليّ فهو يكون أقرب إلى المخترع منه إلى الشخص الذي يطبق القانون الوطني، فقانون التجار الدوليّ والقواعد الموضوعية فيه عند تطبيقه يشكل عملية ابتكارية اختراعية، أشار إلى هذا المثال: محمد طارق، الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق.

يرى جانب آخر من الفقه أنّ نقطة الضعف الرئيسية التي يعاني منها القانون الدوليّ الخاص وبالتالي القواعد الموضوعيّة، تتمثل في الاعتراف غير الثابت بمضمونه في الواقع الحالي، على الرغم من اعتماده على ديناميكية حركة الواقع التعاقديّ في المجال الدوليّ وثبات العادات والقواعد التي يولدها هذا التطبيق التعاقديّ ولاسيما عندما تقنن[١].

يأخذ على إضفاء الصفة القانونيّة على القواعد الموضوعية أنّ هذا الفقه يعمم عناوين عن القواعد الموضوعيّة أو منهاج القواعد الموضوعيّة، لأنّ جديتهم تدور كلها حول قواعد القانون التجاريّ وحدها دون التطرق للقواعد الموضوعيّة ذات المصادر الأخرى، وكأنّه اعتراف منهم جميعاً أنّ القواعد التي تصدر عن هذه المصادر مسلّم بقانونيتها[٢].

---

[١] _ جاءت هذه القواعد بعيداً عن القوانين الوطنية، وعدم تقنينها راجع إلى تطورها المستمر منذ نشأتها في العصور الوسطى، فجاءت بعد الجدل الكبير الذي احتدم بين الفقهاء في بداية الخمسينات من القرن الماضي بخصوص ما أطلق عليه الفقه "أزمة منهج التنازع" وضرورة البحث عن منهاج آخر ليحكم الروابط الدولية.

د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ١٠٩.

[٢] _ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

المطلب الثاني
الاتّجاهات الفقهية حول وجود النظام القانونيّ للقواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة

سبق الذكر أنّ الفقه اختلف حول فكرة تكوين القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة لصفة النظام القانونيّ، حيث أنكر البعض هذه الصفة من منطلق عدم تحقق عناصر النظام القانونيّ فيها، في حين أيد البعض الآخر تمتعها بهذه الصفة، وأورد للدفاع عن موقفه جملة من الحجج.

لأهمّية هذه المسألة سيتم التطرق إليها بالتعرّض لحجج الاتجاه المنكر للطبيعة القانونيّة لقواعد التجارة الإلكترونيّة، ثمّ لحجج الاتجاه المؤيد لانطباق صفة النظام القانونيّ على القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة.

الفرع الأول
الاتجاه المنكر لصفة النظام القانونيّ عن القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة

لقد أنكر البعض صفة النظام القانونيّ للقواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة، فهي وفقاً لهم لا تعدو أن تكون مجرد قواعد ماديّة تندرج ضمن عموم قانون التجار (lex Mercatoria)[١]، ومن ثمّ فهي لا تشكل نظاماً قانونيّاً قائماً بذاته،

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ٢٠١.

كما أنّها لا تتميّز بأيّ سمة خاصّة تجعلها تختلف عن القواعد الماديّة للتجارة الدوليّة، وقد استند أنصار هذا الاتجاه على عدة حجج لتدعيم وجهة نظرهم، ولعلّ من بين تلك الحجج ما قدمه كلا الفقيهين(P.lagarde, Monnet)[١]، حينما أكدا على أنّ هذه القواعد تفتقد للتنظيم المتجانس الذي يعد أحد عناصر قيام النظام القانونيّ، ذلك من المعلوم أنّ جوهر أيّ نظام قانونيّ يتمثل في وجود الجماعة والتنظيم، ولا يمكن الحديث عن هذه الصفات إلا إذا وجدت جماعة متماسكة ومتضامنة ولا ينقصها التنظيم اللازم من أجل بناء نظام قانونيّ متكامل، ومن هذا المنطلق يصعب الاعتراف بصفة النظام القانونيّ لمجموع القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة، كون المجتمع المعني بهذا القانون، أي جماعة الإنترنت(La communauté cybernétique)، يضم أشخاصاً ينتمون إلى دول وأنظمة قانونيّة متباينة، وهم في الغالب لا يعرفون بعضهم البعض، ولا يوجد بينهم رابط اجتماعي سابق على رابط العمل، كما لا تجمعهم ثقافة واحدة ولا فكر إيديولوجي واحد، فهي جماعة تفتقد إلى الوحدة والتماسك اللازمين لأي نظام قانونيّ. ويؤكد أنصار هذا الاتجاه أيضاً على عدم التجانس الناتج عن وجود طوائف عديدة من التجار والمهنيين والفنيين داخل جماعة الإنترنت، قد أدى وجود عادات خاصة بكل طائفة تعبر بها عن مصالحها المتعارضة، وهو ما يصعب معه القول بتوافر فكرة التنظيم اللازم لقيام النظام القانونيّ[٢].

---

[١] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدوليّ الخاص النوعي(الإلكتروني- السياحي- البيئي)، مرجع سابق، ص٦٣.

[٢] _ بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٣٨.

وقد عبّر الأستاذ(Hobbes) عن هذا التعارض من خلال نظريته الشهيرة تنازع أو تعارض المصالح (la théorie de la conflictualisté) داخل المجتمع الشبكي، التي أكد فيها أنّ التنازع يبلغ ذروته في الفرض الذي لا يستطيع أفراد الجماعة أن يحددوا المصالح الخاصّة لكل منهم أو مصالح الجماعة ككل، حتى تصبح نظرة المتعاملين (Cybernautes) غير متناسقة مع بعضها البعض ويظهر كما لو أنّ مصالح أحدهم تضر أو تخالف مصالح الطرف الآخر[١]، وتبرز هذه الفرضية بجلاء في السوق الإلكتروني الذي لا يضم فقط المتعاملين المحترفين، وهو ما كان سائداً في القانون التجاريّ الدوليّ قديماً، بل يشمل عدداً كبيراً من مستخدمي الشبكة الرقميّة، ويستوي أن يكون المستخدم محترفاً أو مستهلكاً، ولا يخفى على أحد التعارض القائم بين مصالح المهنيين، ومصالح المستهلك الإلكتروني[٢].

وفي السياق ذاته، يضيف الأستاذ أحمد عبد الكريم السلامة أنّ غياب التنظيم مرده قضاء الدول على محاولات إنشاء القواعد الماديّة التجارة الإلكترونيّة نتيجة لتضارب المصالح الاقتصاديّة والسياسية لهم، وكذلك تمسك كل دولة بقواعدها ورفضها تطبيق القواعد الافتراضية على المنازعات التي يكون رعاياها أطرافاً فيها، ويعكف تسويغها هذا الاستشهاد برأي الأستاذ (Burnestein) الذي ذكر فيه:(لا يعتقد أن دولة كالصين مثلاً، ترتضي وتساهمّ في وضع قانون موضوعي للإنترنت تسمح قواعده بالانتشار الحر

---

[١] _ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٠٣.

[٢] _ سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونيّة في إطار القانون الدوليّ الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠١١، ص٢٤٤.

للأفكار والثقافات، كما من المستبعد أن تتوافق الدول المتقدّمة مع الدول الفقيرة أو النامية حول تدابير حماية الملكيّة الفرديّة في مجال الإنترنت)[١].

من خلال ما سبق، ووفق الرأي المستقر عليه في غالب الفقه، إنّ الإدعاء بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن كل الدول افتراض يصعب قبوله، لأنّ المتعاملين مع شبكة الإنترنت ومقدّمي الخدمات هم في الأصل أشخاص طبيعيون، لهم مواطن حقيقيّة يقومون بدفع التزامات مالية حقيقية من خلال البنوك التي يتعاملون معها، وإنّ الوسائل التكنولوجية والفنية المستعملة في اتصالاتهم تتمركز في حدود إقليمية معينة، فتخضع العمليات التي تتم عبرها لقوانين تلك المواقع الإقليميّة حسبما تحدده قواعد التنازع في القانون الدوليّ الخاصّ[٢].

ويصنف الأستاذ باتيفول، القانون بأنه" تعبير عن إرادة السلطة"، بحيث يقوم على ما يفرزه المشرع التابع للدولة عن قواعد، لكن من الرغم من ذلك يلزم أن يكون هناك تلازم بين تلك السلطة والنظام القانوني، لأنّ فكرة النظام القانوني تفترض بالضرورة" أبنية وتنظيماً ومؤسسات ومن ثم وجود سلطة"[٣].

إنّ إنكار البعض لصفة النظام القانونيّ على القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة مرده الطابع المكمّل الذي تتميّز به قواعد هذا القانون، إذ يلاحظ أنّ معظم قواعد هذا القانون قواعد مكّملة يتّم إعمالها بناءً على رغبة الأطراف المتعاقدة وإرادتها، وهي غالباً ما تتّخذ شكل قواعد سلوك محددة وتلقائية في

---

[١] _ د.أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدوليّ الخاص النوعي(الإلكتروني- السياحي- البيئي)، مرجع سابق، ص٦٣.

[٢] _ حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونيّة: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة المعارف، الجزائر، ٢٠٠٨، ص١٧٨.

[٣] _ محمد طارق، محمد طارق، الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق.

نشأتها وفي مضمونها[١]، والحقيقة أنّ افتقاد هذه القواعد لعنصر الإلزام سببه اقترانها بجزاء توقعه سلطة عامة يكفل احترامها واتباعها[٢]، ولئن تبين أنّ قواعد القانون المادي الإلكتروني قواعد مكملة، فإنّه من غير المعقول القول بتمتّع هذا القانون بصفة النظام القانونيّ، كون مثل هذه القواعد لا تعدو أن تكون مجرد ترف قانونيّ لا يصلح لتشكيل نظام قانونيّ مستقل ومتكامل[٣].

إنّ هذا الطرح يؤكّد عجز القواعد الماديّة عن تشكيل نظام قانونيّ مستقل، إذ لا يمكن قبول تنظيم هذا المجتمع بمقتضى قواعد مكملة، فمجتمع الإنترنت يتكّون إلى جانب المهنيين من مستهلكين ينبغي أن تتم حماية حقوقهم بمقتضى قواعد قانونيّة آمرة[٤]، ولتحقيق هذا تبقى الحاجة إلى تدخّل الدولة قائمة ليس لإقامة التوازن بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة والذاتية للمتعاملين مع شبكة الإنترنت، بل لتـــوقيع الجزاءات على كل مخالف للقواعد السلوكية السابقة والقواعد القانونيّة الوطنيّة ذات الصلة[٥].

ولكن هل ما سلف يعني أنّه لا يوجد مجتمع افتراضي يمكن أن يكون له قواعد خاصة؟

---

[١] _ سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونيّة في إطار القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص٢٤٤.

[٢] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٢٥١.

[٣] _ د.صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٠٤.

[٤] _محمد عبد الله العبد الله، القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الرقمية، مرجع سابق، ص٣٢.

[٥] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدوليّ الخاص النوعي(الإلكتروني- السياحي- البيئي)، مرجع سابق، ص٦٥.

الأمر يحتاج إلى وقت ريثما تشكل قواعد مكتملة لحكم هذا المجتمع وهي مرحلة مرت بالمجتمع المادي عبر تاريخه الطويل، المشكلة أنّ البعض ينظر إلى هذا المجتمع الافتراضي من زاوية مقارنته بالمجتمع المادي دون النظر إلى عمر المجتمع الافتراضي بالمقارنة مع المجتمع المادي، ولا أحد يشك في وجود عدد من القواعد نشأت في إطار مجتمع الإنترنت وهي تتزايد مع الوقت، حيث إنّ تكوين قواعد المجتمع المادي أسهل بكثير من تكونها في المجتمع الافتراضي، فالأول يتقارب أفراده في الثقافة والبيئة الاجتماعية أمّا الثاني تتفاعل فيه حضارات وثقافات العالم بأثره، وتتلاقى في وقت واحد، مما يجعل ثمة عقبة لتكوين قواعد تتلاءم مع بيئة تشهد مثل هذه الثقافات[١].

كما أنّ الإطار أو المجال القانوني للعمليات التجارية الدولية يتكون من مجموعة قانونية مختلفة ومتباينة، ويستمد جزء من هذه القواعد من التشريعات الوطنية أي قواعد قانونية، أي قواعد وطنية الأصل والجزء الأكبر مستمد من قواعد دولية بالمعنى الحقيقي وهذه الأخيرة مستمدة سواء من اتفاقيات دولية أو من أعراف مهنية قننت.

ويعتمد الفقه المنكر لصفة الصفة القانونية للقواعد الموضوعية على نص المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية، الذي يشير إلى المبادئ العامة للقانون كمصدر احتياطي للقاعدة الدولية مما لا يسعف في منح المبادئ العامة عبر الدولية الصفة القانونية[٢].

---

[١] _ د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، الموطن في العلاقات الخاصة الدوليّة، مرجع سابق، ص١١٧.

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٤٨٧.

يبدو من الحجج التي ساقها أنصار الاتجاه المنكر أنّها تستند على حصر نقدهم على القواعد المادية ذات النشأة التلقائية وتجنب الحديث عن المصادر الأخرى. كما أنّهم يعتمدون على الربط بين فكرة النظام القانوني وبين الدولة على نحو لا يمكن معه وجود نظام قانوني خارج إطار الدولة وتنظيمها وهذا ما يصعب التسليم به في نظر البعض من الفقه، الذي يدفع أنّه داخل مجتمع التجار يبقى هناك حد أدنى من المصالح المشتركة يدفعهم إلى التضامن، كما أنّ الواقع يؤكد وجود هذا المجتمع وتنظيمه الذاتي وتطبيقه في قضاء التحكيم[١].

وفي رد الفقه على الاتجاه المنكر عند عرضه لكون القواعد المادية تتسم بالطابع المكمل أن أحداً لم ينكر على القواعد القانونية المكملة القدرة على تنظيم المجتمع خصوصاً العلاقات الخاصة الدولية. وهذه تعتبر ميزة جوهرية كما أنّ تطبيقات قضاء التحكيم والقضاء الوطني قد كشفت وجود قواعد موضوعية دولية ذات طابع آمر مطلق لا يجوز مخالفتها وعند النظر إلى الجزاء، فإنّه يعتبر موجوداً بمراعاة طبيعة مجتمع التجار الدولي فيكون الجزاء موجوداً ومتنوعاً وفعالاً في هذا المجتمع[٢].

بعد أن تمّ تحديد الحجج الواردة من الفقه المنكر لصفة النظام القانونيّ على القواعد الماديّة الإلكترونيّة، سيتم التطرق للاتجاه الثاني الذي يكرّس فكرة تمتّع القواعد الماديّة بصفة النظام القانونيّ.

---

[١] _ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص ٤٧.

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٤٨٧.

الفرع الثاني
الاتجاه المؤيد لتمتّع القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة بصفة النظام القانونيّ

انقسم هذا الرأي إلى اتجاهين:

اتجاه مؤيّد لصفة النظام القانونيّ المتكامل الذي يوازي ما تضعه الدولة لتنظيم الروابط القانونيّة الدوليّة، الذي يحوي مجموعة القواعد والأصول القانونيّة الكفيلة بمنافسة المنهاج التقليدي القائم على قواعد التنازع.

وبين اتجاه ثانٍ معتدل لم يذهب إلى حدّ إنكار هذه الصفة ولا الاعتراف بها بشكل مطلق، بل تبنّى موقفاً وسطاً يتفق أكثر مع المستجدات الحديثة لتطوّر الفكر القانونيّ المعاصر[١]، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً_ الاعتراف بصفة النظام القانونيّ المتكامل:

يذهب فقه القانون الدوليّ الخاصّ المعاصر إلى أنّ تطور هذا القانون نحو تعدّد المناهج أصبح حقيقة لا سبيل لإنكارها، وما تمثله القواعد الماديّة كمنهاج ضمن مناهج القانون الدوليّ الخاص بمفهومه الواسع خير دليل على ذلك.

فالقواعد الماديّة أصبحت الأداة القانونيّة المتميزة لفض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، ما دفع الفقه إلى القول بأنّ الأمر يتعلق بمنهاج كامل يستهدف بالدرجة الأولى مصلحة التجارة عبر الحدود، ويعمل على إيجاد القواعد التي تلائم التطور السريع لهذه التجارة ويعمل على ازدهارها.

---

[١] _ د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص٢٥٢.

هذا ولقد استند مؤيدو هذا الاتجاه على عدة أسانيد لتبرير موقفهم وفق الآتي:

يرى جانب من الفقه ومنهم الأستاذGoldman بأنّ:(القواعد الماديّة للقانون التجاريّ الدوليّ تشكل نظاماً قانونيّاً بكل ما للكلمة من معنى، له صفة الكمال والانغلاق، بمعنى قدرته على الاكتفاء الذاتي، وله نظامه العام الدوليّ الطليق أو الحقيقي الذي يحميه ضد النظام العام في الدولة)[١]. بينما يقرر الأستاذ Fouchard:(القانون التجاريّ الدوليّ هو نظام قانونيّ تام أو كامل)[٢].

ودعمه في ذلك الأستاذ Rigaux الذي رأى بأنّ القواعد الموضوعيّة للقانون التجاريّ الدوليّ تشكل عموماً نظاماً قانونيّاً طالما اجتمعت لها العناصر اللازمة لنشأتها، والمتمثلة في القواعد السلوكية التي يحترمها المخاطبون، وقواعد يطبقها القاضي أو المحكّم وكذلك أجهزة إكراه تكفل فعالية هذا النظام[٣].

وعلى الرغم مما لقيه هذا الرأي من تأييد منقطع النظير نظراً لواقعيته وأسانيده القوية، إلا إنّ تناوله لفكرة النظام القانونيّ من وجهة نظر القانون التجاريّ الدوليّ دون التطرق للقواعد الماديّة ذات المصادر الأخرى وعدم مناقشته لكل نوع من القواعد التي هي محل خلاف فعلي، دفع البعض إلى تبني موقف معتدل حاول أنّ يخفف من حماسة هذا الرأي نحو هذه القواعد.

---

[1] _ Goldman Berthorld , Les conflit de lois dans l’arbitrage international de droit privé, rec.des cours de LaHaye, T109,1963, vol 2, p388.

[2] _ Fouchard Phillipe , Les usages, L’arbitre et le juge , a propose de quelques récents, Arrêts français، Mélange Goldman, paris, 1982, p67et 80.

[3] _ Regaux Francois, Souveraineté de l’états et l’arbitrage international , Mélange Goldman, paris، 1982, 261.

ثانياً_ الاعتراف بصفة النظام القانونيّ غير الكامل:

على غرار الرأي الآنف ذكره، ذهب جانب آخر من الفقه إلى تبنّي موقف معتدل في محاولة منه للموازنة بين الرأيين السابقين، بما يستجيب للتطور الحاصل في ميدان التجارة الدوليّة وتطور الفكر القانونيّ الخاص بها، إذ انتهى هذا الرأي إلى أنّ القواعد الماديّة تشكل نظاماً قانونيّاً ولكنّه نظام قانونيّ غير كامل، أو كما عبر عنه بأنه:**(نظام قانونيّ كالجنين في طور التكوين)**[١].

وفي المعنى نفسه يذهب جانب من الفقه إلى أنّه لا يمكن القول بأنّ القانون التجاريّ الدوليّ يشكل نظاماً قانونيّاً بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح، أي مجموعة القواعد المترابطة الكاملة والمستقلة، التي تغطي كل جوانب النشاط الذي يريد أن يحكمه، ومشتملاً على قواعده الخاصة بالتفسير وذات طبيعة تكمل ثغراته الحتمية التي لا يمكن تلافيها[٢].

من خلال هذا النظر يتبين بأنّ منهاج القواعد الماديّة لا يحتوي على قواعد كافية لتغطية كل المسائل التي يمكن أن تثور في إطار العلاقات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، على نحو يستغني معها عن كل إحالة إلى القانون الوطني، فإذا كان هذا المنهاج يشتمل على قواعد تتعلق بتفسير وإبرام العقود، فإنّه يخلو من القواعد القانونيّة التي تعالج مسائل أخرى في غاية الأهمّية كأهلية الأطراف وعيوب الرضا والتقادم المسقط والفوائد التأخيريّة ... وغيرها[٣].

وهو ما قد يحتم الاستعانة بالنظم الوطنيّة لتغطية مثل هكذا نقص، فهذا الأخير يعترف به حتى أنصار القانون التجاريّ الدوليّ، الذين ينظرون للقواعد

---

[١] _ د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، الموطن في العلاقات الخاصة الدوليّة، مرجع سابق، ص١١٨.

[2] _ Fouchard Phillipe , L'état face aux usages du commerce international, trav.com.fr.dr.int.privé ,1973- 1975, 1977, p74

[٣] _ د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدوليّ الخاص النوعي، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

الماديّة المشكلة لهذا الفرع من القانون على أنّها قواعد مهنية لا تنظم في الواقع كل المشكلات التي يمكن أن تثور في عقود التجارة الدوليّة، وتواجه جل ما ينشأ عنها من منازعات، كونها لا تشكل في واقع الأمر مجموعاً قانونيّاً كاملاً يمكن أن يحيط بكل شيء[١].

ومن أجل تأكيد وجاهة هذا الرأي استدلّ هذا الجانب من الفقه بأنّ القانون التجاريّ الدوليّ على الرغم من أنّه يمثل نظاماً قانونيّاً خاصاً إلا أنّه يعتمد على النظم القانونيّة الوطنيّة في إعماله، وفي جوهره وفي فعاليته، فلا يمكن بأيّ حال من الأحوال نكران الارتباط الوثيق بين النظام القانونيّ للمجتمع الدوليّ للتجار والأنظمة القانونيّة الوطنيّة التي تعنى بتقديم الدعم والتكملة له[٢].

وبحسبان أنّ القواعد الماديّة في القانون الدوليّ الخاصّ تستجيب لمعطيات العلاقات الخاصة الدوليّة وتبعد عن التعقيد في حل منازعات تلك العلاقات، إلا إنّ هذا لا يعني خلوها من المثالب والمطبات التي يمكن أن تؤثر في فعاليتها، لذلك يجب العمل على تلافيها مستقبلاً خصوصاً ما تعلق منها بتحقيق الأمان القانونيّ الذي ينشده المتعاقدون في تعاقداتهم التجاريّة الدوليّة، الذي يمكن النظر له من وجهتين:

١ _ منح القاضي أو المحكّم المزيد من السلطة وعدم ضمان المستقبل التنفيذي للحكم:

إنّ الأصل التشريعي والقضائي الذي تنبع منه بعض القواعد الماديّة يكفل

---

[١] _ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص ٤٩.

[٢] _ بلاق محمد، حدود مسأهمّة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٤٦.

لها الاحترام المتطلّب للقاعدة القانونيّة ككل، فوجود قواعد قانونيّة محددة يضعها المشرّع أو القضاء وتكفل لها السلطات العامة الاحترام، من شأنه أن يبعث الأمان والطمأنينة اللازمين لحسن علاقات وروابط الأفراد سواء فيما بينهم أو فيما بينهم وبين السلطات العامة ذاتها[١]، لتكون هذه القواعد بمثابة اقتراب وطنّي للحلول الخاصة بالمشاكل الدوليّة، مما سيجعلها متأثرة بالمصالح الوطنيّة بالرغم من أنّها وضعت أساساً لرعاية الاعتبارات الدوليّة.

كل هذا من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالانسجام الدوليّ للحلول، على اعتبار أنّ إعمال القواعد الماديّة للقانون التجاريّ الدوليّ يخضع لسلطة القاضي أو المحكّم التقديريّة، وهو تقدير يخضع للاعتبارات الشخصية والخلفية المهنية التي قد لا تتفق مع الحل القانونيّ السليم، لأنّ القاضي مسوق في سبيل إعدادها بالظروف الخاصة لدولته، ووفقاً لما تقتضي به مصالحها، الأمر الذي أوجس خيفة لدى بعض الفقه من أن يؤدي تعدد القواعد الصادرة عن تلك الدول إلى التوصل لنظام يتسم بخصوصية شديدة في حل المشاكل التي تثيرها العلاقات التجاريّة الدوليّة، وإلى التشكيك في تشييد أو تكوين قواعد قانونيّة حقيقية للقانون الدوليّ الخاصّ الماديّ[٢].

فضلاً عن ذلك، فإنّ هذا الفقه وبالرغم من تأييده لدور القضاء في إرساء القواعد الماديّة لخدمة مصالح التجارة الدوليّة، فإنّه لا يؤيد تطبيقها استقلالاً عن قواعد التنازع، بحجة أنّ المستقبل التنفيذي لتطبيق القواعد الماديّة يبقى غير مضمون في ظل عدم توفر معيار محدد يمكن بمقتضاه ضبط صحة الحكم من

---

[١] _ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدوليّ الطليق، مرجع سابق، ص ٨٢.

[٢] _ بلاش ليندة، إخضاع العقد الدوليّ للقواعد الموضوعية، مرجع سابق، ص٢٠٩.

الناحية الموضوعيّة، وهو ما يخصص الإخلال بالأمان اللازم لمعاملات التجارة الدوليّة[١].

وبالرغم من التسويفات التي ساقها هؤلاء، فإنّ التسليم بها بشكل قاطع يجافي الحقيقة التي يفرضها الواقع العملي، بدليل أنّ القواعد الماديّة غالباً ما تأتي في صورة مواد واضحة وتصحبها في كثير من الأحيان شروح لها، وما ذهب إليه مشرّعو بعض الدول إلا تأكيد على ذلك، كالمشرّع التشيكوسلوفاكي سابقاً، حين ربطوا تطبيق القواعد الماديّة بمنهاج التنازع، بحيث لا يملك القاضي جواز إعمال هذه القواعد إلا إذا أشارت قواعد التنازع باختصاص قانونه لحكم الرابطة العقدية المطروحة، وهذا كلّه فضلاً عن المتابعة لتطبيق هذه القواعد من لدن أطراف التجارة الدوليّة، ولا سيّما المنظمات الدوليّة المعنية بتنظيم مثل هذه الأنشطة[٢].

