

## القواعد التكميلية وقيمتها القانونية في إطار العلاقات الدولية الخاصة

الأستاذ المساعد الدكتور بشير جمعة الكبيسي  
كلية القانون والعلوم السياسية - الجامعة العراقية  
الباحث عمار زكي الهاشمي



## ملخص البحث

## القواعد التكميلية وقيمتها القانونية في إطار العلاقات الدولية الخاصة

ان عقود التجارة الالكترونية تعد نمطا جديدا من العقود التي أثارت صعوبات في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكمها ، فلم تعد الطرق التقليدية في تحديده ملائمة ومناسبة لمثل هذه العقود. ان هذه العقود في حقيقة الامر تعقد عبر شبكة الانترنت الذي الغى الحدود في ما بين الدول ، الامر الذي ادى الى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق ، فكان لا بد من ايجاد قواعد بديلة لتحكم هذه العقود وتتلائم مع طبيعتها الخاصة ، فكانت القواعد التكميلية هي البديل الذي يمكن ان يلجأ اليه ، فهي القواعد الموضوعية لتحكم المعاملات عبر الانترنت ، فما هو مفهوم هذه القواعد وما هو مصدرها بالاضافة الى قيمتها القانونية ،مواضيع سيتم بحثها.

Supplementary rules and their legal value within the framework of international private relations

E-commerce contracts are a new type of contract that has given rise to difficulties in determining the applicable law that governs it. Traditional methods are no longer appropriate and appropriate for such contracts. In fact, these contracts are held through the Internet, which has abolished the borders between countries, which made it difficult to determine the applicable law. There was a need to find alternative rules to govern these contracts and adapt them to their own nature. To resort to, they are the substantive rules for the control of transactions over the Internet, what is the concept of these rules and their source in addition to legal value, topics to be discussed.

## المقدمة

إن التطور الذي تشهده وسائل الإتصال في عالم اليوم وخصوصاً الإنترنت، وتزايد إستخدامها في معاملات التجارة الإلكترونية، أدى إلى عدم ملائمة ضوابط الإسناد التقليدية في القانون الدولي الخاص لحكم مثل هذه المعاملات، خصوصاً أنها تتم في عالم إفتراضي قوامه الأرقام والكيانات المنطقية لذلك يصعب السيطرة عليه، فهنا تثار مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق، ولا يمكن الإعتماد على ضوابط الإسناد التقليدية لحكم مثل هذه المعاملات، والتي تكون بطبيعتها عابرة لأقاليم الدول .

فالإنترنت قد ألغى فكرة الحدود بين الدول مما سمح بدخول العديد من المعلومات إلى الدول الأخرى بدون إذن مسبق وبدون أن تكون هنالك حواجز، كما أنه يصعب السيطرة عليه ولا يمكن تطبيق قانون محكمة موطن المتعاقدين مثلاً أو جنسيتها المشتركة لأن المتعاقدين يقطنون في أكثر من دولة واحدة ولا يتطلب حضورهم المادي لأجل إبرام العقد أو التفاوض بشأن شروط التعاقد، وإنما يتم التواصل بينهما عن طريق الإنترنت من خلال صيغ أو إشارات يتفقون عليها بينهم، أو قد يكون المتعاقدين داخل دولة واحدة ويتعاقدون عن طريق الإنترنت فسوف نواجه ذات المشكلة بالتأكيد .

ولغرض نقادي ذلك يجب البحث عن بديل يحل محل قواعد الإسناد التقليدية في القانون الدولي الخاص وهذا البديل يتمثل بمجموعة من الأعراف والعادات التي تعارف عليها التجار أثناء تعاملاتهم، ويطلق عليها بـ (القواعد التكميلية)، والتي تكون مستقلة عن حلول القوانين الوطنية، وهذه القواعد تكونت من مصادر متعددة كما تميزت بمجموعة من الخصائص التي تجعلها مختلفة عن بقية القواعد الأخرى، ومن أهم هذه الخصائص هو نشأتها التلقائية، وهذا ما سنتطرق له في المبحث الأول من هذا الموضوع.

وبما أن القواعد التكميلية قواعد حقيقية فهل تتمتع هذه القواعد بصفة النظام القانوني؟ فقد حدث خلاف في هذا الشأن بين من إعترف لهذه القواعد بصفة النظام القانوني الكامل وبين من أنكر عليها هذه الصفة، إلا أن هناك إتجاه ثالث قد أقر لهذه القواعد صفة النظام القانوني ولكنه في طور التكوين لم يكتمل بعد، وعلى فرض تمتع أو عدم تمتع القواعد التكميلية بصفة النظام القانوني الكامل أو النظام الذي لم يكتمل بعد، فهل تتمتع هذه القواعد بالصفة الملزمة التي تجعلها واجبة الإحترام من قبل أعضائها ومن ثم فرض الجزاء على من يخالفها؟ وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني .



## المبحث الأول

### مفهوم القواعد التكميلية

إن القواعد التكميلية التي يتكون منها القانون الموضوعي الدولي للمعاملات عبر الإنترنت، تشكل منهجاً مستقلاً لتنظيم تلك المعاملات يختلف عن منهج قواعد التنازع، إذ إن منهج قواعد التنازع قوامه التركيز المكاني للمعاملة محل النزاع، وإعتبار المكان الذي ترتبط به أكثر الروابط وثوقاً، وإختيار قانون ذلك المكان ليحكم العلاقة أو الرابطة محل النزاع، لأن منهج تنازع القوانين لا يقدم الحل المباشر لذلك النزاع، فهو منهج غير مباشر، وإنما يحدد فقط القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع<sup>(١)</sup>. ومن أجل الإحاطة بالقواعد التكميلية سوف نتناول هذا المبحث من خلال مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف القواعد التكميلية والخصائص المميزة لها، وفي المطلب الثاني نتناول مصادر هذه القواعد وطبيعتها القانونية.