ولا ضير في تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من قبل القضاء مادامت القواعد الماديّة التي استندت إليها، في أغلبها، هي نتاج اتفاقيات دوليّة تدخل هي الأخرى في نطاق التشريعات الداخلية، وبالتالي لن يجد القاضي أيّ حرج في الرجوع إليها لتقرير أحكامه، إضافة إلى أنّ اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية نظّمت بدورها هذه المسألة حين لم ترهن تنفيذ قرارات التحكيم بأي شرط متعلق بسندها القانونيّ[٣].

---

[١] _ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص ٥١.

[٢] _ إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونيّة للتجارة الإلكترونيّة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٨، ص ٣٨٣.

[٣] _ بلاق محمد، حدود مسأهمّة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٤٧.

٢ _ التشكيك في عدالة القواعد الموضوعيّة وقدرتها على تحقيق الآمن القانونيّ:

إنّ لكل دولة ظروفها الخاصّة التي تتغير بناءً عليها احتياجاتها الخاصة للعدالة، فالدول غير المتعاونة في هذا المجال تنعدم الرغبة لديها لترك المنازعات التي يكون أحد رعاياها طرفاً فيها كي تحكمها القواعد الماديّة، إذ قد يؤدي تعارض المصالح الاقتصاديّة والسياسيّة للدول إلى إعاقة أي محاولة ترمي إلى خلق أو إنشاء هذه القواعد الماديّة[١]، بما يؤدي إلى تشويه العدالة ومعها انعدام الأمان القانونيّ الذي ينشده الأطراف، وهناك من الفقه من قال: (إذا كان أنصار القواعد الماديّة يدعون أنّ في تطبيقها تحقيقاً للعدالة التي تعجز عن إدراكها القوانين الوطنيّة الجامدة، فإنّ هذه العدالة مشوبة بكثير من الشبهات)[٢].

فعلى الرغم من أنّ القواعد الماديّة وضعت لتستجيب لحاجات ومتطلبات التجارة الدوليّة وعدالة أداء الأطراف فيها، فإنّها عدالة عرجاء – من وجهة

---

[١] _هذا على غرار قواعد التنازع التي تكتفي بالاختيار العادل أو المناسب للقانون الواجب التطبيق مراعية في هذا الاختيار طبيعة المسألة المطروحة، ودرجة الصلة التي تربطها بالنظم القانونيّة التي سيجري الاختيار من بينها، وهذا بصرف النظر عن عدالة النتائج التي يؤدي إليها تطبيق هذا القانون على هذه الروابط.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص ٦٨٤.

[٢] _ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص ٥٣.

نظرهم– كونها مقررة لصالح الطرف القوي اقتصادياً في العلاقة، فهي قواعد من صنعه تجعل منها قانون الأقوى[١].

ومن ناحية أخرى، فإنّ القواعد الموضوعيّة عندما تكون وطنيّة الأصل، فهذا يعني نسبية فكرة العدالة واستقلالها بين دولة وأخرى، وهو استقلال يجب احترامه في ظلّ هذه النسبية للعدالة التي تختلف باختلاف النظم القانونيّة الوضعية، وعليه لا يمكن لأي نظام قانونيّ وطني أن ينصب نفسه كمشرّع عالميّ ذي سلطة مطلقة[٢].

ومما سبق، يمكن القول بأنّ القواعد الماديّة للتجارة الدوليّة تشكل في مجموعها نظاماً قانونيّاً ولكنه نظام غير مكتمل، فالقواعد المعنية هي قواعد تنمو يوماً بعد يوم وما التطلع لأن تولد علاقة متكاملة إلا نوع من التزيد غير المنطقي، إذ سيكون مستقبلاً لعاملي الوقت والجهود الدوليّة الدور الكبير في بناء هذا النظام القانونيّ بشكل متكامل[٣].

وبالعودة لموضوع القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة، نجد سؤالاً يطرح نفسه، وهو: هل هناك ترابط أو تشابه أو تماثل بين القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة والقواعد الماديّة للتجارة الدوليّة، وهل فكرة القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة تندرج ضمن فكرة القواعد الماديّة للتجارة الدوليّة بشكل عام؟

وللإجابة على هذا السؤال سيتم المقارنة من حيث النشأة ونطاق التطبيق:

---

[١] _ أكد الاستاذ أبو زيد رضوان أنّ القواعد التي وضعتها جمعية لندن لتجارة الحبوب عام ١٨٧٧، التي قيل أنّها بنيت على العدل والمساواة، استهدف بها إخراج عقود التجارة الدوليّة للحبوب من الخضوع لقانون دولة ما عاكسة بذلك علاقات القوى الاقتصاديّة للدول.

بلاش ليندة، إخضاع العقد الدوليّ للقواعد الموضوعية، مرجع سابق، ص٢١٠.

[٢] _ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، مرجع سابق، ص ٥٣.

[٣] _ المرجع السابق، ص٥٤.

١ _ إنّ القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة تنطبق فقط على مجتمع افتراضي موجود فقط على شبكة الإنترنت، وليس له واقع مادي ملموس، في حين أنّ القواعد الماديّة للتجارة الدوليّة صممت من أجل أن تطبق على مجتمع حقيقي موجود في العالم الواقعي هذا من جانب، ومن جانب آخر فإنّ القواعد الإلكترونيّة لا يقتصر تطبيقها على المعاملات التجاريّة الدوليّة فحسب، ولكنها تمتد لتشمل المعاملات التجاريّة الداخلية[١]، وعلى العكس من ذلك، فإنّ القواعد الماديّة التقليديّة لا تستهدف سوى المعاملات التجاريّة الدوليّة فقط.

إنّ القواعد الماديّة الدوليّة التقليديّة تنظم الروابط القانونيّة التي تتم بين المهنيين بخصوص المعاملات التي لا تشكل بالضرورة تنظيماً آمراً في القانون الداخلي، في حين أنّ السوق الإلكترونيّة تضم ليس فقط المهنيين ولكن أيضاً المستهلكين[٢].

٢ _ القواعد الماديّة التقليديّة تنشأ من سلوك المهنيين وتصرفاتهم، وإنّ القواعد الإلكترونيّة تنشأ من سلوك كافّة المتعاملين عبر الإنترنت سواء أكانوا مهنيين أم فنيين أم مستهلكين[٣].

وبالتالي تعدّد الجماعات أو الطوائف عبر الشبكة لا يؤدي إلى المساس بصفة التجريد أو العمومية، فهي قواعد عمومية، بالرغم من أنّ تلك القواعد هي قواعد طائفية، لا تخاطب إلا أشخاصاً معينين بالذات، وهم المتعاملون عبر

---

[١] _ هذا يتضح من نص المادة الأولى من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونيّة(١٩٩٦)، التي تنص على أن:(هذا القانون ينطبق على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجاريّة)، ذلك أنّه يصعب وضع معيار محدد يمكن من خلاله التمييز بين المعاملات الدوليّة والوطنيّة.

[2] _ CACHARD, Op.cit, p. 19.

[٣] _ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٢٨٤.

الشبكة، سواء كانوا مهنيين، مستهلكين أو فنيين، كما إنّها قواعد نوعية كذلك كونها لا تنظم إلا المعاملات التي تتم في المجتمع الافتراضي، تتمتّع أيضاً هذه القواعد بالجزاء الذي يوقع عند مخالفتها، وهو جزاء يتأثّر بطبيعة المجتمع على شبكة الإنترنت، وإن لم يكن مثل الجزاء المادي الذي تتمتع به الدولة، إلا أنها جزاءات تناسب المجتمع الافتراضي[١].

ويشير الأستاذ(FOUCHARD) حول تمتع القواعد الماديّة بالجزاء، إلى أنّها تتضمن نوعين من الجزاء، مالية ومعنوية، كتقديم تأمين لتغطية مصاريف الحكم أو مبلغ التعويض الذي قد يحكم به المحكم، فهي كافية للاعتراف بهذه القواعد بخاصية الجزاء، وهي جزاءات فعالة تناسب مجتمع التجارة الدولية، إلى جانب الجزاءات الأدبية تشمل نشر أسماء الأطراف المتخلفة عن تنفيذ الأحكام التنفيذيّة، وإسقاط العضوية وحرمان الطرف المتخلف عن تنفيذ الحكم من الحصول على المنح والعمل في الأسواق الدوليّة[٢].

اعتبر جانب آخر من الفقه أنّ المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية من حقهم تحديد القواعد التي تطبق على ما يثور بينهم من نزاعات، فالمجتمع الافتراضي يقبل بفكرة أنّ القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية تشكل قواعد

---

[١] _ نجد أنّ الاتجاه المعارض لهذه الفكرة يعمل على الخلط بين المصالح التي تراعيها القواعد عبر الدولية للطوائف المتعددة، ومدى تجريد وعمومية تلك القواعد، كما كان لها أن ركزت على النقص وسيادة الطابع المكمل لهذه القواعد، إلا أنّها ليست عيوباً كافية تمنع من اتصافها بالطبيعة الوضعية، فالرد على كل هذه الانتقادات يكفي بذكر أنّها قواعد تنشغل بتنظيم أهمّ جوانب التجارة الإلكترونية، ألا وهي جوانب انعقاد العقد وتنفيذه.

يرجى مراجعة: د.صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢١٢.

[٢] _ نادر محمد ابراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدوليّ، مرجع سابق، ص٢٣٨.

قانونيـة قـادرة علـى تنظـيم نظـام قـانونيّ معـادل للنظـام القـانونيّ الـذي تسـنّه التشريعات داخل الدول، وذلك من أجل تنظيم الروابط القانونية بين الأفراد[١].

تعد القواعد الماديـة عبـر الدوليـة بمثابـة القانون الطبيعي للمعاملات التـي تـتم عبـر شـبكة الإنترنـت، فهـي لا تهـدف فقط إلـى تنظـيم العقود الإلكترونيـة بتحديد الالتزامات، وإنما تهدف في المقام الأول إلى ضمان اليقين القانونيّ[٢]، من خلال ثلاثة جوانب رئيسية تتمثل في: تكوين العقود الإلكترونية، الإثبات والمساءلة عن استخدام الأجهزة المستعملة في تنفيذ الاتفاق، كما إنّ تكوين القواعد عبر الدولية لنظام قانونيّ غير كامل، ليس بمأخذ، فأشخاصه ذاتهم لم يستهدفوا ذلك الكمال، وهذا بالنظر إلى أنّه تلقائي النشأة، وإنّ المخاطبين بأحكام قواعده يضعون التنظيم الذاتي لمعاملاتهم كلما دعت الحاجة إلى ذلك[٣].

ويجمع كذلك الأشخاص المتعاملون على الشبكة بهدف الاستفادة من خدمات شبكة الإنترنت إلى أقصى حد، وذلك في ظلّ الأمان القانونيّ، ففي واقع الأمر أنّ تلك القواعد الالكترونية عبر الدولية، تهدف كلها إلى تعزيز

---

[١] _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص ١٤٨.

[2] _ La chambre de commerce et d'industrie de Paris de son coté plaide en faveur d'un cadre juridique de base et d'une auto responsabilisation des acteur du commerce électronique, voir sur ce sujet : M. Jean-Paul SAILLARD, Aspects Juridiques De La Société de L'information et du Commerce Electronique « Proposition de la CCIP », adopté a l'Assemblée générale le 03 février 2000.

[٣] _ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

اليقين القانونيّ عبر الشبكة، وهو نتيجة حتمية للوهن اليقيني الذي يلم بها، مما يوحي بأنّ هناك حداً أدنى من الانسجام بين أشخاص ذلك المجتمع[١].

تعدّ كذلك وحدة مصالح مجتمع الأعمال عبر الدوليّ من الأسباب الأساسية وراء توافر حد أدنى من الانسجام بين أشخاص ذلك المجتمع، ففي حقيقة الأمر يعدّ منهاج القواعد عبر الدولية بمثابة حل للتغلب على عيوب منهاج التنازع التقليديّ، فنظراً لعدم ملاءمة الأنظمة القانونية الداخلية لطبيعة علاقات الأعمال عبر الدولية، يحرص المجتمع عبر الدوليّ على اللجوء إلى وسائل بديلة للتقاضي كالتحكيم[٢].

وإذا كان ما يميز النظام القانونيّ للتجارة الإلكترونيّة هو التزام المتعاملين بأحكام هذا النظام، فإنّه تجد الإشارة إلى مدى التزام المتعاملين مع البنوك بقواعد الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان الصادرة عن غرفة التجارة الدوليّة I.C.C، ويشير بعض الفقه في هذا الصدد إلى أنّ هذه القواعد الموحدة للاعتمادات المستندية ليس لها صفة الإلزام وإنما جاءت لتكمل إرادة المتعاقدين ولسد النقص فيما لم يتفق عليه، ومن ثم فإنّ إلزامها وبالتالي تطبيقها يجري من

---

[1] _ L'encadrement juridique permet d'assurer la confiance nécessaire au développement du commerce électronique, voir : Jean-Baptiste Racine et Fabrice Siiriainen, Op.cit, p. 310.

[٢] _ على الرغم من تباين مصالح أطراف العلاقات الاقتصادية الدولية، إلا أن التوفيق على المسرح الدوليّ أمر ليس صعب المنال، فلا شك أن في منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية تعد مثالاً طيباً للوسيط الذي يمكن أن يحقق توفيقاً بين المصالح، فمن المعلوم أنّ تلك المنظمة قد وجهت جهدها نحو التطوير الصناعي للدول النامية عن طريق وضع نماذج عقود وأدوات مفيدة للتفاوض، كما من شأن دليل شراء المواد الصناعية، والوجيز في إبرام اتفاقات المشروعات المشتركة الصناعية في الدول النامية.

نادر محمد ابراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدوليّ، مرجع سابق، ص٢٥٣.

إشارة الطرفين الصريحة إلى أنّ الاعتماد سوف يجري تنفيذه اتباعاً لأحكام مدونة الاعتمادات المستندية الموضوعة بوساطة غرفة التجارة الدوليّة. في حين أنّ البعض الآخر من الفقه يقرر أنّ مجموعة الاعتمادات المستندية التي وضعتها غرفة التجارة الدوليّة أضحت من قبيل العادات الدوليّة المستقرة، ومن ثمّ يجري تطبيقها ولو لم تكن ثمة إشارة صريحة إليها من الطرفين مادام لم يتضح استبعاد تطبيقها[١].

وبالإضافة إلى ذلك، فإنّ قواعد القانون الدوليّ العام قد أثارت مثل هذا الجدل لعدم وجود سلطة للمجتمع الدوليّ يمكنها أن توقع مثل هذا الجزاء عند مخالفة قواعده. ومع ذلك لم يقل أحد بأنّ أحكام هذا القانون لا تشكل نظاماً قانونيّاً، ولا المقصود بهذا القول الفصل بين القانون والجزاء، وإنّما المقصود أنّ فكرة الجزاء باتت غير قاصرة على القهر والإجبار، فقد تكون طبيعة الجزاء مادية، وقد تكون له طبيعة أدبية، حسبما يتفق وطبيعة المجتمع والأشخاص المتعاملون[٢].

فإذا كان هذا هو شأن قواعد القانون الدوليّ العام التي تعمل في مجتمع يصعب افتراض تضامنه، فإنّ تقرير الصفة القانونيّة للقواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة يكون من باب أولى، لأنّ هذه القواعد هي نتاج مجتمع متجانس ومتماسك بشكل كافٍ وتتبلور فيه المصلحة المشتركة على نحو أكثر وضوحاً[٣].

---

[١] _ د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، الموطن في العلاقات الخاصة الدوليّة، مرجع سابق، ص٦٢.

[٢] _ نادر محمد ابراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدوليّ، مرجع سابق، ص٢٥٤.

[٣] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢١٥.

أمام هذا الوجود المحقق للقواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة، لم يعد هناك خيار سوى للاعتراف بأنّ هذه القواعد تشكل نظاماً قانونيّاً، فالمشكلة لم تعد تتعلق بوجود أو عدم وجود قواعد مادية للتجارة الإلكترونيّة، وإنما تخطت ذلك إلى مدى قدرة تلك القواعد على أن تشكل نظاماً قانونيّاً متكاملاً يستند على مبادئ كافية لضمان تماسكه وفاعليته، فقد نشرت المفوضية الأوربية في عام ١٩٩٩ مبادرة بعنوان:**(أوربا الإلكترونيّة هي مجتمع معلوماتي للكل)**[١]، عرضت فيه الأهداف الطموحة من أجل الوصول إلى مزايا مجتمع المعلومات لصالح كل الأوربيين، ومع حلول شهر حزيران من عام ٢٠٠٠، تم إصدار التوجيه الأوربي رقم(EC/٢٠٠٠/٣١)، الذي يعرف باسم الإرشاد حول التجارة الإلكترونيّة، حيث عالجت المادة(٩) منه مسألة العقود ونصّت على أنّه:**(يجب على الدول الأعضاء أن تتأكد على وجه الخصوص أن المتطلبات القانونيّة الواجبة التطبيق على العملية التعاقدية لا تؤدي إلى عوائق أمام استخدام العقود الإلكترونيّة، ولا تؤدي إلى حرمان تلك العقود من الفعالية القانونيّة والصلاحية بحجة أنّها أبرمت بالوسائل الإلكترونيّة).**

وقد ذهب جانب من الفقه إلى طرح حلول اختيارية للنزاعات من خلال التحكيم عبر الخط، وما إذا كان هذا الشكل من حل النزاعات قد لاقى قبولاً من قبل مجتمع الإنترنت، فإذا ما حدث ذلك فإنّه يمكن استخلاص القواعد المتفق عليها وإقرارها في شكل اتفاقية دوليّة تعترف بها محاكم الدول[٢].

وبإمكان المحكم تطبيق العادات والأعراف العابرة للحدود مباشرة دون حاجة لإعمال منهاج التنازع على أساس أنّه غير ملزم بتطبيق نصوص التشريع إلا

---

[١] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٣١٦.

[٢] _ إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص٣١٧.

فـي حـال مخالفتهـا للنظـام العـام فـي دولـة القاضـي، وخصوصـاً أنّ القضـاء الحديث في نظر بعض الفقه يميل إلى السماح بتنفيذ أحكام المحكمين التي طبقت الأعراف التجاريّة الدوليّة، وهو ما يشكّل اعترافاً يكاد يكون صريحاً بوجود هذه الأعراف وفعاليتها[١].

وبالنتيجة يمكن القول أنّ المشكلة لم تعد تتعلق بوجود أو عدم وجود قواعد مادية للتجارة الإلكترونية، وإنّما إلى مدى قدرة تلك القواعد على أن تشكل نظاماً قانونياً متكاملاً يستند على مبادئ كافية لضمان تماسكه وفاعليته، وهذا ما سوف نتعرض له في المبحث الثاني.

[١] _ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، مرجع سابق، ص٧٥٤.

المبحث الثاني
مدى تشكيل القواعد المادية للتجارة الإلكترونية لنظام قانوني مستقل

في المبحث السابق انتهينا إلى إنّ القواعد المادية التي تحكم المعاملات التي تتم عبر الشبكة قد توافرت لها صفة النظام القانوني بصفة إجمالية، فهل هذا يعني أنّ كافة عناصر أو مكونات القواعد المادية التي يتشكل منها القانون الإلكتروني، أصبحت كافية لحكم المعاملات الإلكترونية، وتتمتع بالقوة الملزمة التي تتصف بها القاعدة القانونية؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من البحث عن مدى الاعتراف لتلك القواعد بالقوة الملزمة، ومدى اعتراف الواقع العملي بالقواعد المادية وصفتها القانونية، وذلك وفقاً للآتي:

المطلب الأول
الاعتراف بالقوة الملزمة للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية

إنّ فكرة إلزام قواعد القانون الموضوعي على مستوى القانون الدولي الخاص تجد أهميتها في الكشف عنها، والأمر بتنفيذ أحكامها ومدى تعايشها مع قاعدة الإسناد، فإذا توصلنا إلى أنّ هذه القواعد غير ملزمة، ففي هذه الحالة يظل العقد طليقاً وغير خاضع للقانون، أمّا إذا اعترفنا لها بالقوة الملزمة فمؤدى ذلك

أنّ إفلات بعض العقود من سلطان القوانين الوطنية لم يعد يعني تحررها من حكم القانون بصفة عامة، لأنّها ستخضع لقواعد القانون الإلكتروني بطريقة مباشرة ودون الحاجة إلى تبني المتعاقدين لتلك القواعد في عقودهم صراحةً أو ضمناً أو بناءً على قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية[١].

وسيتم عرض مدى القوة الملزمة للقواعد المادية التي يمكن أن يتشكل منها القانون الإلكتروني من خلال أساس القوة الملزمة في مصادر القانون الموضوعي، الذي يختلف من حال إلى آخر، فأساس التزام الدول بالاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها يكمن في ثلاثة مبادئ رئيسية[٢] ورد النص عليها في اتفاقيتي فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩، ١٩٨٦، وهي: مبدأ شريعة المتعاقدين، ومبدأ حسن النية، ومبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على الالتزامات النابعة من القوانين الوطنية، فقد نصت المادة(٢٦) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩ على أنّ:(كل معاهدة نافذة تكون ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية)، وهذا النص نقل إلى اتفاقية فيينا ١٩٨٦ دون تعديل، كما نصت المادة(٢٧) من اتفاقية فيينا ١٩٦٩ على أنّه لا يجوز لطرف في المعاهدة أن يتمسك بقانون دولة كسبب لعدم تنفيذ هذه المعاهدة. وأضافت المادة(٢٧) من اتفاقية فيينا ١٩٨٦ أنّه:(لا يجوز لمنظمة دولية طرف في معاهدة أن تتمسك بقواعد المنظمة لتبرير عدم تنفيذها للمعاهدة).

وأساس التزام القاضي بتطبيق القواعد التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية النافذة في دولته، التي توافرت لها الشروط الشكلية والموضوعية لسريانها على العقد

---

[١] _ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود تجارة الدولية، المرجع السابق، ص١٩٣.

[٢] _ د.صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٤٢.

الدولي محل النزاع، هو أنّ تلك القواعد تعد جزءاً من النظام القانوني للدولة التي يتبعها القاضي، ومن ثمّ يلتزم بإعمالها[١].

ولكن على الرغم من ذلك، يجوز للقاضي مخالفة أحكام الاتفاقيات الدولية والاعتداد باختيار المتعاقدين لقانون معين في شأن مسألة معينة كانت محلاً للتنظيم المباشر بمقتضى نصوص الاتفاقية فيما لو كانت هذه النصوص لها طابع مكمل يسمح للمتعاقدين بمخالفتها، هذا الاستبعاد يحدث عادة بشكل غير مباشر تنزل بمقتضاه أحكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية التي تملك مخالفة القواعد المكملة في المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية[٢].

وإلى جانب الاتفاقيات الدولية، يتوافر الإلزام بالتوجيهات الأوروبية، وذلك إذا ما تم تحديد مدة زمنية معينة، ينبغي خلالها للدول الأعضاء تعديل قوانينها وفقاً لأحكامها.

أمّا بالنسبة **للقوانين النموذجية**، فقد اختلف الفقه حول مدى توافر القوة الملزمة لها، فيرى جانب من الفقه أنّ القوانين النموذجية لا تتمتع بأي قوة إلزامية، فهي قواعد استرشادية تقتصر مهمتها على تحقيق التناسق بين القوانين الوطنية بشأن مسألة معينة دون أن تكون هناك إجراءات تمنحها صفة الإلزام، على خلاف الذين يعتبرونها ملزمة على أساس الصفة القانونية لتلك القوانين، فهي تعتبر شكلاً من أشكال التقنين العرفي يمكن للقاضي الوطني الاستناد إليها

---

[١] _ د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود تجارة الدولية، المرجع السابق، ص٧٥٠.

[2] _ Caprioli (EA) et Sorieul(R): Le commerce international électronique vers l'émergence de règle juridiques transnationales, Clunet 1997, P 410 et s.

باعتبارها مصدراً من مصادر القاعدة القانونية[١].

وأساس هذا القول أنّ تلك القوانين تضعها هيئة دولية تشترك فيها أغلب دول العالم، وتأخذ في اعتبارها الممارسات المهنية بغية تشجيع المشرعين الوطنيين على تبني هذه النماذج، وبهذا يتحقق نوع من التناغم بين النظم القانونية في شأن المسألة المثارة، يمكن أن يقود إلى خلق عرف دولي يطبق في حالة عدم وجود نص في القانون الوطني[٢]. فالحاجة العملية التي تشهدها حركات التجارة الإلكترونية عبر شاشات الحواسيب الآلية ولا سيما في ظل عدم وجود قواعد خاصة تراعي طبيعة تلك المعاملات، تعطي لتلك القوانين قوة حقيقية في هذا المجال[٣].

وإذا كان من الصحيح أنّ القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية يتوجه بالخطاب إلى الدول المعنية بتنظيم المعاملات عبر الشبكات الإلكترونية، فإنّ هذا لا يحول دون التطبيق المباشر لهذا القانون النموذجي على العقد سواء باتفاق الأطراف أو بوساطة المحكمين[٤].

وفيما يتعلق بمدى توافر القوة الملزمة **لتقنيات السلوك**، يذهب البعض من الفقهاء إلى الاعتراف لها بالقوة المنشئة للقاعدة القانونية، خاصة بين التجار، عكس بعض الفقهاء الذي يعتبرونها غير ملزمة والحقيقة أنّ هذا الاختلاف حول مدى توافر الالتزام لتقنيات السلوك عبر الشبكة الدولية يستوجب الاعتراف

---

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٤٣.

[2] _ Caprioli (EA) et Sorieul(R), Op. Cit., p.328 et s.

[٣] ___ فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٢٩.

[٤] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٤٤.

بوجود نطاق قانوني لتلك التقنيات في مجال التجارة الإلكترونية، فهي تسمح بتكوين ثابت مهني أو حد أدنى متفق عليه مهنياً ملزم للتجار ورجال الأعمال في معاملاتهم عبر الإنترنت، التي تشكل مخالفتها خطأ يستوجب المسؤولية، فتقنيات السلوك التي توافق عليها الدول أو تشارك في إعدادها، يلزم الاعتراف ولو ضمنياً بأهميتها وحجيتها[١].

أمّا ما يخص **العقود النموذجية** فهي مجرد صيغ قانونية لا تتمتع بأي قوة ملزمة إلا إذا اختارها الأطراف المتعاملون صراحة أو ضمناً، ويعد الاتفاق هنا مصدر الإلزام[٢]، ويؤيد هذا الرأي ما قرره البعض بأنّ العقود النموذجية الصادرة عن المؤسسات الدولية هي في حقيقتها شروط عامة، لكنها تمثل خطوة نحو الاعتراف بوجود عادات تحكم حركة التبادل في الوسط الذي تظهر فيه بشرط أن يكون النموذج مستخدماً بكثرة[٣].

وبخصوص **القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم**، فقد منحتها الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والوطنية ذات الحجية التي تتمتع بها الأحكام الصادرة عن القضاء، فقد نصت اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية والمبرمة بتاريخ ١٠ حزيران ١٩٥٨ في المادة الثالثة منها أن:(على كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم كقرارات ملزمة...)، كما نصّت المادة(٥٣) من الاتفاقية الدولية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والموقعة في واشنطن بتاريخ ١٩٦٥/٣/١٨ على أنّ:(حكم التحكيم ملزم للطرفين ولا يكون

---

[1] _ GAUTRAIS Vincent, Op.cit, p275.

[٢] _ محمد عبد الله العبد الله، القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الرقمية، مرجع سابق، ص٣٣.

[3] _ CACHARD, Op.cit, p. 193.

قابلاً للاستئناف أو لأي طعن آخر فيما عدا ما نص عليه في هذه الاتفاقية...).

ونصّت المادة(٤) الفقرة(١) من اتفاقية موسكو بشأن تسوية المنازعات المرتبطة بالقانون المدني والناتجة عن العلاقات الناشئة من خلال التعاون الاقتصادي والعلمي والتقني، والمبرمة بتاريخ ١٩٧٢/٥/٢٩ على أنّ:(الأحكام التي تصدرها هيئات التحكيم.. نهائية وإلزامية)، ونصّت المادة(٢٥) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى على أنّ:(أحكام محاكم التحكيم نهائية لا يجوز الطعن فيها بأي وجه من الوجوه، وهي ملزمة للطرفين اللذين عليهما احترام الحكم وتنفيذه...).

بالإضافة إلى ذلك، فقد نصّت الفقرة(١) من المادة(٣٥) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على أنّ:(قرار التحكيم ملزم، بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه...)[١].

على أنّ إجراءات التحكيم التي تجري أجزاء هامة منها أو كلها بوساطة وسائل الاتصال الإلكترونية تطرح العديد من الصعوبات بشأن مسائل قانونية، منها: مدى صحة اتفاقات التحكيم التي تجري من خلال الوسائل الإلكترونية، وعن مدى استيفاء قرار التحكيم لإجراءات تنفيذه، وهذه المسائل تتعلق بإبرام اتفاق التحكيم وكتابته وتوقيعه، والحضور المادي لأطراف النزاع والمحكمين والشهود والخبراء والمحامين، وتحديد مكان التحكيم، وتحديد القانون الواجب التطبيق، ومدى اعتراف دولة التنفيذ بقرار التحكيم الإلكتروني.

---

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٤٧.

فالتحكيم الإلكتروني يعتمد في تشغيله على أساليب مختلفة عن أنظمة القضاء الوطني والتحكيم العادي القائمة، لذلك يواجه صعوبة الاعتراف بقراراته، وعلى الرغم من أنّ الاتفاقيات الدولية الحالية تلزم الدول بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، إلا أنّ ذلك مرهون بتوافر عدة شروط، منها أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وموقعاً من أطرافه، وأن يكون حكم التحكيم موقعاً من المحكمين، وهي شروط يحتاج التحقق من توافرها في تسوية المنازعات الإلكترونية، توسيع تلك المفاهيم كي تستوعب التطور الذي لحق بالمعاملات عبر شبكة الاتصالات والمعلومات[١].

وفيما يتعلق بالقيمة القانونية **للعادت** التي تطبق على التجارة الإلكترونية، التي يطلق عليها Netiquette، ثار التساؤل حول مدى ضرورة توافر الشعور بالإلزام لتكوين تلك القواعد، ويشير بعض الفقه في هذا الصدد إلى أنّ هذه القواعد لا تتمتع بقوة إلزامية وربما يكون لها إلزام أدبي أو أخلاقي فقط، في حين أنّ البعض الآخر لا ينكر فاعليتها وفائدتها المؤكدة في واقع مجتمع الفضاء الإلكتروني، وهي تتمتع بقيمة تعاقدية ومخالفتها تؤدي إلى فسخ العقد[٢].

ومما سبق، نجد أنّ التباين واضح في القوة الإلزامية للقواعد المادية الإلكترونية، حيث يتبين أنّها قواعد ملزمة للأطراف وحدهم، كما هو الحال في الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية والتوجيهات الأوروبية، وتوصيات غير ذات قيمة قانونية إلزامية، وأحكام نموذجية مقترحة على الدول أو على المعنيين بالعمليات التجارية عبر الشبكة الدولية.

وهذا التباين لا يصل إلى حد إنكار صفة النظام القانوني لتلك القواعد، فالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية تشكل نظاماً قانونياً، ولكن غير مكتمل

---

[١] _ إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص١٠٤.

[2]-Gautrais v , Op. Cit., p.287.

كالبناء الذي وُضِع أساسه لكنه لم يكتمل تشييده بعد، فهو نظام وليد لم يصل إلى مرحلة الاكتمال.

ونقص تشييد هذا البناء يتجلى في عدم قدرته على الإحاطة الكاملة بكافة المسائل التي يمكن أن تثور بشأنها النزاع بين المتعاقدين، وفي عجزه عن تقديم حلول مناسبة لبعض المشكلات مثل أهلية التعاقد، سلامة الرضا، التقادم المسقط، المسؤولية، والشروط الشكلية اللازمة لإبرام العقد أو صحة العقود، ... إلخ[١].

وبالمقابل ساهمت بعض تقنيات السلوك التي سايرت المسار المتنامي للتجارة الإلكترونية في قصور في القواعد الرسمية أو التنظيمية عامة، وسد العجز في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية المعنية بتنظيم المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية للمعلومات خاصة، حيث يلاحظ من خلال قراءة أحكام اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع، أنّ هناك صعوبات تواجه إمكانية تطبيقها على العقود الإلكترونية التي تبرم على وسائل الاتصال الحديثة، مثل الإنترنت والبريد الإلكتروني، فيمكن اختصارها فيما يلي:

قصور النطاق المادي لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ عن تغطية كافة البيوع التي تتم عبر شبكة الإنترنت، فالاتفاقية لا تنطبق على البيوع التي تتم وتنفذ على الشبكة، كبيع أفلام الفيديو والبرامج والألعاب، لأنّ محل هذه البيوع سلع غير مادية، والاتفاقية لا تنطبق إلا على بيوع البضائع وهي سلع مادية بطبيعتها، تستبعد كذلك هذه الاتفاقية في المادة الثالثة منها صراحة من نطاق تطبيقها

---

[١] _ د.صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٥٠.

البيوع الاستهلاكية[١]، مع كثرة المشتريات الاستهلاكية التي تتم عبر الإنترنت، وصعوبة التعرف على صفة المتعاقدين في العقود الإلكترونية[٢].

واستناداً إلى ما سبق، وأويد الرأي المستقر فقهاً، أنّ القانون الدولي الخاص يمكن أن يلعب الدور الذي ما زال يلعبه في ميدان القانون التجاري الدولي الحديث وحتى التكنولوجي، ولا داعي لتحييد دور هذا القانون أو هجره أو الدعوة لعدم انطباقه على الحالات المتجددة التي تطرأ أو ستطرأ على النظم القانونية مستقبلاً في حالة اتساع رقعة التجارة الدولية، أو ظهور أساليب جديدة من أساليب التجارة الإلكترونية[٣].

ولكن هذا القانون لن يكون متطوراً إلا بإنارة العقل للنظريات والحلول العملية التي يقوم بها الفقه والقضاء والمشرع، وهذا لا ينفي أنّه في حالة تطوير مصادر القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية، ووجود مثل هذه القواعد لا يعني أن لا تطبق إلى جانب قواعد القانون الدولي الخاص، وهذا التزاوج أو التعايش المطلوب يحتاج إلى نظرة إلى الأمام بعيداً عن رفض النظريات والحلول قطعياً، لأنّ خضوع العقود الإلكترونية لأحكام القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية مؤكد، ومن ثمّ لن تكون أبداً العلاقة بين الإنترنت وبين منهاج قواعد التنازع علاقة تنافر بل إنّها علاقة تعاون وتكامل[٤].

---

[١] _ تم الإشارة لذلك سابقاً في هذا البحث.

[٢] _ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

[٣] _ نبيل زيد مقابلة، النظام القانونيّ لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص١٠٣.

[٤] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص٢٢٥ وما بعدها.

المطلب الثاني
الاعتراف بالواقع العملي للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية وصفتها القانونية

بعض الفقهاء يميز بين تعبير Loi أي القواعد القانونية الوطنية الرسمية لدولة ما، وبين تعبير droit أي مختلف القواعد القانونية التي تكونت على صعيد المجتمع الوطني أو الدولي أياً كانت مصادرها وسواء كانت مصادرها من صنع هيئات أو تجمعات أو أشخاص تهتم بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية.

ومن الاتفاقيات والتشريعات التي أخذت بتعبير droit applicable القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ في نصه الفرنسي(المادة ٢٨ منه)[١]، والاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ في المادة السابعة منه، ونظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس(المادة ١/١٧ من النظام الجديد لعام ١٩٩٨ المقابلة لنص المادة ٣/١٣ من النظام القديم)،

---

[1]- Article 28. Règles applicables au fond du différend

1_ Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un Etat donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet Etat et non ses règles de conflit de lois.

متاح على الرابط:

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/ml-arb-f.pdf

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/٢/٤م.

والمادة ٨١٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية التي نصت على أنّ:(**يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم، وإلا وفقاً للقواعد التي يراها مناسبة، وهو يعتد في جميع الأحوال بالأعراف التجارية. وهو يفصل في النزاع كمحكم مطلق إذا حددت اتفاقية الخصوم مهمته على هذا الوجه**). والمادة(١/٣٨) من قانون التحكيم السوري رقم(٤) لعام ٢٠٠٨.

ويقول الأستاذان الفرنسيان فوشار وكولدمن في مؤلفهم التحكيم التجاري الدولي بهذا الصدد، إنّ المادة ١٤٩٦ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لا تتضمن أي إشارة إلى استخدام الطريقة التنازعية، وباستهدافها القواعد الحقوقية المختارة أو الملائمة فأنّها **تسمح للمحكم بأنّه لا يقتصر على تطبيق أحد القوانين الوطنية بذاتها وأن يبحث ضمن المبادئ العامة للقانون، أي خارج القوانين الوطنية، عن الأسس القانونية لقراره**[١]، كذلك المادة(٥/١٣) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية التي نصت على أنّه:(يراعي في كل الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية أو الأعراف التجارية)، والمادة(١٨٧) من القانون الاتحادي السويسري بشأن القانون الدولي الخاص التي خولت هيئة التحكيم بتطبيق قواعد القانون التي تراها مناسبة في حال غياب اتفاق الأطراف[٢].

هذا كله قبل ظهور الإنترنت، أمّا بعد ظهور شبكة الإنترنت وشيوع استخدامها في إنجاز الصفقات وإبرام العقود، اتجه التفكير إلى استخدام الشبكة ذاتها في حسم المنازعات التي تثور بين الأطراف، بمعنى أنّ إجراءاتها تتم

---

[١] _ د. فؤاد ديب، المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين، دراسة في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٤ – العدد ٢، ٢٠٠٨، ص٣٥.

[٢] _ بشار قيس محمد، عقود نقل التكنولوجيا في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٥٩٤.

على الخط مباشرة دون حاجة لتواجد الأطراف في مكان واحد، وفي هذه الحالة فإنّ تسوية منازعات التجارة الإلكترونية تتم بعيداً عن المحاكم الوطنية بوساطة قضاء متخصص، قضاته من رجال التجارة الإلكترونية ذوي الخبرة بفروعها المختلفة، يطبق (القضاء المتخصص) قانوناً موضوعياً خاصاً وملائماً لهذه المنازعات الجديدة، ووفقاً لهذا الاتجاه، إنّ أفضل وسيلة لتسوية تلك المنازعات الإلكترونية هي التحكيم والوساطة الإلكترونية على أساس أنّ هذه الوسيلة متاحة بين مستخدمي الإنترنت من جانب، إضافة لسرعتها وملاءمتها للتطورات التي تواكب التجارة الإلكترونية من جانب آخر[١].

وهذا التفكير وجد صداه في بعض التنظيمات الإقليمية المعنية بالتجارة الإلكترونية، ومن أمثلة ذلك: قيام الاتحاد الأوروبي بتوجيه الدول الأعضاء بألا تضع في تشريعاتها الداخلية عقبات قانونية تحول دون استخدام آليات تسوية المنازعات بعيداً عن القضاء. فهو ينصّ في المادة(١) من التوجيه الأوروبي رقم ٢٠٠٠/٣١ المعني ببعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات والتجارة الإلكترونية على أن تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيداً عن أروقة المحاكم، وباستخدام الوسائل التكنولوجية المعروضة في العالم الإلكتروني وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات. كما وجد صداه في مؤسسات القاضي الافتراضي والمحكمة الفضائية، وما تقوم به لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من إعداد مشروع بخصوص تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر.

إنّ الواقع العملي يدلل بشكل لا ريب فيه، أنّ هذه المؤسسات الخاصة والدولية تلجأ إلى **قواعد قانونية غير صادرة عن أي دولة**، تطبقها عند الفصل

---

[١] _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص ١٤٥.

فـي هـذه النزاعـات وهـذه القواعـد مسـتمدة مـن أعـراف وعـادات التجـارة العاديـة والإلكترونيـة، وإنّ لجـوء المتنـازعين المتزايـد إلـى هـذه المؤسسـات لا بـد أن يكرس هذه القواعد، فيصبح من الناحية العملية قانوناً غير صادر عن الدول، يطبق من قبل مؤسسات دولية، أي قانوناً موضوعياً للإنترنت[١].

وضمن هذا المطلب، ولإظهار أنّ القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية قد أصبح واقعاً، نعرض لما قررته الأمم المتحدة في هذا المجال وفق الآتي:

الفرع الأول
دور الأمم المتحدة في الاعتراف بالقانون الموضوعي الإلكتروني

ضمن هذا الفرع سنشير إلى دور مبادئ الأمم المتحدة في اختيار القانون المنطبـق علـى العقـود التجاريـة الدوليـة فـي الاعتـراف بالقـانون الموضـوعي الإلكتروني، ثمّ نبين كيف أنّ مشروع الأمم المتحدة لتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر يعترف بدوره بالقانون الموضوعي الإلكتروني.

أولاً_ مبادئ اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية:

إنّ إقرار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للمادة الثالثة من مبادئ اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية[٢]، الذي أنهى الجدل الدائر

---

[١] _ د. بـلال عدنان بدر، القـانون الواجـب التطبيـق علـى عقـود التجـارة الإلكترونيـة، مرجـع سابق، ص٥٠٣.

[٢] _ وضع مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص"مبادئ اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية"، وقد شاركت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصفة مراقب في

اجتماعات الفريق العامل المعني باختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية التابع لمؤتمر لاهاي.

وهذه المبادئ تتألف من ديباجة و/١٢/ مادة، الهدف منها، كما توضحه المذكرة التفسيرية الصادرة عن المؤتمر، إظهار أهمية اختيار الفرقاء للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري كما التشجيع على اعتماد هذا المبدأ من قبل الدول التي لم تعتمد حتى تاريخه، أو التي اعتمدته مع بعض التقييدات، وبالتالي تعزيز استقلالية الأطراف في المعاملات التجارية الدولية وضمان تطبيق القانون الذي تختاره تلك الأطراف على أوسع نطاق ممكن في إطار حدود واضحة.

وكان قد تولى إعداد هذه المبادئ مجموعة من الخبراء من دول مختلفة، عملوا بإطار فردي وليس بتكليف من دولهم، أو كممثلين عن حكوماتهم، ولم يتقيدوا خلال عملهم بأي من القواعد الإلزامية العائدة لأية دولة. والمبادئ تراعي حالة اختيار الفرقاء للقانون الواجب التطبيق، وهي ليست معنية بالحالة التي لا يختار فيها الفرقاء ذلك القانون. وبتاريخ ١٠ نيسان عام ٢٠١٥، وجَّه المكتب الدائم لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، "مؤتمر لاهاي"، إلى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، رسالة طلب فيها إليها أن تنظر في تأييد "**مبادئ اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية**"، **مبادئ لاهاي**.

واعتبرت "اللجنة" أنّ الهدف الذي تسعى إليه هذه المبادئ، مكمّل لصكوك الأونسيترال القائمة التي تستند أيضاً إلى مبدأ استقلالية الأطراف في المعاملات الدولية مثل اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠)، وقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي(١٩٨٥)، مع تعديلاته المعتمدة في عام ٢٠٠٦.

وإذ أحاطت اللجنة عملاً بفائدة **مبادئ لاهاي في تيسير التجارة الدولية، وأُعتمدت في جلستها ١٠١٠، المعقودة في ٨ تموز من عام ٢٠١٥.**

وأوصت اللجنة بأنّ تستخدم المحاكم وهيئات التحكيم مبادئ لاهاي، حسب الاقتضاء، وباستخدام هذه المبادئ باعتبارها نموذجاً لوضع صكوك وطنية أو إقليمية أو فوق وطنية أو دولية، وباستخدامها في تفسير قواعد القانون الدولي الخاص واستكمالها وتطويرها.

يرجى مراجعة: تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الثامنة والأربعون، الجمعية العامة، والوثائق الرسمية، الدورة السبعون، الملحق رقم ١٧، الفقرات/٢٣٨-٢٤٠/، متاح على الرابط :

حول إمكانية اعتماد القواعد القانونية أو القانون التجاري الدولي(non state law) أو القانون الموضوعي الإلكتروني، كقانون يحكم العقد التجاري الدولي، سواء العادي أم الإلكتروني.

وقد نصّت المادة الثالثة من "مبادئ اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية" الواردة تحت عنوان "قواعد القانون":(يجوز للأطراف أن تختار أن يكون القانون المنطبق قواعد قانونية مقبولة عموماً على المستوى الدولي أو فوق الوطني أو الإقليمي باعتبارها مجموعة من القواعد المحايدة والمتوازنة، ما لم ينصّ قانون بلد المحكمة على خلاف ذلك).

وإنّ لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، التي اعتمدت هذه المبادئ وأوصت بتطبيقها، كانت قد أشارت صراحة عند اعتمادها للمبادئ إلى المادة الثالثة، مؤيدة ما تضمنته من توجه لاعتماد القواعد القانونية، معتبرة أنّه ييسّر اختيار نصوص الأونسيترال، مثل اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، في الحالات التي لا تكون فيها تلك النصوص منطبقة بخلاف ذلك، مما يعزز أثر تلك النصوص من حيث الاتساق المتوخَّى من تطبيقها[١].

وبالنسبة للمادة الثالثة قبل إقرارها، كان الفريق العامل أمام عدة خيارات:

١_ إمّا جعل القانون غير الصادر عن الدولة(non state law) مقتصراً فقط على التحكيم.

٢_ جعل القانون غير الصادر عن الدولة(non state law) يمتد إلى القضاء العادي، مع العلم بأنّه ليس هناك من أي نظام قضاء يسمح بتطبيق قواعد

---

https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V15/054/50/PDF/V1505450.pdf?OpenElement

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١٠/١٥م.

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٥٠٥.

قانونية غير صادرة عن المشرع، سواء المشرع في الدولة نفسها أو مشرع دولة أخرى.

٣_ عدم التطرق إلى مسألة القانون غير الصادر عن الدولة (non state law) بالمطلق.

والفريق العامل اعتمد في الاجتماع الثاني الحاصل بتاريخ ٢٠١١/١١/١ الخيار الثاني، وهو جعل القانون غير الصادر عن الدولة (non state law) يمتد إلى القضاء العادي[١]، وبمعنى آخر إمكانية اختيار الطرفين للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد أمام المحاكم الوطنية.

كما أنّ تنظيم روما لعام ٢٠٠٨ قد أجاز ضمناً اختيار قواعد قانونية(non state law)، لتطبق على العقد[٢].

---

[١] _ كان الاتحاد الأوروبي يفضل أن لا تتضمن مبادئ لاهاي الإشارة إلى القانون غير الصادر عن الدولة(non state law) لعدة أسباب عملية ومبدئية. أحد هذه المخاوف كان أن يؤدي تطبيق هذه القواعد إلى تكاثر القواعد الموضوعة من جانب واحد التي غالباً ما تكون غير عادلة، كما أنّ الخوف كان من أن يؤدي تطبيق هذه القواعد إلى زيادة التعقيد وعدم الدقة في التقاضي.

د. بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص٥٠٦.

[٢] _ نصّت الفقرة الأولى من المادة الأولى من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، وقد وردت تحت العنوان الأول من نطاق تطبيق الاتفاقية، على أنّ قواعد هذه الاتفاقية تطبق على الموجبات التعاقدية في أية حالة تتضمن اختيار قانون من بين قوانين مختلفة.

في حين وردت الفقرة الأولى من المادة الأولى من اتفاقية روما/١/ في الفصل الأول "النطاق"، المادة الأولى تحت عنوان النطاق أو المجال المادي، ونصها:(تطبق الاتفاقية في الحالات التي تتضمن تنازعاً بين القوانين في الموجبات التعاقدية، في القضايا المدنية والتجارية).

وتجدر الإشارة، إلى أنّ المسودة الأولى من مبادئ لاهاي لم تكن تتضمن شروطاً في القواعد القانونية الممكن اختيارها لحكم العقد، فالنص الذي يسمح للطرفين باختيار القانون المنطبق على العقد التجاري الدولي تتضمن جملة ثانية تبين أنّ تعبير "قانون" في هذه المبادئ يشير أيضاً إلى "القواعد القانونية" ، وبعد نقاش مستفيض في اللجنة الخاصة التي شكلت لدراسة النص المذكور تقرر النص على "القواعد القانونية" في مادة مستقلة، مع تقييدها ببعض القيود، وهي الواردة حالياً في المادة الثالثة من مبادئ لاهاي.

وفي المقابل، فإنّ قوانين التحكيم التي تسمح للطرفين باختيار " قواعد قانونية" لحكم العقد التجاري الدولي[١] لا تشترط في هذه القواعد أية شروط، ولعل

الملاحظ أنّ اتفاقية روما/١/ لم تشترط أن يكون التنازع بين قوانين دول مختلفة، إنّما أشارت فقط إلى أنّ التنازع بين قوانين، وهذا ما يؤدي إلى القول بإمكانية أن يحصل التنازع بين قانون دولة والقانون التجاري lex mercatoria، على سبيل المثال.

د. بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص٥٠٧.

[١] _ تجيز العديد من قوانين التحكيم العربية للطرفين صراحة اختيار" قواعد قانونية" لحكم العقد، وعلى سبيل المثال: المادة ٣٦/أ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لعام ٢٠٠١، والمادة ١/٣٨ من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ التي نصت على أنّ:(١ـ **تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي اتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعيّة فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك).**

فعلى هيئة التحكيم أن تطبق على موضوع النزاع القواعد التي اتفق عليها الأطراف، أمّا إذا اتفقوا على تطبيق قانون دولة معينة، يعني ذلك تطبيق القواعد الموضوعيّة أي مواد القانون المدني دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين التي حددها القانون المدني السوري بالمواد من(١١-٣٠) ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك.

وقد يتفق الطرفان على تطبيق قواعد معينة، وقد يمزجان بين تشريع وطني وآخر أجنبي بما يلائم طبيعة موضوع النزاع. وقد يحيلان إلى عقد نموذجي أو نظام معين كنظام(Fidic)

الهدف من وضع هذه الشروط في المادة الثالثة من مبادئ لاهاي يرجع إلى الرغبة في تشجيع المحاكم الوطنية على الاعتراف باختيار الطرفين لها كقانون يحكم العقد التجاري الدولي.

وعليه، ومن أجل توفير قدر كافٍ من الضمان القانوني، تشترط المادة الثالثة من مبادئ لاهاي أن تتوفر في القواعد القانونية التي يختارها الطرفان لحكم العقد مجموعة من الشروط: فمن حيث المصدر يجب أن تكون هذه القواعد مقبولة عموماً على المستوى الدولي أو فوق الوطني أو الإقليمي، ومن حيث الصفات اللازمة للقواعد المختارة ذاتها، فإنّه يشترط فيها أن تكون مجموعة من القواعد، تتصف بكونها محايدة، ومتوازنة[١].

ثانياً_ مشروع تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر:

أجرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها الثالثة والثلاثين، نيويورك، من ١٢ حزيران إلى ٧ تموز ٢٠٠٠م، تبادلاً أولياً للآراء بشأن اقتراحات بإدراج تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر في

(المهندسين الاستشاريين الدوليّين)، على ما هو نصّت عليه المادة(٥) من قانون التحكيم السوري التي أعطت الحق للطرفين بتحديد القانون الذي يجب على هيئة التحكيم تطبيقه، بما في ذلك إخضاع العلاقة القانونيّة بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دوليّة أو أي وثيقة أخرى.

أحمد حداد، دراسات في قانون التحكيم السوري والمقارن، ط ١، سورية، ٢٠١٥، ص٣٢٠.

[١] _ أمين دواس، اختيار الطرفين "قواعد قانونية" للتطبيق على العقد التجاري الدولي أمام المحاكم الوطنية، مجلة الجامعة العربية الأمريكية للبحوث، مجلد(٥)، العدد(١) لعام ٢٠١٩، ص٨٢. متاح على الرابط :

https://www.aaup.edu/sites/default/files/.pdf

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١٠/١٦م.

برنامج عملها في المستقبل. بعدما أحاطت اللجنة علماً بالرأي الذي شاع، ومؤداه أنّ الآليات القضائية التقليدية في إطار الاحتكام القانوني لا توفر حلاً مناسباً للمنازعات التجارية الإلكترونية العابرة للحدود، وإنّ الحل توفير تسوية سريعة للمنازعات العابرة للحدود وإنفاذها، قد يكمن في إيجاد نظام عالمي لتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر للتعامل مع المنازعات الصغيرة القيمة والكثيرة العدد فيما بين المنشآت التجارية وبين المنشآت التجارية والمستهلكين[١].

واتفقت اللجنة في دورتها الثالثة والأربعين، نيويورك، ٢١ حزيران/ ٩ تموز ٢٠١٠ على إنشاء فريق عامل يضطلع بالعمل اللازم في ميدان تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر فيما يتعلق بمعاملات التجارة الإلكترونية عبر الحدود، بما فيها المعاملات فيما بين المنشآت التجارية والمعاملات بين المنشآت التجارية والمستهلكين. وأُتفق على أنّ شكل المعايير القانونية المزمع إعدادها يُقرر بعد إجراء مزيد من المناقشة حول هذا الموضوع.

ثمّ أكدت اللجنة مجدداً في دورتها الرابعة والأربعين، فيينا، ٢٧ حزيران إلى ٨ تموز ٢٠١١، على الولاية المسندة إلى الفريق العامل المعني بتسوية المنازعات بالاتصال المباشر، على أنّ ولاية الفريق تشمل المعاملات فيما بين المنشآت التجارية والمعاملات بين المنشآت التجارية والمستهلكين، وقررت أنّه ينبغي له أن يحرص الفريق العامل أشد الحرص على ألا تحل هذه القواعد محل تشريعات حماية المستهلك.

واستمرت اجتماعات الفريق الثالث وتوصلت خلال العام ٢٠١٥ إلى إعداد مشروع قواعد لتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر.

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٥٠٨.

وقد تضمن تقرير الفريق العامل(المعني بتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر) عن أعمال دورته الحادية والثلاثين، نيويورك، ٩-١٣ شباط ٢٠١٥، **أنّه يقصد بقواعد الأونسيترال لتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر(القواعد) أنّها:**

١_ تستعمل في سياق المنازعات التي تنشأ من المعاملات المتدنية القيمة التي تجري عبر الحدود بوساطة الخطابات الإلكترونية.

٢_ توفر إجراءات سهلة وسريعة وناجعة التكلفة لتسوية المنازعات في معاملات التجارة الإلكترونية المتدنية القيمة والكثيرة العدد.

٣_ تهيئ للمعاملات بيئة قانونية آمنة وقابلة للتنبؤ بها، ضماناً لثقة التجار في سوق الاتصال الحاسوبي المباشر.

٤_ تكون قادرة على أن تيسر وصول المنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة إلى الأسواق الدولية من خلال التجارة الإلكترونية بوساطة الأجهزة المحمولة.

٥_ يُقصد من القواعد أن تُستعمل مقترنة بإطار لتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر يتألف من الوثائق التالية(التي هي مرفقة بالقواعد كتذليل لها):

أ_ المبادئ التوجيهية والمتطلبات الدنيا الخاصة بمنصَّات/ مديري خدمات تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر.

ب_ المبادئ التوجيهية والمتطلبات الدنيا الخاصة بالمحايدين أو المحكمين.

ج _ المبادئ القانونية الموضوعية لتسوية المنازعات.

د_ آلية الإنفاذ عبر الحدود[١].

---

[١] _ تقرير الفريق العامل الثالث، الدورة الحادية والثلاثون، نيويورك، ٩- ١٣ شباط ٢٠١٥، ص ٥، متاح على الرابط:

وقد حدد هذا المشروع في الفقرة الأولى من المادة الأولى نطاق انطباق هذه القواعد بموجب اتفاق طرفي عقد البيع أو الخدمة أُبرم باستخدام الخطابات الإلكترونية، وأن يكون هذا الاتفاق صريح ومستقل ومنفصل عن المعاملة الإلكترونية وبإشعار واضح العبارة يوجه إلى الشاري، يفيد بأنّ المنازعات التي تتعلق بتلك المعاملة تندرج ضمن نطاق القواعد تسوى حصراً من خلال إجراءات تسوية حاسوبية بمقتضى القواعد المذكورة آنفاً.

كما حدد المشروع في الفقرة الثانية من المادة الأولى النزاعات التي يشملها، وهي الدعاوى الناشئة عن:

١_ عدم تسليم البضائع المبيعة أو الخدمات المقدَّمة أو عدم تسليمها في موعدها، أو تحميل ثمنها أو خصمه بصورة غير صحيحة، أو عدم توفيرها طبقاً لعقد البيع أو الخدمة المشار إليه في الفقرة ١(أ).

٢_ عدم تسلُّم كامل ثمن البضائع أو الخدمات المقدَّمة.

أمّا الفقرة الثالثة من المادة الأولى فقد أشارت إلى أنّه تحكم هذه القواعد إجراءات التسوية الحاسوبية، إلا إنّه إذا تعارض أي من هذه القواعد مع حكم في القانون المنطبق لا يمكن للطرفين نقضه، وكانت الغلبة لذلك الحكم.

وحدد البند الثامن من المادة السابعة من مشروع الاتفاقية أنّ المحكم يتخذ قرار من "منطلق العدل والأنصاف" وفقاً لأحكام العقد، مع مراعاة أي وقائع وظروف ذات الصلة، ويأخذ بعين الاعتبار أي" أعراف مهنية سارية على المعاملة"[١].

---

https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V15/014/27/PDF/V1501427.pdf?OpenEleme

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/٢/٥م.

[١] _ تقرير الفريق العامل الثالث، الدورة الحادية والثلاثون، نيويورك، ٩– ١٣ شباط ٢٠١٥، المرجع السابق، ص٢٣.

يتبين من مشروع القواعد والمواد التي يتضمنها، والمناقشات المرافقة لصياغة هذه المواد أنّ لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، تسعى إلى حل منازعات التجارة الإلكترونية، التي تحصل بين التجار أنفسهم والتجار والمستهلكين، التي تكون متدنية القيمة وكثيرة العدد عن طريق التحكيم، حيث يلتزم المحكم بنود وشروط العقد، ويطبق مبادئ العدالة والانصاف، ويأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية السارية.

ويلاحظ أنّ المشروع لم يشر إلى قواعد التنازع في تحديد القانون الواجب على المحكم الاستناد إليه لحل النزاع، وجل ما تضمنه المشروع هو السعي لاحترام القواعد القانونية الموضوعة في مصلحة المستهلك[١].

وفي هذا المجال تشير إلى أنّ لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وفي معرض مقاربة الفريق الثالث فيها لآلية إنفاذ القرار التحكيمي، تدرس إمكانية اعتماد فكرة القيد العكسي[٢]، أي إنفاذ نتيجة التسوية عبر نفس القناة

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٥١٣.

[٢] _ فقد عرفه أحد الفقهاء بأنّه:(قيد محاسبي لقيمة الورقة التجارية في الجانب المدين لرصيد العميل، لإلغاء قيدها السابق في رصيده الدائن، وذلك إذا امتنع المدين الأصلي عن الوفاء للبنك بقيمة الورقة التجارية المخصومة).

فيما عرفه رأي آخر من الفقه بأنّه:(كتابة قيد بقيمة مساوية لقيمة الورقة التجارية في الجانب المدين من حساب العميل).

في حين عرفته العديد من التشريعات التجارية العربية بأنّه:(قيد مبلغ يعادل قيمة الورقة التجارية مُضاماً إليها الفوائد والمصاريف في الجانب المدين من الحساب الجاري) المواد(٢٣٧) من قانون التجارة العراقي، (٤٠٣) من قانون التجارة الكويتي، (٣٧٥) من قانون التجارة المصري.

وعليه، إنّ إجراء القيد العكسي يقتضي توافر الشروط الآتية:

المالية التي استخدمت في سداد المدفوعات الأصلية، وتناقش في هذا المجال الاقتراح المقدم من حكومتي كولومبيا والولايات المتحدة الأمريكية في هذا الصدد[١].

ولتوضيح المقصود بالقيد العكسي، نعرض باختصار للقانون الذي سنته كولومبيا الذي ينص على القيد العكسي لجميع أنواع المدفوعات بما فيها تلك الحاصلة بوساطة البطاقات الائتمانية وبطاقات الخصم وغير ذلك من نظم الدفع الإلكترونية.

ففي عام ٢٠١١ أصدر الكونغرس الكولومبي القانون رقم(١٤٨٠) الذي ينص على حماية المستهلك وقواعد أخرى، وبموجب المادة(٥١) من هذا القانون تنشأ آلية للقيد العكسي تتيح رد المدفوعات عند:

١_ عرض بيع سلعة في سياق التجارة الإلكترونية، والمدفوعات المأمونة بالاتصال الحاسوبي المباشر، ومراكز الاتصالات أو أي آلية أخرى للشراء عن بعد عن طريق متجر يعمل بالاتصال الحاسوبي المباشر.

١_ وجود قيد لخصم ورقة تجارية في حساب جارٍ. ٢_ عدم دفع قيمة الورقة التجارية المخصومة في ميعاد الاستحقاق. ٣_ أن يتضمن القيد العكسي قيمة الورقة التجارية مُضافاً إليها الفوائد والمصاريف.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: يوسف عودة غانم – علاء عمر محمد، القيد العكسي وأثره على الاحتفاظ بالورقة التجارية، جامعة البصرة/ كلية القانون، العراق، ص ٤-٥-٦، البحث متاح على الرابط:

https://www.researchgate.net/profile/Yousif-Auda/publication/310994737_alqyd_alksy_wathrh_ly_alahtfaz_balwrqt_altjaryt/links/583c149a08ae3cb636552cf6/alqyd-alksy-wathrh-ly-alahtfaz-balwrqt-altjaryt.pdf

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/٢/٦م.

[١] _ تقرير الفريق العامل الثالث، الدورة الحادية والثلاثون، نيويورك، ٩- ١٣ شباط ٢٠١٥، المرجع السابق، ص١٥.

٢_ سداد المدفوعات بوساطة بطاقة ائتمان أو بطاقة خصم أو أية وسيلة دفع إلكترونية أخرى.

ويقضي القانون أن يعكس المشاركون في عملية الدفع مسار المدفوعات المعنية بناءً لطلب المستهلك في الحالات التالية:

أ_ إذا كانت المعاملة احتيالية أو غير مطلوبة من جانب المستهلك.

ب_ إذا لم تستلم السلعة.

ج _ إذا لم تكن السلعة المستلمة مطابقة للطلب أو كانت معيبة.

وبمقتضى القانون الكولومبي يكون طلب القيد العكسي صالحاً إذا أبلغ المستهلك، مصدِر وسيلة الدفع الإلكتروني المستخدمة والتاجر في غصون مهلة زمنية قدرها خمسة أيام عمل اعتباراً من:

١_ تلقي أي معلومات عن سلع احتيالية أو غير مطلوبة.

٢_ التاريخ الذي كان ينبغي بحلوله تلقي السلعة عندما لا يتم استلامها.

٣_ عندما تكون السلعة المستلمة معيبة أو غير مطابقة للسلعة المطلوبة، من تاريخ استلامها[١].

وإثر تلقي الشكوى يعكس مصدر أداة الدفع الإلكترونية المستخدمة بالعمل مع سائر المشاركين في عملية الدفع، مسار المعاملة برد المدفوعات إلى الشاري.

ويحدد القانون مهلة لتقديم المطالبة لدى السلطة القضائية أو الإدارية المختصة، وقد تنطبق عقوبات إدارية إذا تبين للسلطة القضائية أو الإدارية المعنية أنّ المعاملة انطوت على سوء نية من جانب المستهلك، وفي هذه

---

[١] _ القانون منشور على الرابط:

https://www.wipo.int/wipolex/ar/text/334797

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/٢/٦م.

الحالة تُفرض عليه عقوبات بمبلغ أقصى يعادل خمسين مرة الحد الأدنى للأجر الشهري[١].

الفرع الثاني
دور المنظمات والهيئات الخاصة الدولية في الاعتراف بالقانون الموضوعي الإلكتروني

ذهب أنصار القانون الإلكتروني إلى أنّ المحكّم يتمتع بسلطة قضائية تمنحه القدرة على إصدار أحكام وقرارات ملزمة للطرفين في تسوية منازعات التجارة الإلكترونيّة بعيداً عن المحاكم الوطنيّة[٢]، **ويبرز دور التحكيم من خلال قرارات**

---

[١] _ وانتهت الأونسيترال من وضع الصيغة النهائية للملاحظات التقنية بشأن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر واعتمدتها في دورتها التاسعة والأربعين ٢٧ حزيران– ١٥ تموز عام ٢٠١٦.

وهذه الملاحظات التقنية غير ملزِمة وتتخذ شكل لوثيقة وصفية تتضمن عناصر عملية لتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر، التي أُعتمدت من الجمعية العامة للأمم المتحدة، في الدورة الحادية والسبعين، بتاريخ ١٣ كانون الأول ٢٠١٦م.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: ملاحظات الأونسيترال التقنية بشأن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر، والمتاح على الرابط:

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1700380_arabic_technical_notes_on_odr.pdf

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/٢/٦م.

[٢] _ والجدير بالذكر أنّ قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة رقم(٤) لعام ٢٠٠٩ قد نص على آلية لفض المنازعات بين المسجلين على أسماء النطاق من خلال آلية التحكيم حصراً عن طريق الهيئة الوطنية لخدمات الشبكة، فقد نصّت المادة(١٥) من القانون المشار

التحكيم لأنّها في أغلب الأحيان تشكل مصدراً هاماً للقواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة[١]، إضافة إلى أنّها تتفادى المشاكل القانونيّة التي يطرحها تطبيق معايير تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع من بين محاكم الدول التي تتنازع الاختصاص القضائي عند محاولة إعمالها على العمليات الإلكترونيّة التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية، كونها ضوابط مادية ترتكز على روابط مكانية أو جغرافية لا تستجيب لطبيعة المعاملات التي تجري من خلال الشبكات الإلكترونيّة التي تقوم على معطيات افتراضية أو غير مادية[٢].

وضمن هذا العنوان **نتطرق لقرارات التحكيم الصادرة عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومشروع القاضي الافتراضي والمحكمة الافتراضية، وهيئة الإنترنت للأسماء والأرقام المُخصصة(ICANN) في تطبيق قواعد قانونية غير صادرة عن الدول في النزاعات التي تعرض عليها**، ولنبين أنّ حل النزاع عن طريق الويبو والقاضي الافتراضي والمحكمة الإلكترونية والإيكان، **يتم بالاستناد إلى مجموعة من المبادئ والقواعد المادية لحل منازعات التجارة الإلكترونية سواء كانت المنازعات بين الشركات أو بين الشركات**

إليه على أنّ:(تتولى الهيئة القيام بالمهام التالية: ..١٢_ فض النزاعات بين المرخَّص لهم في مجالات عمل الهيئة عن طريق التحكيم، وفق القوانين والأنظمة النافذة). بينما نصّت المادة(٣٩) من قانون التوقيع الرقمي وخدمات تفانة المعلومات رقم(٧) لعام ٢٠٢٣:(يتم تسوية النزاعات بين المرخص لهم في مجالات عمل الهيئة ودياً عن طريق الهيئة، وفي حال عدم حل النزاع ودياً يتم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم وفق القوانين والأنظمة النافذة).

[١] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٨٠.

[٢] _ د. عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، مرجع سابق، ص ١٤٥.

والمستهلكين، التي تعتبر مصدراً من مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي.

وعليه سيتم التطرق إلى تلك القواعد من خلال التالي:

أولاً_ قواعد المنظمة العالميّة للملكية الفكرية WIPO لتسوية منازعات الدومين:

كان للدور الذي تمارسه المنظمة العالميّة للملكية الفكرية[١] إسهامات كبيرة في تطوير ونظام التحكيم الخاص بالتجارة الإلكترونيّة لتنظيم المنازعات الخاصة بالإنترنت وتفعيلها ولاسيّما المتعلقة **بأسماء الدومين**[٢] والعلاقات

---

[١] _ يوجد هذا المركز (مركز ويبو للتحكيم) في جنيف(سويسرا) تأسس في عام ١٩٩٤.

[٢] _ تعرف أسماء الدومين أو أسماء النطاق بأنّها العناوين الفردية المتميزة المستخدمة لتعين المواقع على الإنترنت، أو هي عناوين منفردة للمواقع على شبكة الإنترنت تسمح بتحديد الموقع وتمييزه عن غيره.

وقد عرف قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة السوري رقم(٤) لعام ٢٠٠٩ اسم النطاق على الإنترنت في المادة الأولى منه بأنّها:(Internet domaine: زمرة من عناوين الانترنت تقابل عدداً من المواقع أو الموارد الأخرى على الإنترنت، وتندرج تحت اسم واحد هو اسم النطاق). وهو ذات التعريف الوارد في القانون رقم(٧) لعام ٢٠٢٣.

تتكون أسماء النطاق من عدة أجزاء، ولكل منها دوره ومعناه وأهميته، فمثلاً: اسم نطاق جامعة دمشق: /**http://www.damascusuniversity.edu.sy**، يتكون كأي اسم نطاق، من ثلاثة أجزاء رئيسية:

الجزء الأول(البادئة Prefix): وهو الجزء الثابت دائماً ويتمثل في المقطع (http://www.)، حيث ترمز (http) إلى hypertext transfer protocol، وهو عبارة عن البروتوكول يسمح بربط صفحات الإنترنت ببعضها بعضاً والانتقال فيما بينها، ويحدد تواجد الموقع على شبكة الإنترنت، ويفيد التأكد من دخول المستخدم على شبكة المعلومات أو شبكة الويب العالمية (www)، ويكون لكل من يمتلك موقعاً على الشبكة.

والجـــزء الثـــاني(الجـــذر Radical): وهـــو الجـــزء الأهـــم فـــي اســـم النطـاق(.damascusuniversity)، ويشـير إلـى الشـخص الطبيعـي أو الاعتبـاري صـاحب الموقع، ويعد المعرف الأساسي له، ويكون عادة بالنسبة للمنشآت التجارية اسمها أو علامتها التجارية، لذلك يعد هذا الجزء من اسم النطاق الأداة الرئيسة التي تمكن مستخدم الشبكة من التعرف على الموقع، والمحدد الرئيس للقيمة المالية لاسم النطاق.

أمّـا الجزء الثالـث(اللاحقـة Suffix): فـلا يقل أهميـة عن السـابق، فيحدد عـادة طبيعـة نشاط الموقع الإلكتروني، وقد يحدد المنطقة الجغرافية (edu.sy)، ويعرف الجزء الثالث باسم نطـاق المسـتوى العـالي (Top-Level Domain)، وقد يتكون فقط مـن نطـاق المسـتوى العالي العام (gTLD) (Generic Top Level Domain) للدلالـة علـى نوع نشـاط الموقـع مثل: (net.)، (org.)، (com.)، وهذه الثلاثة تحديداً متاح تسجيلها لأي شخص أو جهة بـلا قيد أو شرط. بينمـا يستلزم توافر شروط معينـة لتسـجيل أنواع أخرى من نطـاق المستوى العـام، مثـل:(edu.) المخصـص للهيئـات والمعاهـد التعليميـة، (int.) الـذي يخـص الهيئـات والمنظمات الدولية.

بالإضافة إلى ذلك، قد يتكون الجزء الثالث من نطاق المستوى العالي الثاني (Country Code Top Level Domain) (ccTLD)، الذي يستخدم للدلالـة علـى الدولة(المنطقة الجغرافية) مثل: (jp.) اليابان. (**.sy) سورية**، وهو اسم النطـاق العُلوي السوري **وقد عرفـه قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة في المادة الأولـى منـه بأنّـه:(Syrian top – level domain: اسم النطاق العُلوي الوطني للجمهورية العربية السورية، وهو sy).**

بينما عرفه القانون رقم(٧) لعام ٢٠٢٣ بأنّه:(اسم النطاق العُلْوي الوطني للدولة، وهو /SY./ و/.سورية/ أو أي نطاق إضافي يتم اعتماده لاحقاً).

عبد الهادي محمد الغامدي، قواعد إيكان الموحدة لتسوية منازعات أسماء النطاق والعلامات التجارية، ص ٢٠٢، متاح على الرابط:
https://www.kau.edu.sa/Files/320/Researches/66731_38268.pdf
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١٢/٩م.

التجاريّة[١]، وتتم الإجراءات الخاصة بهذا النظام أمام لجان تحقيق إدارية خبراء دوليين في مجال التجارة الإلكترونيّة خاصة في الملكية الأدبية وأسماء الدومين[٢]، ويمكن من خلال هذا النظام التغلب على العديد من الصعوبات، حيث **يسمح هذا النظام للأطراف بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق**[٣]، كما

[١] _ نزاعات الملكية الفكرية هي منازعات تنشأ فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية. تنص معظم الولايات القضائية على عدة فئات مختلفة من حقوق الملكية الفكرية، الأكثر شيوعاً: براءات الاختراع، والعلامات التجارية، والأسرار التجارية، وأسماء المجال، وحقوق النشر.

يرجى مراجعة، نزاعات الملكية الفكرية على الموقع الإلكتروني:
https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/international-arbitration-and-intellectual-property-ip-disputes/#_ftnref1

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١١/١م.

[٢] _ يتيح مركز الويبو للتحكيم والوساطة آليات فعالة من حيث الوقت والتكلفة لتسوية المنازعات في مجال أسماء الحقول على الإنترنت، دون الحاجة للجوء إلى المحاكم لتسويتها.

وتشمل هذه الخدمة السياسة الموحدة لتسوية المنازعات المتعلقة بأسماء الحقول على الإنترنت التي استهلتها الويبو التي عالج مركز الويبو في إطارها ما يزيد على ٥٧ ٠٠٠ قضية.

يرجى مراجعة، موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية:
https://www.wipo.int/amc/ar/domains

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١١/٣م.

[٣] _ إنّ منازعات الملكية الفكرية الدولية منها والمحلية التي يكون أطرافها أفراداً أو شركات (غير حكومية)، هي التي يكون فيها التحكيم وفق قواعد الويبو ممكناً، أمّا على الصعيد الدولي، فإنّ المنازعات التي تنشأ بين الدول على صعيد نظام العلاقات التجارية ومنها الملكية الفكرية التي تتسم بتعدد الأطراف، فإنّ نظام تسوية المنازعات عن طريق التحكيم يتم لدى منظمة التجارة العالمية الذي يعنى بالفصل فيها.

ومن الأمثلة الحديثة التي تم من خلالها اللجوء إلى هذا التحكيم، هو لجوء قطر والسعودية للنظر فيما إذا كانت السعودية التي انتهكت حقوق الملكية الفكرية لقطر، وذلك

إنّه يتضمن وحدة في الجزاء على الرغم من اختلاف الجنسيات[١].

وفي قضية تحكيم خاضعة لإدارة المنظمة العالمية للملكية الفكرية بشأن علامة تجارية لبرنامج حاسوبي[٢]: تم تسجيل علامة تجارية لاتصالات البرامج في الولايات المتحدة وكندا على يد مطوّر برامج من أمريكا الشمالية، وفي عدد من البلدان الآسيوية قد تم في الوقت نفسه تسجيل علامة تجارية لأجهزة الكومبيوتر، مماثلة تقريباً للعلامة المذكورة آنفاً، من قبل شركة أخرى لتصنيع أجهزة الكومبيوتر.

دخل كل من شركة التصنيع ومطوّر البرامج من أمريكا الشمالية في منازعات قضائية بشأن تسجيل العلامات التجارية واستخدامها في ولايات قضائية متعددة. وفي سياق المنازعات المذكورة حظّر كل منهما على الآخر استخدام العلامات التجارية أو تسجيلها تبعاً للحقوق الحائز عليها كلٌّ منهما في الولايات القضائية المعنية قبل وقوع النزاع. **أبرم الطرفان اتفاقية توافق تضمنت شرط تحكيم بإدارة المنظمة العالمية للملكية الفكرية، للإسراع في استخدام العلامات التجارية الخاصة بكل منهما وتسجيلها عالمياً.**

في شبهة قيام قناة (beoutQ) المملوكة من السعودية بقرصنة حقوق بث قناة (beIN) المملوكة لقطر.

محمد نايف يوسف الثوابية، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية وفق قواعد ويبو، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط/ كلية الحقوق، الأردن – عمان، ٢٠٢٠، ص١٥.

[١] _ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

[٢] _ القرار منشور على موقع مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي الإلكتروني:
https://www.tahkeem.ae/handlers/ViewAsset.ashx?id
تاريخ الزيارة ٥/١١/٢٠٢٢م.

وعنما حاولت الشركة الأميركية الشمالية تسجيل علامتها في أحد البلدان الأسيوية، تم رفض طلب التسجيل بسبب الالتباس مع العلامة السابقة للطرف الآخر. طلبت الشركة الأميركية الشمالية من الشركة المصنعة لأجهزة الكمبيوتر تسهيل تسجيل علامتها في البلد الآسيوي، وعندما رفضت الشركة المصنعة اتُّخذ القرار بمواصلة التحكيم، تم تعيين محامٍ بارز في مجال الملكية الفكرية بناءً على مقترحات المركز كمحكم وحيد.

أصدر المحكم الوحيد أو المنفرد قرار تضمن فيه تُمنح فيها الشركة المصنعة للجهاز ترخيصاً بشروط مناسبة لشركة أمريكا الشمالية، بما يُلزم الشركة المصنعة بتقديم تقارير دورية للشركة[١].

وفي قضية أخرى: تفاوضت شركة آسيوية ومطور برمجيات أوروبي **لتكوين شركة مشتركة ودخلتا في اتفاقية ترخيص لتقديم خدمة دفع عبر الهاتف**

---

[١] _ القرار منشور ومتاح على الرابط:
https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/case-example.html
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١١/٥م.
ومن التطبيقات القضائية الأخرى:
في قضية الكاتبة البريطانية(Jeannette Winterson)، رفعت هذه الكاتبة شكوى ضد مجموعة من الأشخاص قاموا بتسجيل أسماء النطاق تتكون من اسمها وهي (jeannettewinterson.net) و(jeannettewinterson.com)، وبعد النظر في الشكوى من المنظمة العالميّة للملكية الفكرية قررت بنقل أسماء النطاق المسجلة إلى الكاتبة وحجتها في ذلك أنّ اسم الكاتبة يعد اسماً يتمتع بشهرة عالمية مما يستوجب حمايته.
وفي قرار آخر تم رفض نقل اسم النطاق (www.madame.com) لمقدم الشكوى على أساس أنّ الاسم(madame) اسم شائع وعام ولا تتوفر فيه الصفة التمييزية لذا فهو لا يتمتع بالحماية القرار منشور ومتاح على الرابط:
http://www.wipo.int/services/ar/index.html#disputes
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١١/٥م.

المحمول في عدد من البلدان الآسيوية. قبل تأسيس المشروع المشترك، نشأ نزاع بينهما بشأن أداء اتفاقية الترخيص. قدمت الشركة الآسيوية طلباً للتحكيم بموجب قواعد تحكيم الويبو على أساس اتفاقية الترخيص، وحصلت أيضاً على أمر مؤقت بتجميد الحساب المصرفي للمطور الأوروبي من محكمة يقع مقرها في موطن المطور الأوروبي (المادة ٤٦ (د) من قواعد تحكيم الويبو).

في تحكيم الويبو، طلب المطور الأوروبي من المحكم إصدار حكم مؤقت يأمر الشركة الآسيوية بإلغاء أمر التجميد، والامتناع عن اتخاذ أي إجراء آخر في المحكمة دون موافقة مسبقة من المحكم وتقديم ضمان مصرفي من أجل الدفع الآمن للمطالبة المقابلة للمطور الأوروبي. وأمر المحكم، في حين رفض اتخاذ إجراء فيما يتعلق بالدعوى القضائية، الشركة الآسيوية بتقديم ضمان مصرفي لصالح المطور الأوروبي. قدمت الشركة الآسيوية الضمان المصرفي حسب الطلب.

بناءً على اقتراح المحكم وبموافقة الأطراف، وبعد مراجعة المرافعات الأخرى في القضية، عقد المحكم مؤتمراً للتوفيق في جنيف (سويسرا)، أبلغ فيه الأطراف باستنتاجاته المؤقتة بشأن المسألة المشار إليها. لم يتم تقديم أي سجل مكتوب للأطراف بشأن الآراء التي تم نقلها على هذا النحو. على الرغم من أنّ الطرفين لم يسويا القضية على الفور، إلا أنّهما تمكنا من القيام بذلك بعد مزيد من المناقشات في الأسابيع التي تلت ذلك.

وافق المطور الأوروبي على دفع مبلغ معين وإعادة الضمان المصرفي إلى الشركة الآسيوية، التي وافقت بدورها على نقل حقوق الملكية الفكرية ذات الصلة إلى المطور[١].

---

[١] _ القرار منشور ومتاح على الرابط:
https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/case-example.html
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١١/٧م.

ثانياً_ القاضي الافتراضي Magistrate Virtual:

بالرغم من أهمية التوصيات والقرارات الصادرة عن الاتحاد الأوروبي والجهود النوعية الكبيرة التي بذلتها منظمة الويبو إلا التجربة العملية الأولى لتسوية منازعات التجارة الإلكترونيّة باستخدام شبكة الإنترنت تمثلت في برنامج القاضي الافتراضي، وهو مشروع أطلق تجريبياً في آذار عام ١٩٩٦ للتحكيم عبر الإنترنت بهدف فضّ المنازعات الناشئة بين مستخدمين الإنترنت والمتضررين من الرسائل أو الملفات غير المشروعة وبين القائمين على الأنظمة المختلفة من حيث توجيه الشكاوى والمطالبات بالتعويض ضدّهم[١].

إنّ مشروع القاضي الافتراضي هو مشروع أمريكي، أعدّ بالتعاون بين مركز القانون وأمن المعلومات بجامعة فيلانوفا وبين معهد القانون المتخصص في مجال حل المنازعات بطريقة إلكترونيّة(CYBERSPACE LAW INSTITUE)، وفي عام ١٩٩٩ انتقل المشروع إلى كلية (Kent Chicago) للحقوق بمعهد إلينوي للتكنولوجيا، وتم تدعيمه من طرف جمعية

كما احتلت كرة القدم مكاناً بارزاً فى القضايا المرفوعة أمام مركز الويبو فى سنة ٢٠٠٩ ولاسيما من خلال بطولة كأس العالم لكرة القدم عام ٢٠١٠ التي أُقيمت في جنوب أفريقيا، فقد قامت فرق الصف الأول الإنجليزية وهي: فولهام، وليفربول، ومانشستر يونايتد، وتوتنهام، وويست هام، برفع شكوى موحدة ضد مدعى عليه واحد تورط فى بيع تذاكر من خلال أسماء حقول تضمنت جميع أسماء هذه النوادي.

وقد أحدث القرار الصادر فى هذا الصدد سابقة مهمة بشأن الظروف التي يحق فيها لعدد من المدعين رفع شكوى موحدة أمام الويبو ضد مدعى عليه واحد، وقد أودعت شكاوى أخرى فى هذا الشأن باسم اتحاد كرة القدم فى جنوب أفريقيا، وفريق اي سي ميلان، ونادي مانشستر سيتي لكرة القدم.

http://www.wipo.int/pressroom/ar/articles/2010/article_0007.html

[١] _ فارس كرم شيان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٣٥.

المحكمين الأمريكية (AAA) ومعهد قانون الإنترنت والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي[١].

يهدف المشروع مبدئياً إلى إعطاء حلول سريعة ومحايدة للمنازعات المتعلقة بالإنترنت عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونيّة في التحكيم والقوانين الناظمة للتجارة الإلكترونيّة وعقودها، وقانون الإنترنت ومنازعات العلامات التجاريّة والملكيّة الفكريّة، ويتم تعيين المحكم وفقاً لنظام القاضي الافتراضي بوساطة جمعية التحكيم الأمريكية من بين قائمة معدة سلفاً لمحكمين مؤهلين[٢].

وتتكون محكمة التحكيم وفقاً لهذا النظام من محكّم واحد أو ثلاث محكمين، يقوم القاضي الافتراضي المعيّن بالتحاور مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخضوع لهذا النظام عن طريق البريد الإلكتروني، ويفصل في النزاع خلال(٧٢) ساعة من عرضه[٣]، ويكون قرار المحكم مجرداً من القيمة القانونيّة حتى يقبله الأطراف[٤].

وقد تضمنت قائمة الملاحظات التي أصدرتها الأونسيترال بشأن تنظيم إجراءات التحكيم ١٩٩٦ توصيات باستخدام القنوات الإلكترونيّة في نقل

---

[١] _ عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونيّة في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص١٦٤.

[٢] _ محمد شهاب، التحكيم التجاريّ الدوليّ، ص٣٧، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: https://www.kotobarabia.com/

تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/١١/١٠م.

[٣] _ عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونيّة في التشريعات العربية والأجنبية، مرجع سابق، ص١٦٦.

[٤] _ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق، ص١٨١.

المستندات وتبادلها وحجيتها في الإثبات، كما اعتمد مجمّع لندن المعتمد للمحكمين بروتوكول استخدام تقنيات المعلومات في إدارة عملية التحكيم بموجب اتفاق المحكمين وأطراف النزاع. ويهدف البروتوكول إلى ضبط مناهج استخدام تقنيات المعلومات في تبادل المستندات وغيرها من المعلومات بين أطراف النزاع، وذلك **بموجب قواعد** يمكن إدخال تعديلات عليها باتفاق المحكمين وأطراف النزاع، وبما يلائم احتياجات العملية التحكيمية[١].

لكنّ فكرة القاضي الافتراضي هذه لا تحظى بالإجماع، فالبعض يرى هذه الفكرة سابقة لأوانها وتعكس رؤية حالمة في الإنترنت، ويتساءل عن صدى آراء هذا الأخير وفعالية أحكامه المجردة من أية قوة تنفيذية. فإذا لم تتكون هيئات تحكيمية ذات فعالية بالمعنى القانونيّ، فلا يمكن أن تحظى قرارات القاضي الافتراضي بالصيغة التنفيذية، أو أن تُنفذ، إلا بصورة إرادية أو طوعيّة[٢].

لكن في المقابل يجد البعض أنّه إذا تبين جدوى هذه التجارب لاحقاً، فإنّ محاكم وهيئات تحكيمية فعلية مرشحة للظهور مباشرة عبر الشبكة، تكون قادرة على مراعاة الفوارق والحساسيات بين الدول[٣].

ويُعد الحكم الصادر في قضية (Tierney and Email America) في ٨ أيار عام ١٩٩٦، أول حكم صادر بموجب نظام القاضي الافتراضي[٤]، وكانت هذه القضية تتعلق بالإعلان الذي نشرته شركة Email America

---

[١] _ من الموقع الإلكتروني:
http://www.sns.sy/index.php/ar/node/49946
تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/١١/١٥م.

[٢] _ فارس كرم شيان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٣٦.

[٣] _ من الموقع الإلكتروني:http://www.sns.sy/index.php/ar/node/49946

[٤] _ محمد عبد الله العبد الله، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة جامعة البعث، المجلد ٤١ – العدد ١٠٨، ٢٠١٩، ص٤٩.

على شبكة الإنترنت وفقاً لنظام أمريكا المباشر على شبكة الإنترنت America Online System، وتضمن هذا الإعلان عرضاً لبيع خمسة ملايين عنوان للبريد الإلكتروني الخاصة برسائل البريد الإلكتروني Bulk، حيث طلب مقدم الشكوى E.TIERNEY Games إلغاء إعلان تم عرضه من قبل شركة AOL، وتضمنت شكواه ثلاثة أسباب رئيسية:

١ _ يشجع الإعلان على الترويج لبيع عناوين البريد الإلكتروني الخاصة برسائل البريد الإلكتروني، وهذه الممارسات تتعارض مع السياسة العامة لشبكة الإنترنت، وتتناقض مع السياسة الخاصة لشركة(AOL).

٢ _ يحتوي الإعلان إمكانية التعدي على الحق في الخصوصية للشاكي.

٣ _ الإعلان كان مخادعاً ويهدف إلى تحقيق أرباح كبيرة ضمنية من خلال استخدام عناوين البريد الإلكتروني التي سيتم بيعها.

بعد دراسة الشكوى المقدمة من الشاكي وافق القاضي الافتراضي على اعتبار الإعلان مخادعاً، وطلب من شركة(AOL) بسحب أو إزالة الإعلان، وأصدر القاضي الافتراضي قراره بإزالة الإعلان خلال أربعة أيام من تاريخ تسلم الشكوى حول موضوع النزاع، وقد استند في قراره على الحجج المقدمة من قبل مقدم الدعوى. وبالمقابل، فإنّ شركة(AOL) استجابت لحكم القاضي ونفّذت الحكم.

ويتضح أنّ هذا القرار قد أرسى قواعد مادية داخل مجتمع الإنترنت التي تنادي بضرورة منع أو حضر الإعلانات الإلكترونيّة غير المشروعة (Bulk e-maiting)، إضافة إلى التأكيد بضرورة رعاية مصالح مستخدمي الإنترنت داخل المجتمع الإلكتروني[١].

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٥١٨.

ثالثاً_ المحكمة الإلكترونية[١]:

نشأت هذه المحكمة وتكونت في كندا بمركز بحوث القانون العام بكلية الحقوق جامعة مونتريال في أيلول ١٩٩٦، وفقاً لنظام هذه المحكمة تتّم كافة الإجراءات إلكترونياً على الموقع الشبكي للمحكمة ابتداءً من طلب التسوية،

[١] _ يمكن تعريف المحكمة الإلكترونية أو المعلوماتية بأنّها:(حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود، يسمح ببرمجة الدعوى الإلكترونية، ويتألف من شبكة الربط الدولية إضافة إلى مبنى المحكمة، بحيث يتيح الظهور المكاني الإلكتروني لوحدات قضائية وإدارية، ويباشر من خلاله مجموعة من القضاة مهمة النظر في الدعاوى، والفصل فيها، بموجب تشريعات تخولهم مباشرة الإجراءات القضائية مع اعتماد آليات تقنية فائقة الحداثة لتدوين الإجراءات القضائية، وحفظ وتداول ملفات الدعاوى).

ومن صور المحكمة الإلكترونية، الصورة الأولى: التحكيم الإلكتروني، الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الإنترنت، وهو يكتسب صفة الإلكترونية من الطريقة التي يتم بها، حيث تتم بطريقة سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين.

والصورة الثانية: المحكمة بوسائل إلكترونية، يتعلق هذا النوع باستخدام تقنيات المعلومات والاتصال في إنجاز إجراءات التقاضي أمام المحاكم، بتحويل الإجراءات الاعتيادية(الورقية) إلى إجراءات إلكترونية، وذلك عن طريق شبكة الإنترنت.

وقد كانت أول تجربة في **سورية** بإمكانية تطبيق المحكمة الإلكترونية فيها، التي انطلقت نواتها الأولى في عام ٢٠٠٨ في مدينة درعا من خلال تدشين المحكمة النموذجية الأولى بتاريخ ٢٠٠٨/٧/٥، بالتعاون مع وزارة العدل وهيئة تخطيط الدولة، وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي UNDP في سورية، وكانت أول تجربة لمشروع أتمتة عمل المحاكم، إذ استُخدِمَت تكنولوجيا المعلومات في إعادة هندسة إجراءات أصول المدنية، بهدف أتمتتها وبرمجتها، بغية تبسيط إجراءاتها للمواطنين.

يرجى مراجعة: د. صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية(المفهوم والتطبيق)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد الأول، ٢٠١٢، ص ١٧٠-١٩٨-١٩٩.

ومروراً بالإجراءات اللازمة لسير القضية، وانتهاءً بإصدار الحكم وقيده على الموقع الإلكتروني للمحكمة[١].

وتصدر المحكمة شهادات مصادقة على المواقع الإلكترونيّة التي تتحقق فيها الشروط المطلوبة وتجيز هذه الشهادات لأصحاب المواقع أو المسؤولين عنها تسوية منازعاتهم وفقاً لإجراءات المحكمة، لذلك يجب أن يكون هؤلاء على علم تام بالمبادئ التي يكفلها هذا النظام من أجل احترامها والالتزام بقواعد السلوك التي تتضمنها. كما تقدم المحكمة خدماتها باللغتين الفرنسية والإنجليزية.

واختصاص نطاقها يتسع إلى خمسة مجالات هي التجارة الإلكترونيّة والمنافسة وحق المؤلف وحرية التعبير والحياة الخاصة، ولكن هذا لا يعني أنّ اختصاصها غير محدد، بل أنّه محدود بالنظام العام فهي لاتفصل في المسائل ذات الصلة بالنظام العام، ولكن تعالج المسائل ذات الصلة بالقانون الجديد للتكنولوجيا.

وتقوم المحكمة بالفصل في القضايا بطريقة الوساطة والتحكيم وهذه الخدمة التي تقدمها المحكمة مجانية، والمحكمة تضمن سرية المعلومات الخاصة بالقضايا المنظورة أمامها عن طريق التشفير، ويتم اختيار المحكمين والوسطاء عن طريق سكرتير المحكمة من ضمن خبراء قانونيّين وفنيين في مجال القضاء[٢].

وتشترك هذه المحكمة مع باقي المحاولات المشابهة، وبصفة خاصة القاضي الافتراضي، **في محاولة خلق وإنشاء قواعد غير رسمية تطبق على الفضاء cybernet**. إذ إنّ إجراءات المحاكمة تخضع لسلطة المحكمة، ولا يوجد

---

[١] – محمد شهاب، التحكيم التجاريّ الدوليّ، مرجع سابق، ص٣٩.

[٢] _ من الموقع الإلكتروني:

https://www.fundp.ac.be/facultes/droit

تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/١١/٢٠م.

قانون إجرائي رسمي يطبق في هذا المجال، وعلى كل الأحوال تسعى المحكمة الفضائية للتوصل إلى طريقة عادلة ومتوازنة تمنح لكل طرف فرصة الاستمتاع إليه على نحو كاف[١].

أمّا بالنسبة للقواعد التي تطبق على موضوع النزاع، فطبقاً للمادة(١٥) من نظام المحكمة، للأطراف حرية اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع، وتلتزم المحكمة بتطبيقها، أمّا في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي يجب تطبيقه على النزاع، تتولى المحكمة بنفسها اختيار القواعد المناسبة التي تطبق على النزاع، التي ترتبط بالنزاع بأوثق الروابط، وفي كل الأحوال تضع المحكمة في اعتبارها عند الاختيار، شروط العقد، والأعراف التجارية المتعلقة بالمعاملات موضوع النزاع، ويجوز للمحكمة أن تفصل صلحاً إذا خولها الفرقاء ذلك.

وقد نالت حماية المستهلكين عناية المحكمة، ولهذا فإنّ العقود التي تفصل تقوم بتفسيرها لصالح المستهلكين، والقانون الواجب التطبيق هو قانون المستهلك، ويستطيع المحكم وفقاً لنظام المحكمة أن يظهر دوراً فعالاً لكي يتسم بالمرونة في الإجراءات ولتقديم أفضل حماية للمستهلك، وبالتالي يمكنه أن يبحث بنفسه عن معلومات تكميلية وعن أدلة إثبات من أجل سريان الدعوى ونظر القضية[٢].

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٥٢٢.

[٢] _ د. صالح المنزلاوي، تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، شبكة المحامين العرب، والبحث منشور على الرابط:
http://www.mohamoon.com/montada/default.aspx?
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١١/١٦م.

رابعاً_ قواعد هيئة الإنترنت للأسماء والأرقام المُخصصة(ICANN) تعترف بالقانون الموضوعي الإلكتروني:

الإيكان هي منظمة تحديد الأسماء والأرقام عبر الإنترنت(الإيكان) Internet Corporation for Assignend Names and Numbers (ICANN)، وهي هيئة غير ربحية تأسست عام ١٩٩٨، ومقرها في ولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية، أُنشئت لإدارة نظام أسماء النطاق العالمي عوضاً عن الحكومة الأمريكية، وهي المنظمة المسؤولة على أمن واستقرار الإنترنت، بحيث تقوم بحفظ السجلات من بروتوكولات الإنترنت(IP)[١]، وتوزيع أسماء النطاقات مثل: com، info. كما تقوم بإدارة نظام(DNS)، الذي هو نظام توليد عناوين(IP) التي تسمح للمستخدمين على شبكة الإنترنت للوصول إلى المواقع المختلفة ببساطة عن طريق كتابة اسم الموقع بدلاً من كتابة رمز رقمي طويل[٢].

---

[١] _ اختصار لـ(Internet Protocol) فمن الملاحظ أنّ نظام الشبكة المعلوماتية يعمل على البرتوكول(IP)، حيث إنّ لكل جهاز متصل بالشبكة عنوان عبارة عن رقم مكون من أربعة أجزاء كل جزء من الممكن أن يبتدئ بصفر وينتهي بـ ٢٥٥، مثال: 81.145.56.105. ويتولى نظام أسماء النطاق Domain Name System (DNS) عملية تحويل تلك الأرقام من عنوان رقمي إلى اللغة التي نفهمها ونستطيع التعامل معها وهي الحروف والكلمات، فيسهل تذكر اسم النطاق والتعامل معه من قبل مستخدمي الإنترنت، فمثلاً اسم النطاق لجامعة حلب(alepuniv) ، (www.alepuniv.edu.sy) هو اختصار لجامعة حلب بالإنجليزية Aleppo University في حين يمكن أن يكون عنوان IP الخاص بالجامعة(١٩٥.٩٢.٢٣٩.٦٦) فهذه الأرقام تشكل عائقاً وصعوبة في تذكرها على عكس التسلسل الحرفي للجامعة(www.alepuniv.edu.sy) الذي يبدو سهلاً لتذكره.

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٥٢٢.

كما تقوم بتسوية المنازعات الناشئة عنها، فبعد اعتماد إيكان لعدد من مسجلي أسماء النطاقات، بدأت بمحاولة حل الإشكالية التي فرضها الاختلاف بين نظام العلامات التجارية ونظام أسماء النطاق، وساهمت في ذلك المنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو (WIPO) بشكل كبير، من خلال إعداد وصياغة **القواعد الموحدة لتسوية منازعات أسماء النطاق**، والمعروفة بـ(URDR، أو قواعد إيكان الموحدة، أو القواعد الموحدة)، وفي عام ١٩٩٩ سلمت الويبو للإيكان تقريرها المتعلق بقضايا الملكية الفكرية المرتبطة بتسجيل أسماء النطاق. وأوصى التقرير الختامي بقصر مجال تطبيق الاجراءات الإدارية في حالات سوء النية والتسجيل التعسفي لأسماء النطاق الذي يشكل تعدي على حقوق العلامات التجارية[١].

وقد حظيت قواعد إيكان الموحدة بالقبول كقواعد دولية لتسوية منازعات أسماء النطاق بعيداً عن القضاء. وترمي القواعد الموحدة إلى محاربة تسجيل أسماء نطاق تُشابه أو تتطابق مع علامات تجارية مسجلة أو مشهورة بهدف إعادة بيعها إلى مالك العلامة التجارية أو أحد منافسيه، فهدفها هو إحباط والحد من هذه الأعمال التعسفية، وتطبق قواعد إيكان الموحدة من خلال اللجوء إلى إحدى مراكز وهيئات التحكيم الأربعة المعتمدة من إيكان، وهي:

١_ مركز التحكيم الوطني والمعهد الدولي للوقاية من النزاعات وتسويتها (CPR)، ومقره الولايات المتحدة الأمريكية، في نيويورك.

٢_ المركز الآسيوي لتسوية منازعات أسماء النطاق(ADNDRC) ومقره الصين وهونغ كونغ.

٣_ محكمة التحكيم الوطني(NAF) في مينيا بوليس في الولايات المتحدة.

---

[١] _ عبد الهادي محمد الغامدي، قواعد إيكان الموحدة لتسوية منازعات أسماء النطاق والعلامات التجارية، مرجع سابق، ص٢١٢.

٤_ مركـز التحكـيم والوسـاطة التـابع للمنظمـة العالميـة للملكيـة الفكريـة (WIPO)[١].

ومما ترمي إليه القواعد الموحدة هو وضع قواعد وإجراءات موحدة لتسوية منازعات أسماء نطاق يغلب على أطرافها انتمائهم لدول مختلفة[٢]، وبالتالي القوانين – إن وجدت – عادةً ما تكون متباينة في معالجة تنازع أسماء النطاق والعلامات التجارية، لذلك منحت لائحة إجراءات قواعد إيكان الموحدة المحكم حرية واسعة للاستعانة بالمبادئ والقوانين الأصلح سواءً في تفسيره للقواعد الموحدة، أو في حالة عدم تطرق أو كفاية القواعد الموحدة لجانب أو أكثر من جوانب النزاع المطروحة على المحكم، فنصّت الفقرة الأولى من المادة(١٥) من قواعد السياسة الموحدة على مايلي:(**ينبغي على الهيئة البت في الشكوى على أساس البيانات والوثائق وفقاً للسياسة، وهذه القواعد وأية قواعد ومبادئ قانونية تراها قابلة للتطبيق).**

---

[1] _ Claire Alberchtsom, Définition et nature juridique du nom de domaine, DESS droit de l'internet administration, entreprise, Université Paris I Panthéon-Sorbonne، 2005, p. 15.

[٢] _ تخضع الإجراءات الإدارية لتسوية النزاعات بموجب السياسة الموحدة لتسوية النزاعات التي نبنتها ICAAN بتاريخ ٣٠ تشرين الأول من عام ٢٠٠٩ وتسري هذه القواعد على سائر إجراءات UDRP التي يتم خلالها تقديم شكوى إلى المزود بتاريخ ١ آذار ٢٠١٠، وقد قامت الإيكان بتنفيذ السياسة الموحدة لحل نزاعات أسماء المواقع UDRP حيث تم استخدامها لحل أكثر من ٥٠٠٠ نزاع على حقوق أسماء المواقع، وقد صممت هذه السياسة لتكون فاعلة ومنخفضة التكلفة.

ويمكن الإطلاع على نسخة من القواعد التي تسري على سائر الإجراءات والنزاعات على الرابط:

http://www.icann.org/en/dndr/udrp/uniform-rules-24oct99-en.htm

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١٢/١م.

نص المادة(١٥) يبين أنّ الإيكان تحل النزاعات، دون الاستناد إلى قانون دولة معينة، وهي تعتمد في هذا المجال، على القواعد الموحدة التي وضعتها هي، بالإضافة إلى المبادئ القانونية التي تراها قابلة للتطبيق، وهذا يعني إمكانية الاستناد إلى قانون غير صادر عن دولة، وبالتالي تطبيق القانون الموضوعي الإلكتروني الذي تشكل المبادئ القانونية أحد مصادره[١].

ومن الواقع التطبيقي القانوني والقضائي، نجد أنّه قد لا يشكل هذا أي إشكالية قانونية في حالة أنّ المحكم وأطراف النزاع ينتمون لدولة واحدة، بل إنّه من المنطق تطبيق قانون الدولة التي ينتمون لها، نظراً لمعرفتهم بتلك القوانين.

غير أنّ الإشكالية القانونية تتجلى عندما تختلف جنسيات أطراف النزاع ويطبق المحكم قوانين دولته، أو قوانين دولة أحد أطراف النزاع لحسم النزاع بينها. وهذه هي الطريقة المباشرة في اختيار المحكم للقانون الواجب التطبيق.

ففي قضية كان المدعي صاحب العلامة التجارية أمريكي الجنسية، وكان المدعى عليه صاحب اسم النطاق المتنازع عليه كوري الجنسية، ومع ذلك أستشهد المحكم بالأحكام القضائية الأمريكية للاستدلال على سوء النية في تسجيل اسم النطاق[٢].

ومن القرارات الصادرة بخصوص القضايا البارزة في منازعات أسماء النطاق والعلامات التجارية، لاحتواها على أكبر عدد من أسماء النطاق المتنازع عليها، قضية مجموعة فنادق انتر كو نتننتال Inter-Continental) Hotels Corporation) ضد مجموعة فنادق القارات الست Six

---

[١] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٥٢٤.

[٢] _ عبد الهادي محمد الغامدي، قواعد إيكان الموحدة لتسوية منازعات أسماء النطاق والعلامات التجارية، مرجع سابق، ص٢٤٦.

(Continents Hotels)، وتتلخص وقائع القضية في أنّ المدَّعَى عليه سجل أسماء نطاق بلغت ١٥٢٩ اسماً، ولم يرد المدَّعَى عليه على الدعوى، وبالتالي لم يقدم أي دليل يثبت حقه أو مصلحته المشروعة في الأسماء المتنازع عليها، وكان كل اسم من تلك الأسماء قد تضمن إحدى العلامات التجارية للمدعيين.

وبما يتوافق ومضمون القواعد الموحدة، فإنّ هذه القضية بينت وبشكل جلي أنّ احتواء اسم نطاق ما على علامة تجارية يؤدي إلى احتمال الخلط أو اللبس لدى المتلقين(مستخدمي الإنترنت) ويشكل نوعاً من التضليل، حتى ولو كان ذلك الاسم يتضمن بعض الرموز، أو علامات الترقيم، فحقيقة الأمر أنّ مثل هذه الرموز والعلامات لا يحول دون مشابهة الاسم للعلامة التجارية بما يضمن عدم احتمال حدوث الخلط والتضليل لدى المتلقي بين **اسم نطاق والعلامة التجارية**[١].

[١] _ تُعرف العلامة التجارية أنّها: (إشارة تميز سلع أو خدمات شركة عن سلع أو خدمات سائر الشركات. وتُحمى العلامات التجارية بقوانين الملكية الفكرية).

وفي سورية اعتبر القانون رقم(٨) لعام ٢٠٠٧، الخاص بحماية العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية، العلامة التجارية علامة فارقة، وفق المادة الأولى منه التي اعتبرت العلامة الفارقة بأنّها:(العلامة التجارية والصناعية والخدمية)، وقد عرفت العلامة الفارقة بالمادة الثانية منها بأنّها:(كل إشارة تمكن من تمييز منتجات أو خدمات شخص طبيعي أو اعتباري ويمكن أن تتكون العلامة الفارقة على سبيل المثال من الأسماء أو التسميات أو الرموز أو الأختام أو الكلمات أو الحروف أو السمات أو النقوش البارزة أو الرسوم أو الصور أو الأرقام أو الإمضاءات أو الدمغات أو عناوين المحال أو مجموعة الألوان وترتيباتها وتدرجاتها التي تتخذ شكلاً خاصاً مميزاً أو أشكال المنتجات أو غلافاتها وكذلك أي مزيج من هذه العناصر، وفي كل الأحوال يجب أن تكون العلامة الفارقة مرئية يمكن إدراكها بالبصر).

وسبق أن تم تعريف اسم موقع الإنترنت بأنّه اسم يستخدم للدلالة على عنوان بروتوكول الإنترنت الخاص في موقع إنترنت معين، يعمل على تسهيل الوصول للمواقع المختلفة على الشبكة، ويسهم في عملية الترويج والتسويق للسلع والخدمات التي تقدمها تلك المواقع.

ويبين الجدول التالي أهم الفروقات بين العلامات التجارية وأسماء المواقع:

العلامات التجارية	أسماء مواقع الإنترنت
يمكن تسجيل نفس العلامة التجارية من قبل أكثر من شخص لتمييز بضائع ومنتجات مختلفة شريطة ألا تكون مترابطة(مبدأ تخصيص العلامة).	لا يسمح بتسجيل اسم الموقع من قبل أكثر من شخص، فكل اسم موقع فريد بحد ذاته. مثال: لا يمكن أن يسجل شخص اسم الموقع: www.example.com ، ويأتي شخص ويسجل نفس اسم موقع www.example.com
تسجيل العلامات التجارية يكون مرتبطاً ببضائع أو خدمات معينة.	لا يكون التسجيل مرتبطاً ببضائع أو خدمات معينة، ولكن قد يكون مرتبطاً بدولة معينة بالنسبة لأسماء المواقع الوطنية. (تسجيل اسم موقع وطني لسورية) (sy)
الغرض من تسجيل العلامة تحاشي الخلط في ذهن الجمهور بين السلع والخدمات المماثلة أو المرتبطة معها التي لا تميزها العلامة المسجلة.	الغرض من التسجيل الإشارة لموقع معين.

يمر تسجيل العلامة التجارية بأكثر من مرحلة تبدأ بإيداع طلب التسجيل لدى الجهة المختصة بالتسجيل، والمتمثلة فى سورية فى مديرية حماية الملكية التجارية والصناعية في وزارة الاقتصاد بموجب المادة (٢٢) من قانون حماية العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية، ويخضع هذا الطلب للفحص والمراجعة من قبل هذه الجهة للتأكد من توافر الشروط القانونية للتسجيل وعليه تصدر قرارها بالرفض أو القبول حسب الأحوال.	لا يتطلب الأمر تقديم طلب يخضع للفحص والمراجعة من جانب الشركة المختصة بالتسجيل، فالأمر يقتصر على ملء النموذج المعد للتسجيل على موقع الشركة المختصة بالتسجيل، ودفع الرسوم المقررة للتسجيل، ويتم التسجيل لمجرد اكتشاف أنّ الموقع متاح ولم يسبق تسجيله. فعلى المستوى السوري يمكن لأي جهة أن تقوم بحجز النطاق الخاص بها من خلال إرسال صورة عن استمارة الحجز مملوءة بدقة إلى البريد الإلكتروني الخاص بخدمة أسماء النطاق domain@tld.sy حيث يتم حجز هذا النطاق دون تفعيل لمدة شهر حتى وصول الأوراق الأصلية ويمكن للجهة إرسال الثبوتيات من خلال البريد التقليدي أو وضع الأوراق في ديوان وزارة الاتصالات. وأجور حجز النطاق تحت النطاق العلوي السوري مبينة بالجدول المحدد مسبقاً.

قبل أن تسجل العلامة التجارية لابد من إجراء بحث فيما إذا كانت العلامة مسجلة أم لا، ومدى أحقية طالب التسجيل فى تسجيل العلامة، ويمكن للجهة المختصة أن تطلب المستندات التي تراها مناسبة لذلك، فضلاً عن أنّ الجهة تتأكد من عدم وجود اعتداء على حقوق الغير عند التسجيل، ويسمح بتقديم الاعتراضات من قبل أصحاب العلامات التجارية المنشأة مع العلامة التجارية التي يراد تسجيلها.	يجري البحث فيما إذا كان هناك اسم موقع متطابق مع اسم الموقع المسجل دون أن تتطلب الجهة تقديم ما يفيد ملكية المشروع الذي يرغب الطالب فى التسجيل له، ولا يوجد أي نوع من الاعتراضات.
يقترن احتفاظ مالك العلامة التجارية بحقه بها بالاستعمال والحماية، بمعنى عدم استعمال العلامة التجارية لمدة معينة سيجعلها عرضة للشطب، فعلى مستوى القانون السوري إنّ عدم استعمال العلامة التجارية لمدة ٣ سنوات متواصلة يعرضها للشطب إلا إذا قدم مالك العلامة ما يبرر عدم استعمالها خلال هذه المدة وفق المادة الثامنة من القانون رقم(٨) لعام ٢٠٠٧.	ليس هناك ما يلزم مسجل اسم الموقع على استعماله، فقد يسجل من قبل شخص معين دون أن يستخدمه طوال حياته.

وبالتالي وجد المحكم أنّ كل اسم من الأسماء المتنازع عليها كان يؤدي إلى خلق الخلط واللبس مع علامات المدعيين التجارية. ونفى المدعيين الترخيص للمدَّعَى عليه أو منحه أي حق يخوله استعمال أي من علاماتهم التجارية.

إضافةً إلى أنّه ثبت للمحكم أنّ المدَّعَى عليه لم يستعمل ولم يعمد بحسن نية إلى استعمال الأسماء المتنازع عليها لأغراض تجارية أو غير تجارية. بل على العكس من ذلك ثبت سوء نيته وفقاً للفقرة الثانية من المادة الرابعة من القواعد الموحدة بتسجيله تلك الأسماء بهدف منع المدعيين من الحصول عليها كونها تمثل علاماتهم التجارية[١].

إضافة إلى أنّه سبق للمدَّعَى عليه تسجيل أسماء نطاق أخرى(٢٢٠٠٠) اسماً لإعادة بيعها لأصحاب الحق في العلامات التجارية التي تضمنتها الأسماء المسجلة. ناهيك عن حقيقة تسجيل المدَّعَى عليه للأسماء المتنازع

في حالة التسجيل يكون لمالك العلامة حقاً قانونياً يمكنه من منع الآخرين من تقليد علامته بالنسبة للأصناف (الفئات) التي سجلت تحتها في هذه الدولة فقط، أي تتمتع العلامة التجارية بحماية إقليمية مقيدة بصنف ومنطقة جغرافية.	ما إن يسجل اسم موقع الإنترنت، فإنّه سيمتنع على أي جهة أو كيان آخر في أي مكان في العالم تسجيله، أي أنّ اسم موقع الإنترنت يتمتع بحماية مطلقة.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة:

راية جمال أبو نصار، إشكالية تحديد الطبيعة القانونية لأسماء مواقع الإنترنت، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد ١ – العدد الثالث، ٢٠٢١، ص ٣٢– ٣٣– ٣٤.

رامي محمد علوان، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الإنترنت، مرجع سابق، ص٢٦٤–٢٦٥.

[١] _ عبد الهادي محمد الغامدي، قواعد إيكان الموحدة لتسوية منازعات أسماء النطاق والعلامات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٤٨.

عليها بعد تسجيل المدَّعيين لعلاماتهم التجارية بفترة زمنية طويلة، وبعد اكتساب تلك العلامات شهرتها التجارية.

وبناءً على ذلك، واستناداً إلى أهم الأسس والمبادئ القانونية لقواعد إيكان الموحدة، أمر المحكم بتحويل تسجيل ١٥١٩ اسماً من المدَّعَى عليه إلى المدَّعيين كل حسب علامته التجارية، وأعطى المحكم للمدَّعَى عليه الحق في عشرة أسماء من الأسماء المتنازع عليها، نظراً لعدم تضمنها ما يمكن أن يثير الخلط أو التضليل مع علامات المدَّعيين التجارية، وبالتالي لم تثبت سوء نية المدَّعَى عليه في تسجيله لتلك الأسماء. وبتكاليف مادية زهيدة تحملها المدَّعون، صدر قرار المحكم في مدة زمنية لم تتجاوز الشهرين في نزاع تضمن علامات تجارية ذات قيمة تجارية واقتصادية لأصحاب الحق فيها[١].

وفي قضية(SONY) Sony corporation V RK Enterprises، وهي القضية التي عرضت على مجمع التحكيم الوطني NAF (National Arbitration forum) قام المسجل لاسم المواقع بتسجيل العلامة التجارية التي تملكها الشركة المشتكية(SONY) وهي (WALKMAN) كاسم موقع www.walkman.com، وقد طلبت الشركة المشتكية تحويل واستعاده اسم الموقع المسجل، وذلك لأنّ زبائن الشركة سوف يعتقدون أنّ الموقع له علاقة ببضائع ومنتجات الشركة، وأنّه ليس للمسجل حق بالتسجيل وهو يهدف من تسجيله الاعتماد على شهرة العلامة التجارية WALKMAN فى جلب الزوار لموقعه، وبما أنّ الشركة المشتكية أثبتت ما يلزم إثباته وفق السياسة الموحدة لحل منازعات أسماء المواقع، فإنّ الفريق

[١] _ المرجع السابق، ص٢٤٩.

المعين فى هذه القضية حكم بضرورة إعادة اسم الموقع المسجل للشركة المشتكية[١].

ومن الأمثلة التطبيقية على إضافة كلمة للعلامة التجارية القضية التي عرضت على مركز التحكيم الأسيوي فى هونج كونج، ورفعتها مجموعة الشركات القابضة الاسترالية (Raineand Horne Holding P/L) ضد المسجل (Daniel-Waldron)، الذي قام بتسجيل العلامة التجارية العائدة للشركة المسجلة فى أستراليا مع إضافة كلمة تجاري(commercial) كاسم موقع www. Raineandcommercial.com، وقد حكم المركز بإعادة اسم الشركة لثبوت سوء نية الشخص المسجل لاسم الموقع الذي أراد بيع اسم الموقع المسجل للشركة المشتكية[٢].

وبالنتيجة يمكن القول ووفقاً للسياسة الموحدة لحل منازعات أسماء المواقع (UDRP)، يجب على صاحب العلامة التجارية المتضرر حتى يستطيع أن يستعيد اسم الموقع الذي يتضمن علامته التجارية أن يثبت ما يأتي[٣]:

١_ أنّه يملك علامة تجارية مطابقة أو مشابهة بشكل يؤدي إلي اللبس مع اسم الموقع المسجل.

٢_ أنّه ليس لدى المسجل لاسم الموقع حق أو مصلحة مشروعة باسم الموقع الذي سجله.

٣_ أنّ المسجل لاسم الموقع قام بتسجيل اسم موقعه بسوء نية.

وهناك دلائل وردت على سبيل المثال في السياسة من شأنها إثبات سوء نية

---

[١] _ د. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، حماية العلامة التجارية من اعتداء العنوان الإلكتروني(اسم النطاق)، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، العدد ٥٤٤، تشرين الأول ٢٠٢١، ص ٢٨١.

[٢] _ المرجع السابق، ص ٢٨٢.

[٣] _ المادة ٤/أ من قواعد السياسة الموحدة.

المسجل لاسم الموقع ومنها[١]:

أ_ تسجيل اسم الموقع بغرض البيع أو الايجار لمالك العلامة مقابل قيمة مالية عالية تجاوز تكاليف التسجيل.

ب_ تسجيل اسم الموقع بهدف منع مالك العلامة من تسجيل علامته التجارية كاسم موقع.

ج_ تسجيل اسم الموقع بغرض تعطيل عمل المنافس.

د_ استخدام اسم الموقع المسجل بطريقة تربك الزبائن، وتجعلهم يعتقدون أنّ هناك علاقة تربط المسجل لاسم الموقع مع مالك العلامة أو علامته المشهورة.

ويستطيع المسجل لاسم الموقع وفقاً للسياسة أن يدحض ذلك، ويثبت حسن نيته إذا ما أثبت أياً من الآتي[٢]:

١_ إذا كان معروفاً عموماً باسم الموقع الذي سجله حتى ولو لم يكن لديه علامة تجارية بذلك.

٢_ إذا كان يستخدم اسم الموقع لاستخدامات قانونية غير تجارية، ولا ينوي استخدامه بنية تضليل المستهلكين أو الإساءة لسمعة مالك العلامة التجارية.

٣_ إذا كان يستخدم الاسم بنية حسنة لبيع البضائع أو الخدمات.

وينبغي التذكير أنّ المشتكي(Complainant) صاحب العلامة التجارية، هو الذي يقوم باختيار إحدى الجهات المعتمدة من قبل (الإيكان) لحل منازعات أسماء المواقع، وهو الذي يدفع رسوم ومصاريف تسوية النزاع[٣].

وتنحصر طلبات المشتكي وفقاً للسياسة إمّا بإلغاء اسم الموقع المسجل أو

---

[١] _ المادة ٤/ب من قواعد السياسة الموحدة.

[٢] _ المادة ٤/ج من قواعد السياسة الموحدة.

[٣] _ المادة ٤/ث من قواعد السياسة الموحدة.

طلب تحويل اسم الموقع من المسجل إلى صاحب العلامة التجارية[١]، وليس للجهة الناظرة بالشكوى أن تحكم بالتعويض للطرف المتضرر لكون ذلك لا يدخل ضمن صلاحياتها بل ضمن اختصاص المحاكم العادية[٢].

بالإضافة للسياسة الموحدة لحل منازعات أسماء المواقع والقواعد الخاصة بها، تضع كل جهة تقوم بحل منازعات أسماء المواقع قواعدها التكميلية التي على الشخص المشتكي أن يلتزم بها عند رفعه شكوى ضد المسجل لاسم الموقع وفقاً لما تحدده كل جهة معتمدة لحل المنازعات، التي لا يجوز أن تتعارض في كل الأحوال مع السياسة الموحدة لحل المنازعات وقواعدها.

ومن بين الأمور التي تعالجها القواعد التكميلية الرسوم وسبل التواصل مع الجهة التي تقوم بحل المنازعة وكيفية تقديم الشكوى وكيفية الرد عليها[٣].

وتُعد قواعد السياسة الموحدة أداة أثبتت نجاحها عبر الزمن فيما يخص استرداد أسماء الحقول المتعدية من الجهات الفاعلة المخالفة، إذ أفادت مالكي العلامات فعلاً في ٤٨٠٠٠ قضية مودعة لدى الويبو. ويُلاحظ بشكل متزايد أنّ قواعد السياسة الموحدة، باتت تشمل، بالإضافة إلى القضايا الخاصة بأسماء الحقول العليا من قبيل com القضايا المندرجة ضمن أسماء الحقول الوطنية، التي تُسمى أسماء الحقول العليا المكونة من رموز بلدان، مثل: CN فيما يخص الصين، أو EU فيما يخص الاتحاد الأوروبي[٤].

---

[١] _ المادة ٤/س من قواعد السياسة الموحدة.

[٢] _ عبد الهادي محمد الغامدي، قواعد إيكان الموحدة لتسوية منازعات أسماء النطاق والعلامات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

[٣] _ رامي محمد علوان، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الإنترنت، مرجع سابق، ص٣١٧.

[٤] _ وقد ضمت الدعاوى المحالة إلى الويبو فى إطار السياسة الموحدة حتى الآن أطرافاً من ١٥٥ بلداً، وخلال سنة ٢٠٠٩ وحدها فاق عدد البلدان التي وردت أسماؤها فى قضايا الويبو

وتنشر منذ عام ٢٠٠٠م جميع قرارات الوسطاء والمُحكمين على موقع مركز الويبو الإلكتروني، ويُتيح مركز الويبو أيضاً فهرساً قانونياً إلكترونياً لتيسير البحث عن هذه القرارات حسب موضوعها والاطلاع عليها[١].

ويستخلص مما تقدم إمكانية الاستناد إلى قانون غير صادر عن الدولة، وبالتالي تطبيق القانون الموضوعي الإلكتروني الذي تشكل المبادئ القانونية أحد مصادره.

ونختم، بأنّ **قرارات التحكيم تعتبر عنصراً هاماً ضمن مجموعة القواعد المادية** التي يتشكل منها القانون الموضوعي الإلكتروني، وقد أكدت غرفة التجارة الدولية أنّ تلك القرارات يمكنها أن تساهم كثيراً في إنشاء قوانين بعيدة عن القوانين الوطنية.

وبالرغم من أنّه في مجال التجارة الإلكترونية لا يوجد سوى قرارات قليلة تشير إلى وجود عادات خاصة بها، ولكن بيدو أنّ ثمة قرينة للحديث عن عادات خاصة بالتجارة الإلكترونية[٢].

١١٠، مما يدل على أنّ هذه الآلية الخاصة بتسوية المنازعات أخذت بالفعل بعداً عالمياً، وبلغ عدد لغات الدعاوى المرفوعة إلى الويبو فى إطار السياسة الموحدة ١٧ لغة حتى الآن؛ وهي تحديداً كما يلي :الصينية والدانماركية والهولندية والإنكليزية والفرنسية والألمانية والإيطالية واليابانية والكورية والنرويجية والبولندية والبرتغالية والرومانية والروسية والإسبانية والسويدية والتركية، ويتم اختيار اللغة تبعاً للغة اتفاق تسجيل اسم الحقل المعني.

لمزيد من التفصيل، يرجى مراجعة: د. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، حماية العلامة التجارية من اعتداء العنوان الإلكتروني(اسم النطاق)، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

[١] _ الفهرس متاح على موقع المركز الإلكتروني على الموقع التالي:
http://www.wipo.int/cgi-bin/domains/search/legalindex

[٢] _ د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص٥٢٤ – ٥٢٥.

والحقيقة أنّ قضاء أو أحكام التحكيم تعتبر من مصادر القواعد المادية لأنّه ساهم بتطبيقه لما هو سائد من الأعراف والعادات التجارية الدولية في تكوين قواعد موضوعية نتيجةً لتكرار الأخذ بها والاستناد إليها في المنازعات اللاحقة، وهذا التكرار أدى إلى استقرارها، وبالتالي أصبحت قاعدة قانونية تكونت من غير الطريق الطبيعي لسن القوانين[١].

[١] _ عمار زكي الهاشمي، القواعد التكميلية وقيمتها القانونية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية /الجامعة العراقية، العدد٢ آذار/نيسان ٢٠١٩، ص١٠١.

الخاتمة

اتبعت في دراسة البحث لموضوع القواعد الواجبة التطبيق على منازعات العقود الدوليّة للتجارة الإلكترونيّة، منهاجاً تقليدياً يحاكي ما درج عليه الشّراح في تناول مسألة تنازع القوانين في العقود الدوليّة، فقد حاولت إدخال عقود التجارة الإلكترونيّة تحت مظلة العقود الدوليّة دون إغفال ما تتمتع به من خصوصية تستند في وجودها على التقنية الفائقة التقّدم التي لم تكن موجودة عند صياغة قواعد تنازع القوانين، حيث فرضت الوسائل التكنولوجية الحديثة والمتطورة على قواعد القانون الدوليّ الخاص الخروج من الحياد والبحث عن القواعد التي تتماشى وخصوصية هذا العقد، وذلك لاستيعاب العمليات والعقود الإلكترونية، وهذا من خلال الاعتماد على القواعد الماديّة التي تنشأ بصفة عفويّة وتلقائية بين المتعاملين عبر الشبكة، التي أصبحت مع تطور المعاملات التجاريّة قواعد نموذجية، ثمّ قوانين نموذجية وبعدها اتفاقيات دوليّة وقواعد سلوك، والجنوح نحو ايجاد قواعد عملية تكون أكثر مرونة تكون قابلة للتطبيق على منازعات العقود الإلكترونيّة تراعي مميّزاتها.

ومن هذا المنطلق فقد حرصت على تسجيل أهمّ النتائج والتوصيات التالية:

أولاً_ النتائج:

تتمثل أهم النتائج في هذا البحث بما يأتي:

١_ العقود الإلكترونية، لا سيما المبرمة بالكامل على شبكة الإنترنت هي في معظمها عقود دولية، ما لم يثبت العكس.

٢_ تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة يتم من خلال منهاجين، فالأول: منهاج تنازع القوانين، الذي يهدف إلى وضع أكثر الحلول

مناسبة من وجهة نظر المشرّع الوطني لحكم العلاقات الدوليّة الخاصة، من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح.

والثاني: منهاج القواعد الماديّة، فبعد ما استطاع المجتمع الافتراضي أن يخلق نظاماً قانونياً متمثلاً في عادات وأعراف وسلوكيات ملزمة للمتعاملين عبر شبكة الإنترنت، التي تقوم بتقديم حلول مباشرة للعلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً، وهي ما تعرف بقواعد القانون الموضوعي الإلكتروني، التي تتعدد مصادره، فمنها المعاهدات والقانون والعرف التجاريّ الدوليّ، وقرارات التحكيم.

٣_ تتجلى أهمّية الإرادة في عقود التجارة الإلكترونيّة بالنسبة للقانون الذي يختاره أطراف العقد صراحة. وتتضح هذه الأهمّية عندما يقوم الأطراف بإخضاع عقدهم إمّا لقانون دولة معينة تعترف بصحة العقود الإلكترونيّة، أو إخضاع عقدهم لأحكام عقد نموذجي معترف به في الأوساط التجاريّة يقر بصحة تلك العقود الإلكترونيّة. هذه الحرية تعطي الأطراف الحق في أن يختاروا قانوناً يحكم العقد في جملته وقوانين أخرى لتحكم بعض جوانبه دون لزوم صلة حقيقية بين القوانين المختارة والعقد، على أن ينصبّ هذا الاختيار على القواعد الموضوعيّة أو الماديّة في القانون المختار دون قواعد التنازع في هذا الأخير.

وسواء كان هذا الاختيار قانوناً صادراً عن الدولة، أو غير صادر عنها أي القانون الموضوعي الإلكتروني، وهذه الحرية أي حرية اختيار القانون تكون عند توقيع العقد أو في تاريخ لاحق، وحرية تغيير هذا القانون شرط عدم الإضرار بحقوق الأشخاص الثالثين حسني النية.

٤_ لا بد أن يكون الاختيار من المتعاقدين صادراً عن إرادة مدركة لما تتعاقد عليه، ويجب أن تكون الإشارة إلى القانون الواجب تطبيقه على العقد الإلكتروني واضحة في هذا العقد.

٥_ إنّ عقود التجارة الإلكترونيّة لا تختلف عن مثيلتها بالنسبة لتفعيل قانون الإرادة، بل نجد أنّ طبيعة هذه العقود ترتكّز على إرادة المتعاقدين. حيث يمكن الاستناد أيضاً إلى الإرادة الضمنية في حال تمكن القاضي أو المحكم من الاستدلال عليها.

أمّا في حال غياب الاتفاق الصريح أو الضمني بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق، فيتم الرجوع إلى قواعد الإسناد الاحتياطية.

٦_ إنّ القانون المختار يجب أن يراعي قواعد النظام العام في دولة القاضي الناظر في النزاع، وعلى ألا يمس قواعد حماية المستهلك.

٧_ نرجح الإسناد المرن القائم على أساس معيار المدين بالأداء المميّز في العقد فقد يكون قانون محل إبرام العقد أو تنفيذه، ولا سيما أنّه يراعي خصوصّية العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت.

٨_ إنّ أغلب تشريعات التجارة الإلكترونية ارتأت إخضاع العقود الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً للقانون الأصلح للمستهلك، حيث إنّ قانون الإرادة يعامل معاملة الشروط التعاقدية، ومن ثمّ لا يطبق منه إلا ما لم يكن مخالفاً للقواعد الآمرة في قانون محل الإقامة العادية للمستهلك، وهو الحل الذي يمكن إعماله بالنسبة للقانون السوري الذي لا يحتوي على قاعدة إسناد صريحة تحدد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية.

لذلك، فإنّه يمكن إعمال القانون الذي اختارته إرادة الأطراف ما لم يكن مخالفاً للنظام العام أو ينتقص من الحماية المقررة للمستهلك في القانون الوطني.

٩_ بالرغم من أنّ منهاج القواعد الماديّة غير كافٍ لوحده لحكم منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، فإنّ تطبيق منهاج تنازع القوانين ترتب عليه جملة من صعوبات بعضها يتعلّق بالقانون المختار، مثل: صعوبة التحقق من وجود إرادة المتعاقدين، وصعوبة إثبات اتفاقهم على اختيار قانون معين لحكم العقد،

وصعوبة اختيار قانون معيّن لا يعترف بصحة العقود الإلكترونيّة، والبعض الآخر يخصّ القانون المعين بوساطة القاضي، مثل: صعوبة التركيز الموضوعي للرابطة العقديّة أو صعوبة توطين محلّ إبرام العقد أو محلّ تنفيذه أو محلّ إقامة الأطراف.

١٠_ ضرورة استيعاب الدول أو المشرع لفكرة القواعد المادية للتجارة الإلكترونية وأنّها حقيقة موجودة، وبالتالي البحث عن قواعد مادية للتجارة الإلكترونية أمراً لا مفر، فهي ضوابط موضوعية مباشرة.

١١_ ما ساهم في تكوين منهاج القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تعدد مصادره، التي تتراوح بين مصادر تنظيمية أو وضعية وأخرى تلقائية، ولكن بالرغم من أهمية قواعد هذا القانون إلا أنّ الدراسة أثبتت قصورها عن معالجة المشاكل كافة التي يمكن أن تنشأ عن استخدام الوسيلة الإلكترونية في المجال التجاري.

١٢_ التباين في القوة الإلزامية للمصادر القانونية التي تتشكل منها القواعد المادية لعقود التجارة الإلكترونية، هذا بالإضافة إلى نقص وعجز وقصور الاتفاقيات الدولية وتطبيقها في مجال العقود الإلكترونية الدولية بشكل كامل، ولا سيما ما سجل من ملاحظات سابقة بهذا البحث في اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع.

١٣_ خضوع قواعد السياسة الموحدة التي أصدرتها الإيكان على عقود التعامل ومنازعات أسماء الدومين(النطاق)، إضافة إلى اعتبارها إحدى مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني، وتصدي المشرع السوري لمنازعات أسماء المواقع عبر قانون التوقيع الرقمي وخدمات تقانة المعلومات.

١٤_ لا يوجد أي تعارض أو تنازع بين منهاج تنازع القوانين ومنهاج القواعد المادية، حيث إنّ منهاج تنازع القوانين يعد منهاج أصيل ذا طابع احتياطي، يعمل إلى جانبه منهاج القواعد المادية، فكلا المنهاجين يعدان شريكين متعاونين

في الحياة الدولية الخاصة يتكاملان فيما بينهما من أجل إيجاد أكثر القواعد ملاءمة لحكم العلاقات الدولية الخاصة تحقيقاً لمبدأ العدالة.

ثانياً_ المقترحات:

يمكنني أن ألخّص أهم الاقتراحات والتوصيات التي يمكن تقديمها في نهاية هذا البحث بما يلي:

١_ عند عرض نزاع على القضاء الوطني يتعلّق بعقود التجارة الإلكترونيّة ويثير نزاعاً دولياً للقوانين، يُفعل نص المادة(٢٥) من القانون المدني، وفي حال عدم وجود نص خاص أو معاهدة دولية نافذة، فلا مانع من تطبيق نص المادة(٢٦) من القانون المدني، التي تقرر اتباع مبادئ القانون الدوليّ الخاص الأكثر شيوعاً، لسد النقص التشريعي الواقع بالمسائل التي سكت عنها المشرع ولم يتناولها.

٢_ على الدول الاعتراف بالقوة الملزمة للقوانين النموذجية المعنية بالتجارة الإلكترونيّة، والاستعانة بها عند سن القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية.

٣_ الاعتراف بالقوة الملزمة لقواعد السلوك ولا سيما فيما بين التجار، فهذه التقنيات أو القواعد تسمح بوجود معايير مهنيّة ملزمة للتجار ورجال الأعمال في تعاملاتهم عبر شبكة الإنترنت، وعند تجاوزها أو مخالفتها يُعتبر خطأ يترتب عليها مسؤولية.

٤_ ضرورة تعديل الاتفاقيات التجاريّة الدوليّة وتنقيحها حتى تقبل التطبيق على كل المعاملات الإلكترونيّة، والابتعاد قدر الإمكان عن الإجراءات المعقّدة التي تعرفها المعاهدات.

٥_ تطوير النظام المصرفي بحيث يتماشى وعالميّة نظام الدفع الإلكتروني ووضع نظام معلوماتي يحمي المستهلكين، وفرض عقوبات على من يخترق المعلومات الإلكترونيّة لمنازعات عقود التجارة الدوليّة، والاستئناس في ذلك

بتجارب الدول في هذا المجال من خلال إبرام اتفاقيات دوليّة تتضمن تبادل التجارب والخبرات والمهارات حتى نتوصّل إلى وضع نظام قانونيّ شامل ومتكامل.

٦_ على المتعاقدين عبر شبكة الإنترنت تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة عند إبرامهم أو اتفاقهم على بنوده، لأنّه يعتبر من أفضل الحلول المتفق عليها في معظم تشريعات الدول المختلفة، لتجنب مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق لاحقاً أو مستقبلاً.

٧_ إنشاء محاكم إلكترونية أو فضائية أو هيئات تحكيم إلكترونية تعمل بها كوادر مدربة على أحدث وسائل التكنولوجيا للتصدي للفصل في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، ولكي تساهم أيضاً في تطبيق العادات والأعراف والقواعد التي أفرزها المجتمع الافتراضي، الأمر الذي يعزز من وجود ومكانة القانون الموضوعي الإلكتروني.

٨_ السعي لايجاد البيئة المناسبة لانتشار المعاملات الإلكترونية، بالمساهمة في نشر الوعي المعلوماتي بين أطراف المجتمع، والسعي الحثيث نحو الانتقال إلى نظام الحكومة الإلكترونية.

٩_ إحداث مراكز متخصّصة في الجامعات لإعداد محكّمين مختصين في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، وإجراء الدراسات والبحوث في هذا المجال من أجل الوصول إلى التطّور الذي يشهده العالم.

١٠_ إقرار مادة التجارة الإلكترونيّة مادة منهجيّة مستقلّة تدّرس لطلبة كلية الحقوق أو القانون، وإيلاء الأهمية للمواضيع المتعلقة بأسماء مواقع الإنترنت والمنازعات حول العلامات التجارية وأسماء المواقع. وتنظيم مؤتمرات وورش مهنيّة لمناقشة كل ما يستجدّ بشأن عقود التجارة الإلكترونيّة، لدراسة المشاكل التي تطرحها والوصول إلى حلول عمليّة وأكثر واقعيّة.

وفي الختام، فليس هذا البحث سوى مساهمة متواضعة لتوضيح عملية معالجة منازعات عقود التجارة الإلكترونية لجهة القواعد أو القانون الواجب التطبيق عليها، آملاً في هذه الدراسة أن تكون حجر أساس لدراسات مستقبلية تواكب التطور السريع لعالم التكنولوجيا والتقانة لكون الحاجة ماسة لإثراء المعرفة القانونية والمساهمة التشريعية للارتقاء بالمنظومة القانونية المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، وأسال الله لي وللجميع السداد والتوفيق.

تم بحمد الله وفضله

المراجع

أولاً- الكتب:

<u>باللغة العربية:</u>

١- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدوليّ الخاص – تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٢

٢- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/جامعة عين شمس، ٢٠٠٧

٣- د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونيّة للتعاملات الإلكترونيّة، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٣

٤- د.أبو العلا علي أبو العلا النمر، الموطن في العلاقات الخاصة الدوليّة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٣

٥- أحمد حداد، دراسات في قانون التحكيم السوري والمقارن، ط ١، سورية، ٢٠١٥

٦- أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدوليّ(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٧

٧- د.أحمد شرف الدين- د.أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدوليّ الخاص النوعي – الإلكتروني السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠

٨- د.أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدوليّ الطليق بين القانون الدوليّ الخاص وقانون التجارة الدوليّة(دراسة تأصيلية انتقادية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨

٩- د.أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدوليّ الطليق، دار النهضة العربية، ج٢، ١٩٨٩

١٠- د.أحمد عبد الكريم سلامه، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، ١٩٩٦

١١- د.أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدوليّ الخاص النوعي(الإلكتروني- السياحي- البيئي)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١

١٢- أحمد محمد الهواري، حماية العاقد في القانون الدوليّ الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥

١٣- أحمد مهدي، الإثبات في التجارة الإلكترونيّة، دار الكتب القانونيّة، مصر، ٢٠٠٤

١٤- د.أحمد هلالي، حجية المخرجات الكمبيوترية- دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦

١٥- أديب استانبولي، التقنين المدني السوري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، دمشق، ١٩٨٩

١٦- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠

١٧- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٥

١٨- د. إلياس ناصيف، العقود الدوليّة(العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩

١٩- د.إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٩

٢٠- إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونيّة للتجارة الإلكترونيّة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٨

٢١- د.بسام شيخ العشرة- د.حنان مليكه، التجارة الإلكترونيّة، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سورية، ٢٠١٨

٢٢- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدوليّة الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦

٢٣- د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، مكتبة بدر الحقوقية، لبنان، ٢٠١٧

٢٤- بولين أنطنيوس أيوب، تحديات شبكة الإنترنت على صعيد القانون الدوليّ الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦

٢٥- د.جاسم محمد زكريا، الوجيز في العقود الدولية، الطبعة الأولى، جامعة الشام الخاصة، دمشق، ٢٠٢١

٢٦- حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤

٢٧ – د.حسام الدين عبد الغنى الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠١

٢٨- د.حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٥

٢٩- خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدوليّ الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢

٣٠- د.خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨

٣١- د.خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١

٣٢- رانيا بوسعد، المعاملات الإلكترونيّة بين التشريع والتطبيق، مركز دمشق للأبحاث والدراسات، ٢٠١٧

٣٣- د. زهير حرح- د. هيثم الطاس، حقوق الملكية الأدبية والفنية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٨، متاح على الرابط: https://pedia.svuonline.org. تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/٥

٣٤- سامي منصور – نصري دياب – عبده غصوب، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ٢٠٠٩

٣٥- د.سلطان عبد الله الجواري، عقود التجارة الإلكترونيّة والقانون الواجب التطبيق(دراسة قانونيّة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠

٣٦- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة(دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦

٣٧- شمس الدين أشرف، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار النهضة، القاهرة، دون تاريخ.

٣٨- د.صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٨

٤٩- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٥

٤٠- د.صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة ذات الطابع الدوليّ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢

٤١- د.طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدوليّة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧

٤٢- طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية(دراسة تحليلية)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٨

٤٣- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدوليّ الخاص، الجزائر، دار هومة، ٢٠١٠

٤٤- د.عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدوليّ الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥

٤٥- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧

٤٦- د.عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانونيّ لحماية التجارة الإلكترونيّة، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٤

٤٧- د.عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونيّة في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦

٤٨- د.عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونيّة العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣

٤٩- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، ٢٠٠١

٥٠- عبد العال عكاشة، قانون العمليات المصرفية الدوليّة، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٥

٥١- د.عصام الدين القصبي، القانون الدوليّ الخاص، النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٣

٥٢- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونيّة في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩

٥٣- عكاشه محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجاريّة الدوليّة (الاختصاص القضائي الدوليّ، القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، الفتح للطباعة والنشر، مصر، ١٩٩٤

٥٤- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠٢

٥٥- عماد مجدي عبد الملك، التجارة الإلكترونيّة، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠١١

٥٦- عمر خالد الزريقات، عقد التجارة الإلكترونيّة – عقد البيع عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٧

٥٧- عوض الله شيبه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدوليّ الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧

٥٨- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٩

٥٩- فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونيّة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠

٦٠- فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونيّة، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣

٦١- د.فؤاد ديب، القانون الدوليّ الخاص- الجنسية، الجزء الأول، منشورات جامعة دمشق، ١٩٨٦

٦٢- د. فؤاد ديب، تنازع القوانين، منشورات جامعة دمشق، ١٩٨٦

٦٣- د.فؤاد ديب، تنازع القوانين والتحكيم التجاري الدولي في القانون السوري والتشريعات الوطنية الحديثة الأخرى والاتفاقيات الدولية، دون دار نشر، ٢٠١٩

٦٤- د.فؤاد ديب، القانون الدوليّ الخاص ١، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٨

٦٥- فؤاد الشعيبي، التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصال، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠١٤

٦٦- محمد إبراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونيّة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٥

٦٧- د.محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونيّة: نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعيّة الموحدة(دراسة مقارنة)، دار الحامد، ٢٠١٣

٦٨- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤

٦٩- محمد أمين الرومي، النظام القانونيّ للتحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦

٧٠- محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجاريّة، المكتبة القانونيّة- الدار الجامعية، مصر، ٢٠٠٥

٧١- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونيّة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢

٧٢- محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦

٧٣- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، ٢٠٠٩

٧٤- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونيّة (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، الأردن، ٢٠١١

٧٥-محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية- مصر، ١٩٩٢

٧٦-محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدوليّ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨

٧٧–محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٩

٧٨– محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاريّ الداخلي والدوليّ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦

٧٩– د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدوليّ بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية ،٢٠٠٠م

٨٠– د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدوليّة بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعيّة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤

٨١– ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٥.

٨٢– مناصف أمين – سعدي سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدوليّة، بلا دار للنشر، الجزائر، ٢٠١٩

٨٣– منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٤

٨٤– موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بغداد، ٢٠١١

٨٥–نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدوليّ، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠٠٢

٨٦– نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٠

٨٧– ناصر خليل، التجارة والتسويق الإلكتروني، دار أسامة للنشر، الأردن–عمان، ٢٠٠٨

٨٨- نبيل زيد مقابلة، النظام القانونيّ لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدوليّ الخاص، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٩

٨٩- نضال اسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونيّة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٥

٩٠- د.وائل حمدي احمد، الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، بلا دار نشر، ٢٠٠٩

٩١- د. وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان- بيروت، ٢٠٠٨

٩٢- د. وفاء مزيد فلحوط، القانون الدولي الخاص ٢(تنازع القوانين)، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠٢٢

٩٣- هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونيّة(دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، مصر، دون تاريخ

٩٤- د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، منشأة المعارف، مصر، ١٩٩٥

٩٥- د.هشام علي صادق، القانون الدوليّ الخاص، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٥

<u>باللغة الأجنبية(كتب ومقالات):</u>

1- Ahmed EL SHAKANKIRY, Les litiges du commerce international et l'arbitrage électronique, éditions universitaires Européennes, Saarbrucken, Allemagne, 2012

2- A. KOTEICHE Lama, la loi applicable aux control du commerce électronique, Mémoir pour l'obtention d'un

Diplome d'études approfondies en droit Internet et International des affaires, faculté de droit et des Sciences politique et Administratives, Université, Beyrouth.2005
3- ANGEL (B) et lequette (Y) , cass –civ , 21 juin 1950 – grand arrêt de la jurisprudence française de D.I.P ? 2eme éd ; 1992
4- BOUCHURBERG Lionel, Internet et commerce électronique, site web. Contrats. Responsabilités. Contentieux, 2ème édition, EDITION DELMAS, PARIS, 2001- Briggs, The conflict of laws, Oxford,2002
5- BOUCOBZA Xavier, « La prise en compte des intérêts de l'état dans le commerce international »,Rev, Arb , N°2, Paris, 2005
6- BOUREL Pierre, DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, Yvon LOUSSOUAM ،droit international privé, 9ème édition DALLOZ ، Paris, 2007
7- CACHARD, La régulation international du marche électronique, L.G.D.J, avril 2002
8- Cass. Com 17 juin 1997, Revue Internationale du droit d'auteur, 1997
9- CAPRIOLI (E.), Le juge et la preuve électronique, http://www.juris.Com. net/uni/doc/20000//0.htm, 10 janvier 2000; FAUVARQUE-COSSON (B.), Le droit international privé classique à l'epreuve des réseaux, droit - internet - 2001. univ - paris1. Fr/ pdf /vF
10- Caprioli (EA) et Sorieul(R): Le commerce international électronique vers l'émergence de règle juridiques transnationales, Clunet 1997
11- Cautrais (V) Lefebvre (G) et Benykhalef (K); Droit du commerce électronique et normes applicables; l'émergence de les électronica, Rev. Dr. Aff. Int, 1997
12- CHAPELLE (P.), Les usages commerciaux dans les contrats internationaux, th, paris X, 1993

13-CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3ème édition, Vuibert, Paris, 2007
14- Claire Alberchtsom, Définition et nature juridique du nom de domaine, DESS droit de l'internet administration, entreprise, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005
10- DEBY-Gérard Françoise, le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Dalloz, Paris, 1973
11-DAN JERKER B. SVANTESSON, HOW DOES THE ACCURACY OF GEO-LOCATION TECHNOLOGIES AFFECT THE LAW? Masaryk Uni-versity Journal of Law and Technology, vol.2,1,2008
12- DUASO CALES Rosairo, La determination du cadre juridictionnel et législative applicable aux contrats de cyberconsoommation, Novembre 2002, Les électroniques, Vol.8, N.1, automne, 2002
13- Elizabeth Longworth, opportunite d 'un cadre juridique applicable au cyber space-ycompris dans un perspective neo-zalandaisem ed unesco economica, 2000
14- FAUCHARD Philipe, L'arbitrage Commercial International, Dalloz, Paris, 1965
15- Gautrais v, l'ordre public international en droit international privé, contrat électronique, article public da la revue "fiscalité européenne et droit international des affaires" N° 129- 2002
16- GAUTRAIS Vincent, Le contrat électronique international, Encadrement Juridique 2ème édition, Revue Academia, Bruylant, 2002
17- GHAZOUANI Chiheb, Le Contrat de Commerce Electronique International, Thèse pour le Doctorat en droit, Droit – Economie - Sciences Sociales, Université PANTHEON-ASSAS، PARIS II, PARIS, 2008
18- GORGE Albert jean cavalier, Essai sur le contrat de service en droit international privé ، Thèse pour l'obtention

du grade de docteur, Université Lyon III -Gean moulin, 2005
19- Goldman Berthorld , Les conflit de lois dans l'arbitrage international de droit privé, rec.des cours de LaHaye, T109,1963
20-Fouchard Phillipe , Les usages, L'arbitre et le juge , a propose de quelques récents, Arrêts français، Mélange Goldman, paris, 1982
21-Fouchard Phillipe , L'état face aux usages du commerce international, trav.com.fr.dr.int.privé ,1973- 1975
22- GUILLEMARD Sylvette، Le droit international privé face au contrat de vent cyberspatial ،Thèse de doctorat, faculté de droit, Université LAVAL, Québec, 2003
23- HENRY Laurence- Caroline, L'essentiel du droit international privé, Gualino, Paris, 2005
24- Herbert Kronke, Applicable Law in Torts and Contracts inCyperspace. in: Boele -Woelki. Katharina and others (Editors).Internet. Which Court Decides? (Internet. Quel Tribunal decide:(؟ Which Law Applies? (Quel droit s'applique?) (Law and Electronic Commerce). Kluwer Law international,(1998).
25- JQCAUET Jean-Michel, principe de l'autonomie et contrats internationaux, edition ECONOMICA, Paris
26-International chamber of commerce- jurisdiction and applicable law in Electronic commerce document ECP/ AH/ -100, final- 6- june- 2001
26- KENFACK Hugues. droit de commerce électronique. 4ème édition DALLOZ, PARIS, 2012
28- KITIC Dusan, droit international privé, EIIipses, Paris, 2003
29- KOBER Gabriela, La loi applicable en matière de vente internationale de marchandises, Thèse pour le diplôme d'étude doctorales, Université de droit d'économie et des sciences sociales de paris, (paris II), 1990

30- La chambre de commerce et d'industrie de Paris de son coté plaide en faveur d'un cadre juridique de base et d'une auto responsabilisation des acteur du commerce électronique, voir sur ce sujet : M. Jean-Paul SAILLARD, Aspects Juridiques De La Société de L'information et du Commerce Electronique « Proposition de la CCIP », adopté a l'Assemblée générale le 03 février 2000.
31 -La live (P), ordre public transnational, ou réellement international/ Arbitrage international, Rev- arb, 1986
32 - LOUSSOURN Yvon et BERNARD Thierry, droit international privé, 5ème édition, Paris, 1996
33 - Maire NAMIE-CHARBONNIER, La formation et exécution du contrat électronique, Thèse de doctorat, Droit économie, sciences sociales, université panthéon – Assas, Paris II, Paris،2003
34-MONNET (J.) La lex élctronica, http://perso.wanadoo.fr/man/these 4.htm
35-Olivier Cachard, Droit du commerce international, Paris, L.G.D.J, 2011
36- ouchard Phillipe , L'état face aux usages du commerce international, trav.com.fr.dr.int.privé ,1973- 1975, 1977
37- Overbeck Alfred Von, les questions générales du droit international privé a la lumière des codifications et projets récents, rec .des cours de la Haye, T 176 , 1987
38- Paul la garde, le droit international privé esprit et méthodes, édition Dalloz 2005
39- Peter Hay, Conflict of Law, West Group; 4th BK&DK edition (August 1,2003)
40-Regaux Francois, Souveraineté de l'états et l'arbitrage international , Mélange Goldman, paris, 1982
41- Remy-Corlay, Mise en oeuvre et régime procédure de la clause d'exception dans les conflits de lois, Riv.crit. DIP, Paris, 2003

42- Sanon Van der Hof. Party Autonomy and International Online Business-to-Business Contracts in Europe and United States.in: Schulz. A. Legal Aspects of an E-Commerce Transaction: International Conference in The Hague. 26 and 27 October 2004.published by sellier: European law publ,(2006)
43-TERRE Francois, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, droit civil, Les obligations, DALLOZ, Paris, 1999
44- TGI Rochefort, sur, mer.- 28 janvier 2001 et TGI paris, réf., 15 janvier 2002, commun. Comm. Elec., 2002, comm., Grynbaum , Cf . ChihebGhazouani.
45-Ulrich (Magnus), Article 4 Rome I Regulation The Applicable Law in the Absence of Choice, a study published in Rome I Regulation, the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, ed. By Franco Ferrari, Stefan Leible, Publisher Munich: Sellier European Law Publishers, 2009
46- VIANGALLI François, La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats, Revue de la recherche juridique, droit prospectif, 25ème année- 84 numéro, 2000
47- Which Law Applies? (Quel droit s'applique?) (Law and Electronic Commerce). Kluwer Law international,(1998)
48- Yvon Lousouarm et Bredin, droit du commerce international, sirey, paris 1969

ثانياً_ الرسائل العلمية(الماجستير والدكتوراه):

١- أحمد مهدي صالح، القواعد الماديّة في العقود الدوليّة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، العراق، ٢٠٠٤

٢- أيت عبد الوهاب فهيمة- خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة بجاية، الجزائر، ٢٠١٧

٣- بشار قيس محمد، عقود نقل التكنولوجيا في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، مصر، ٢٠١٦

٤- بلاش ليندة، إخضاع العقد الدوليّ للقواعد الموضوعيّة، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري/ كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٧

٥- بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد الماديّة في منازعات عقود التجارة الدوليّة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/ جامعة أبو بكر، الجزائر، ٢٠١١

٦- حمودي ناصر، النظام القانونيّ لعقد البيع الدوليّ الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق / جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠٠٩

٧- حنان عتيق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونيّة، رسالة ماجستير، المركز الجامعي آكلي أولحاج، الجزائر، ٢٠١٢

٨- خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونيّة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/ جامعة محمد معمري، الجزائر،٢٠١٠

٩- خليفي سمير، القواعد الموضوعيّة الدوليّة كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونيّة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة محمد معمري، الجزائر،٢٠١٨

١٠- سلامة فارس، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدوليّة في قانون التجارة الدوليّة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٩

١١- سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونيّة في إطار القانون الدوليّ الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠١١

١٢- سهام فؤاد انجق، أحكام العقد في قانون المعاملات الإلكترونية السوري مقارنةً مع أحكامه في القانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة دمشق، ٢٠٢١

١٣- طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدوليّة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠١

١٤- علاء الدين محمد ذيب عبابنه، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدوليّ في القانون الأردني والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونيّة العليا/ جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، ٢٠٠٤

١٥- عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونيّة للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٠٨

١٦- عواد مرزوق عواد الحديد، قواعد الضمان في البيع الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/جامعة الشرق الأوسط، الأردن- عمان، ٢٠٢٠

١٧-عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/ جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠٠٥

١٨- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١٧

١٩- غوثي ابتسام، العقد الإلكتروني بين أحكام القانون الوطني ومتطلبات التدويل، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة د. الطاهر مولاي، الجزائر، ٢٠١٤

٢٠- قبايلي الطيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدوليّ لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى CRDI، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، الجزائر،٢٠٠١

٢١- لبنى عبد الحسين عيسى السعيدي، النظام القانونيّ لعقد خدمة المعلومات الإلكترونيّة، رسالة دكتوراه، كلية القانون/ جامعة بغداد، ٢٠١٧
٢٢- محمد نايف يوسف الثوابية، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية وفق قواعد ويبو، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط/ كلية الحقوق، الأردن – عمان، ٢٠٢٠
٢٣- منى داؤد أحمد داؤد، النظام القانوني لنقل المعرفة الفنية(دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية القانون/ جامعة النيلين، السودان، ٢٠٢١
٢٤- نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة بغداد، العراق، ٢٠٠٤

ثالثاً_ الأبحاث والمقالات:

١- د.أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدوليّ، المجلد الواحد الخمسون، العدد ٥١، ١٩٩٥
٢- د.أحمد عبد الكريم سلامة، حماية حقوق الملكية الفكرية بين منهجي قاعدة التنازع والقواعد الموضوعية، مجلة الأمن والقانون الإماراتية، السنة الخامسة والعشرون، العدد الأول، كانون الثاني ٢٠١٧
٣- أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونيّة وأثره، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق/ جامعة طنطا، الجزء الأول، العدد٤١، نيسان ٢٠٠٧
٤- أمين دواس، اختيار الطرفين "قواعد قانونية" للتطبيق على العقد التجاري الدولي أمام المحاكم الوطنية، مجلة الجامعة العربية الأمريكية للبحوث، مجلد(٥)، العدد(١) لعام ٢٠١٩، ص٨٢. متاح على الرابط:
https://www.aaup.edu/sites/default/files/.pdf

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١٠/١٦م.

٥- إيهاب محمد سعيد محمود عويضه العماوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المجلة القانونية – جامعة القاهرة، المجلد ١٤- العدد ٦، ٢٠٢٢

٦- بلمامي عمر، أثر الاتفاقيات الدولية في أعمال فكرة النظام العام" دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، ص ١٨١، منشور على الموقع الإلكتروني:
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/97728

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/٤

٧- د. جهاد محمد الجراح، تعطيل أثر قاعدة الإسناد في تطبيق القانون الأجنبي أعمالاً للدفع بالنظام العام في القانون الأردني – دراسة مقارنة، المجلة الأردنية في القانون والعلوم، المجلد ١٢- العدد ٤، ٢٠٢٠، ص ٢٩٩.

٨-حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونيّة: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة المعارف، الجزائر، ٢٠٠٨

٩- د.حنان مليكه، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم/٤/ الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢٥، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦- العدد الثاني، ٢٠١٠

١٠- د. خالد عبد القادر محمود عيد، التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا- دراسة مقارنة بين القانون السعودي والقانون المصري، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، العدد ٩٥، ص ١١٠، متاح على الرابط:
https://mdak.journals.ekb.eg/article_108200_ac991ce194eeec0244d1c252c68b6d7d.pdf

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/١٢م

١١- خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيبق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد(١٠)- العدد(٣٥)، ٢٠٠٨

١٢- خليل إبراهيم محمد - ريا سامي سعيد، القانون الواجب التطبيق على الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد(١٩)- العدد(٦٧)، ٢٠١٩

١٣- رامي محمد علوان، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الإنترنت، مجلة الشريعة والقانون، الأردن، العدد ٢٢، كانون الثاني ٢٠٠٥

١٤- راية جمال أبو نصار، إشكالية تحديد الطبيعة القانونية لأسماء مواقع الإنترنت، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد ١ – العدد الثالث، ٢٠٢١

١٥- رشا تيسير حطاب، ومها يوسف خصاونة، تطبيق النظام القانوني للمحل التجاري على الموقع التجاري الإلكتروني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٤٦/نيسان، ٢٠١١

١٦- ريم أنور أحمد رسلان، التنظيم التشريعي لعقود نقل التكنولوجيا في القانون المصري- دراسة تحليلية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٩٢، متاح على الرابط:
https://mle.journals.ekb.eg/article_110098_2b437d549830d28203e9a86d71f860a6.pdf
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/١٤م.

١٧- سالم عبد الكريم، عقد الاستهلاك الدولي بين الخصوصية والقانون الواجب التطبيق، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد ٦ – العدد ١، الجزائر، ٢٠٢١، ومتاح على الرابط:
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/162034#
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/٢٧م.

١٨- سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني: معاناة قاض، دراسة منشورة في مجلة العدل اللبنانية، عدد العام ٢٠٠١

١٩- د.صالح المنزلاوي، تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، شبكة المحامين العرب، والبحث منشور على الرابط:
http://www.mohamoon.com/montada/default.aspx
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١١/١٦م.

٢٠- صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية(المفهوم والتطبيق)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد الأول، ٢٠١٢

٢١- صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، حماية العلامة التجارية من اعتداء العنوان الإلكتروني(اسم النطاق)، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، العدد ٥٤٤، تشرين الأول ٢٠٢١

٢٢- عبد السلام علي الفضل- نعيم علي العتوم، منهج الأداء المميّز في تحديد قانون العقد الدوليّ، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٦، العدد ١، الملحق١، الإمارات، ٢٠١٩

٢٣- عبد الهادي محمد الغامدي، قواعد إيكان الموحدة لتسوية منازعات أسماء النطاق والعلامات التجارية، متاح على الرابط:
https://www.kau.edu.sa/Files/320/Researches/66731_38268.pdf
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١٢/٩م

٢٤- عمار زكي الهاشمي، القواعد التكميلية وقيمتها القانونية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية /الجامعة العراقية، العدد٢ آذار/نيسان ٢٠١٩

٢٥- فارس كرم شيان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القانون الدوليّ الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية

والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، جامعة بابل للعلوم القانونية، العراق، ٢٠١٦

٢٦- د.فؤاد ديب، المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين، دراسة في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٤ – العدد ٢، ٢٠٠٨

٢٧- قارة سليمان محمد خليد، الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني، المقال متاح على الرابط:
https://academia-arabia.com/ar/reader/2/69201

٢٨- محمد نائل أبو قلبين، مدلولات تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني في ضوء أحكام التشريع الأردني، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، المجلد ٣ – العدد ١، لعام ٢٠٢١، ص٤، متاح على الرابط:
https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/621/3/1/147995
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١٢/١٩م.

٢٩- محمد عبد الله العبد الله، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة جامعة البعث، المجلد ٤١ – العدد ١٠٨، ٢٠١٩

٣٠- محمد عبد الله العبد الله، زمان ومكان تطابق الإراديتن في العقد الإلكتروني، مجلة جامعة البعث، المجلد٤١ – العدد ٧٥، ٢٠١٩

٣١- محمد عبد الله العبد الله، القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الرقمية، مجلة جامعة البعث، المجلد ٤٣- العدد ١٢، ٢٠٢١

٣٢- مهند عزمي أبو مغلي- منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤١- العدد ٢، الأردن، ٢٠١٤

٣٣- ميلاط عبد الحفيظ، الطبيعة الدولية لشبكة الإنترنت وفكرة النظام العام، ص٧، متاح على الرابط:
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/41389
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/٢م

٣٤- نائل مساعدة، الاختصاص القضائي والتشريعي للعقود الالكترونية في القانون الأردني، مجلة المنارة، المجلد ١٣- العدد ١٣، ٢٠٠٧

٣٥- د.وفاء مزيد فلحوط، تنازع القوانين، مقالة على الموقع الإلكتروني:
http://arab-ency.com.sy/law/detail/

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٨/٧

٣٦- د. وفاء مزيد فلحوط، القانون الواجب التطبيق على الجانبين الموضوعي والشكلي للعقود" دراسة تحليلية في إطار نظام تنازع القوانين السوري"، مجلة جامعة البعث، المجلد ٤٣- العدد ١٧، ٢٠٢١

٣٧- د. وفاء مزيد فلحوط، النظام العام في القانون الدولي الخاص، "دراسة تحليلية لنص المادة(٣٠) من القانون المدني السوري، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد ٢- العدد الثاني، ٢٠٢٢

٣٨- وفاء يعقوب جناحي، دور قواعد القانون الدولي الخاص في حماية المستهلك في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٦- العدد ١، حزيران ٢٠١٩

٣٩- د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة، مجلة الدراسات القانونيّة بجامعة بيروت العربية، العدد الأول، لبنان، ٢٠٠٤

٤٠- د.هلا الحسن، تصديق التوقيع الإلكتروني لجهة التوثيق الإلكتروني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصاديّة والقانونيّة، المجلد٣٠- العدد الأول، ٢٠١٤

٤١- ياسر باسم دنون السبعاوي، الطبيعة القانونية لعقد نقل التكنولوجيا، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد ٨- العدد ٢٦، ٢٠٠٦

٤٢- يوسف عودة غانم – علاء عمر محمد، القيد العكسي وأثره على الاحتفاظ بالورقة التجارية، جامعة البصرة/ كلية القانون، العراق، البحث متاح على الرابط:

https://www.researchgate.net/profile/Yousif-Auda/publication/310994737_alqyd_alksy_wathrh_ly_alahtfaz_balwrqt_altjaryt/links/583c149a08ae3cb636552cf6/alqyd-alksy-wathrh-ly-alahtfaz-balwrqt-altjaryt.pdf

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/٢/٦م.

رابعاً_ المؤتمرات:

١- د.أبو العلا علي أبو العلا، توجه المجموعة الأوروبية نحو حماية المستهلك في مجال تنازع القوانين، المؤتمر السنوي الثاني للسوق العربية المشتركة ومستقبل الاقتصاد العربي في جامعة أسيوط – مصر، ٢٥-٢٦ تشرين الثاني ٢٠١٠م

٢- د.أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدوليّ الخاص: فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٢ - ١٣ أيار ٢٠٠٠

٣- عصام الدين القصيبي، دراسة بعنوان تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، قدمت في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد بتاريخ ١٠-١٢ أيار ٢٠٠٣ في دبي، والمنشورة في المجلد الرابع من بحوث المؤتمر المذكور.

٤- محمد السيد عرفة، التجارة الإلكترونيّة عبر الإنترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون/ جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٠

٥- يوسف العلي، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت، دراسة في القانون الدوليّ الخاص الكويتي، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونيّة والأمنية للعمليات الإلكترونيّة، محور المعاملات المدنية دبي، ٢٦-٢٨ نيسان ٢٠٠٣

خامساً- مراجع على شبكة الإنترنت:

١- أعمال المكتب الأوروبي لاتحاد المستهلكين على الموقع الإلكتروني:
http:// www. Beuc. Org/

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٢/٣م

٢- دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦، منشورات الأمم المتحدة، ص ٢٥، منشور على الموقع الإلكتروني:
https://uncitral.un.org/

تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/١٢/١٣م

3_https://iprhd.eib.eg/portal/en/kb/articles/%D9%86%D8%B8%D8%

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/١٣م

٤-دليل قانون حماية المستهلك اللبناني، متاح على الرابط:
https://www.economy.gov.lb/public/uploads/files/8197_2956_1326.pdf.

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/٢٨م

٥-محمد شهاب، التحكيم التجاريّ الدوليّ، من الموقع الإلكتروني :
https://www.kotobarabia.com/

تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/١١/١٠م

٦-محمد طارق، الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية، من الموقع الإلكتروني:

http://www.alkanounia.com/

تاريخ الزيارة في ٢/١٠/٢٠٢١م

٧- مشروع تقرير الفريق العامل المعني بالتجارة الإلكترونية عن دورته الثامنة والثلاثين، نيويورك، ١٢-١٣ آذار ٢٠٠١، متاح على الرابط:
https://uncitral.un.org/ar/commission

تاريخ الزيارة في ١٣/١٢/٢٠٢١م.

٨- مشروع تقرير الفريق العامل المعني بالتجارة الإلكترونية عن دورته التاسعة والثلاثين، نيويورك، ١١-١٥ آذار ٢٠٠٢، متاح على الرابط:
https://uncitral.un.org/ar/commission

٩- المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نيويورك، ٢٠٠٧، متاحة على الموقع الإلكتروني:
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/06-57450_ebook.pdf

١٠- موقع مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي الإلكتروني:
https://www.tahkeem.ae/handlers/ViewAsset.ashx?id

تاريخ الزيارة في ٥/١١/٢٠٢٢م.

١١- موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية:
https://www.wipo.int/amc/ar/domains

تاريخ الزيارة في ٣/١١/٢٠٢٢م.

١٢- النسخة العربية من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونيّة، الموقع الإلكتروني:
http://www.UNCITRAL.ORG/

١٣- المحامي يونس عرب، منازعات التجارة الإلكترونية الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، بحث متاح على الرابط:
https://www.univdz.com/bibliotheque/1-droit-prive/6294

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/٢/٢٥م.
14-https://b2b-sy.com/
تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/١/١٥م.
15-http:/curia.europe.eu/juris/document/document.jsf?text.
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/٢/٥م.
16-https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%85%D9%86%D9%87/
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/٨/٥م.
17-http://www.sns.sy/index.php/ar/node/49946
تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/١١/١٥م.
18-https://www.fundp.ac.be/facultes/droit
تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/١١/٢٠م.
19-http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n3/alaa.pdf
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١٠/١م.
20-http://www.cisg.law.pace.edu/
21_http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/abstract20.htm
22_http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/abstract8.htm
23_ http//:www.courtlistener.com/opinion/2718526/kevin-nguyen-v-barnes-noble-inc
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/١م
24-http://www.courtlistener.com/opinion/2477687/
تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/١٢/١٢م
25- http://www.justia.com/
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٢/١٢/٢٢م
26- https://www.mohamah.net/law/wp-content/uploads/
تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/١/٥م
27- http://www.un.org/frencg/document/instruments/doc

28- Par Martin H. Gode, Les contrats du commerce international, Availale at:
http://www.stoessel.ch/hei/dip/contrats_commerce_international_jacquet.pdf
29- Jon Bing, CHOICE OF LAW RULES APPLICABLE TO ELECTRONIC CONSUMER CONTRACTS ACCORDING TO ROME I REGULATION, University of Oslo Faculty of Law, 2009, Avalible at: -
_https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22949/thesis.pdf?sequence=2.
https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V15/054/50/PDF/V1505450.pdf?OpenElement

تاريخ الزيارة في ١٥/١٠/٢٠٢٢م

30-https://www.ecc.sy/resource_main/show_resource_main/

تاريخ الزيارة في ٨/٢/٢٠٢٣م.

31-https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/international-arbitration-and-intellectual-property-ip-disputes/#_ftnref1

تاريخ الزيارة في ١/١١/٢٠٢٢م

32-https://www.fundp.ac.be/facultes/droit
33-https://www.isf.gov.lb/files/moustahlek.pdf

تاريخ الزيارة في ٢٨/١/٢٠٢٣م

34-http://www.icann.org/en/dndr/udrp/uniform-rules-24oct99-en.htm.

تاريخ الزيارة في ١/١٢/٢٠٢٢م

35- La localistion des sites web. Voir Duaso Cales (R), la détermination du cadre juridictionnel et législative applicable aux contrats de cyber consultation http://www; les électroniques. Org/ articles/ v8 novembre 2002
36_http://www.stoessel.ch/hei/dip/contrats_commerce_international_jacquet.pdf , last visit (26\4\2016)

٣٧_ موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على الموقع الإلكتروني:
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999-cisg-a.pdf
38_https://sana.sy/?p=1882242#:~:text=%D8%A3%D8%B5%D8%AF%

تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/٤/٢٩م.

الفهرس

الملخّص..... ١
المقدمة..... ٣

الباب الأول: تطبيق منهاج التنازع على عقود التجارة الإلكترونيّة ١٥

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني في حال اتفاق الأطراف المتعاقدة..... ٢١
المبحث الأول: مبدأ سلطان الإدارة وأعماله في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة..... ٢٣
المطلب الأول: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية والاعتراف مبدأ سلطان الإدارة في اختيار القانون الواجب التطبيق..... ٢٤
– الفرع الأول: المقصود بعقود التجارة الإلكترونية ٢٥
– الفرع الثاني: الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة.... ٣٦
المطلب الثاني: كيفية تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة..... ٤٥
– الفرع الأول: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة..... ٤٦
– الفرع الثاني: الاختيار الضمني ٥٦
– الفرع الثالث: مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الإلكتروني..... ٦٦
المبحث الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في

عقود التجارة الإلكترونيّة وصعوبات إعماله..... ٨١
المطلب الأول: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإدارة في عقود التجارة الإلكترونيّة..... ٨٢
– الفرع الأول: مدى اعتبار النظام العام قيداً على مبدأ سلطان الإدارة في مجال عقود التجارة الإلكترونيّة..... ٨٢
– الفرع الثاني: التحايل على القانون باعتباره قيداً على مبدأ سلطان الإدارة في مجال عقود التجارة الإلكترونيّة..... ١١٠
المطلب الثاني: صعوبات إعمال مبدأ سلطان الإدارة في مجال عقود التجارة الإلكترونيّة..... ١٢٠
– الفرع الأول: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد..... ١٢١
– الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد..... ١٣٤
الفصل الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيّة في حال غياب اتفاق الأطراف المتعاقدة..... ١٣٧
المبحث الأول: الإسناد الجامد لعقود التجارة الإلكترونيّة..... ١٣٨
المطلب الأول: إسناد عقود التجارة الإلكترونيّة لضابط له علاقة بالمتعاقدين..... ١٤٠
– الفرع الأول: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ١٤٠
– الفرع الثاني: قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين ١٤٨
المطلب الثاني: إسناد عقود التجارة الإلكترونيّة لضابط له علاقة بالمكان..... ١٥٣

- الفرع الأول: قانون محل إبرام العقد..... ١٥٣
- الفرع الثاني: قانون محل تنفيذ العقد..... ١٦٠
المبحث الثاني : الإسناد المرن لعقود التجارة الإلكترونيّة..... ١٧٠
المطلب الأول: ضابط الأداء المميّز..... ١٧٢
- الفرع الأول: مضمون فكرة الأداء المميّز..... ١٧٣
- الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنيّة والاتفاقات الدوليّة من فكرة الأداء المميّز..... ١٨٤
- الفرع الثالث : موقف القضاء من فكرة الأداء المميّز..... ١٩١
المطلب الثاني: نطاق تطبيق ضابط الأداء المميّز في مجال العقود الإلكترونيّة..... ١٩٦
- الفرع الأول: عقود خدمات المعلومات الإلكترونية ١٩٨
- الفرع الثاني: عقود ترخيص نقل التكنولوجيا الإلكترونية..... ٢٠٤
- الفرع الثالث: عقد المستهلك الإلكتروني..... ٢١٤

الباب الثاني: منهاج القواعد الماديّة في حل منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة ٢٢٧

الفصل الأول: مصادر القواعد المادية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونيّة..... ٢٣٥
المبحث الأول: القواعد الماديّة الوضعية..... ٢٣٩
المطلب الأول: القواعد الماديّة ذات الأصل الوطني..... ٢٣٩
- الفرع الأول: القواعد الماديّة التشريعية..... ٢٤٠

- الفـرع الثـاني: القواعـد الماديّـة ذات الأصـل القضائي..... ٢٦٠
المطلب الثاني: القواعد الماديّة ذات الأصل الدولي وعقود التجارة الإلكترونيّة..... ٢٦٥
- الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية القابلة للتطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية ٢٦٧
- الفـرع الثـاني: اتفاقيـة الأمـم المتحـدة المتعلقـة باستخدام الخطابات الإلكترونيّة في العقود الدولية.. ٢٩٤
المبحـث الثـاني: القواعـد الماديّـة الفعليـة أو ذات النشـأة التلقائية..... ٣٢٠
المطلب الأول: الممارسات التعاقدية والعقود النموذجية أو النمطية..... ٣٢٢
- الفرع الأول: الشروط العامة..... ٣٢٣
- الفرع الثاني: العقود النموذجية أو النمطية... ٣٣٠
المطلب الثاني: العادات والأعراف المستقرة..... ٣٣٤
المطلب الثالث: تقنيات السلوك..... ٣٤٨
الفصـل الثـاني : تقـويم القواعـد الماديّـة لعقـود التجـارة الإلكترونيّة..... ٣٥٧
المبحـث الأول: مـدى تمتـع القواعـد الماديّـة لعقـود التجـارة الإلكترونيّة بصفة نظام قانوني ٣٥٨
المطلب الأول: مفهوم النظام القانونيّ بوجه عام..... ٣٥٩
- الفرع الأول: تعريف النظام القانونيّ..... ٣٥٩
- الفرع الثاني: تطبيق خصائص القاعدة القانونيّة على القواعد الماديّة..... ٣٦٥

المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية حول وجود النظام القانونيّ للقواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة..... ٣٧٠
– الفرع الأول: الاتجاه المنكر لصفة النظام القانونيّ على القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة.... ٣٧٠
– الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لتمتع القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة بصفة النظام القانونيّ..... ٣٧٧
المبحث الثاني: مدى تشكيل القواعد المادية للتجارة الإلكترونيّة لنظام قانوني مستقل..... ٣٩٢
المطلب الأول: الاعتراف بالقوة الملزمة للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية..... ٣٩٢
المطلب الثاني: الاعتراف بالواقع العملي للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية وصفتها القانونية..... ٤٠١
–الفرع الأول: دور الأمم المتحدة في الاعتراف بالقانون الموضوعي الإلكتروني..... ٤٠٤
– الفرع الثاني: دور المنظمات والهيئات الخاصة الدولية الاعتراف بالقانون الموضوعي الإلكتروني..... ٤١٦
الخاتمة..... ٤٤٦
المراجع..... ٤٥٣
الفهرس..... ٤٨١
الملخّص باللغة الإنجليزية..... ٤٨٦

Abstract

The Internet has managed to define the true existence of digital commerce , as there is no specific place whose law can be applied, which requires a special law to be governed by it in a manner the achieves the security of the law sought by the contractors, as electronic transactions resulted in many disputes and legal problems that the attribution rules often failed to find appropriate solutions for them , This prompted some to call for the application of material, conditional, and realistic rules as a solution to electronic commerce contract disputes. These rules and developments appeared far from national laws, with a role of directives, international agreements and model laws, in addition to the customs and norms prevailing in the field of international trade, in order to keep pace with the expansion of the use of the technical network. In concluding commercial contracts, they are rules that establish a direct regulation, responsive in .their content and objectives to electronic transactions

The privacy of these contracts has been imposed to find alternative rules in the electronic world to settle disputes resulting from them, which can be called rules not issued by states or electronic substantive law, which many international organizations have resorted to, but despite the challenges that hinder its development and spread, which were represented in In the absence of a legal base that accommodates it and a legislative framework that regulates it.

Syrian Arab Republic
Damascus University
Faculty of Law
Department of International Law

Rules Applicable to international Contract Disputes for Electronic commerce

(Comparative study between the conflictual and materialistic approaches)

A dissertation submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Ph.D. in International Law

by
Mohammad abd Allah alabd Allah

Supervisor
D. Sager hammed al khabor

2023/1444