### المطلب الأول: تعريف القواعد التكميلية والخصائص المميزة لها

بما أن هنالك إتجاه فقهي يقر بعدم صلاحية وإمكانية تطبيق قواعد تنازع القوانين الموجودة في القانون الدولي الخاص على عقود التجارة الدولية بعد التطورات التي صاحبته، فإنهم يقترحون بديلاً تشريعياً ينسجم مع وسائل وإمكانات العالم الافتراضي التي تتكون به العقود الإلكترونية وعقود خدمات المعلومات الإلكترونية، يحل محل قواعد القانون الدولي الخاص، وهذا البديل يتمثل بالقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية أو القواعد التكميلية والتي تنظم هذه العقود والمعاملات<sup>(٢)</sup>، كما إن الطبيعة الخاصة للقواعد التكميلية تجعلها متميزة بمجموعة من الخصائص عن باقي القواعد القانونية الأخرى، لذلك سوف نتناول هذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول: تعريف القواعد التكميلية

تُعرف القواعد التكميلية بأنها " مجموعة من العادات والممارسات المقبولة<sup>(٣)</sup>، التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي (Virtual Community) للإنترنت، وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الإتصال والمعلومات، فكانت قانون تلقائي النشأة، وجد ليلتائم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل والبيانات الرقمية التي تتم به المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملة"<sup>(٤)</sup>.

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٤٧.

(٢) د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩ ص ٨٦.

(٣) تُعرف عادات التجارة الدولية بأنها العادات المادية الموحدة المنبثقة عن المجتمع الدولي للأعمال، وهذه الممارسات تعارف عليها المتعاملين في مجال مهنة أو تجارة معينة، ويتم تطبيقها دائماً في هذا النوع من النشاط، وتتميز بالثبات والإستقرار والعمومية التي تجعلها مكملة لبند العقد ومفسرة لها مالم يتفق الأطراف على ما يخالفها، وتعتبر المصدر الرئيسي لقانون التجارة الدولية " lex mercatoria ". د. د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الإتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩ يونيو لسنة ١٩٨٠، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ١٠٦.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص ٤٨.

وأهم ما يميز هذا التعريف هو أنه بين المصدر الرئيسي لنشأة هذه القواعد أولاً، وهو الأعراف والعادات والممارسات التي تكونت في هذا المجتمع، كما أنه أقرت بعدم رسمية هذا القواعد وبالتالي عدم رسمية القانون المتكون منها ثانياً، لأنها نشأة بطريقة تلقائية ولم تأتي عن طريق سلطة معينة، بالإضافة إلى بيان السبب من تطبيقها ثالثاً . كما عُرفت " بأنها مجموعة من القواعد غير الوطنية والصادرة عن الأعراف والعادات التجارية الدولية والعقود النموذجية والمبادئ العامة والإتفاقيات الدولية، وتتميز هذه القواعد بالطبيعة الخاصة التي تسمح لها بالظهور في نطاق إقتصادي غير وطني كما تتميز أيضاً بعدم إشتراط الإعراف بها من قبل السلطة العامة حتى يمكن تطبيقها، وهذه القواعد يقع إختيار الأطراف عليها في حالة عدم إختيارهم لقانون موضوع النزاع"<sup>(٥)</sup>. وهذا التعريف قد بين المصادر التي تتكون منها هذه القواعد وهي الأعراف والعادات السائدة في نطاق التجارة الدولية والعقود النموذجية والمبادئ العامة بالإضافة إلى ما تأتي به الإتفاقيات الدولية، وقد وضح هذا التعريف إن طبيعة هذه القواعد هي التي جعلتها تطبق في منازعات تتميز بعدم إنتمائها لنظام وطني معين وبالتالي عدم ظهورها في هذا المجال، كما يتم تطبيقها على هكذا منازعات بدون أن يكون هنالك حاجة للإعتراف بها من قبل السلطة العامة.

والبعض عرفها بأنها " مجموعة من القواعد التي تضع تنظيمياً مباشراً وخصوصاً للروابط القانونية التي تتم عبر الإنترنت تمييزاً لها عن القواعد المادية الحاكمة للتجارة الدولية وكذلك عن القواعد المادية الوطنية التي تحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريقة مباشرة"<sup>(٦)</sup> .

وهذا التعريف حدد وظيفة القواعد التكميلية بتطبيقها على المعاملات التي تتم عن طريق الإنترنت فقط، ولا تشمل القواعد الموضوعية الأخرى الموضوعية للتجارة الدولية أيضاً ولا القواعد المادية الوطنية .

وعرفها الأستاذ ( Derains ) بأنها " مجموعة القواعد القانونية المستقلة عن النظم القانونية المختلفة، والتي إعتاد عليها مجتمع التجار في مهنة معينة وترمي إلى تطبيقها على مختلف جوانب النشاط التجاري الدولي"<sup>(٧)</sup> .

والذي يميز هذا التعريف هو عنصر الإعتياد من قبل أصحاب هذه المهنة أو هذه الفئة الذي منحها عنصر الإلزام لتتحول إلى قاعدة قانونية يتم تطبيقها على جوانب النشاط التجاري الدولي، بالإضافة أنه لم يجعلها مقتصرة على معاملات التجارة الإلكترونية فقط . كما عرفت بأنها " مجموعة من الأعراف والعادات الدولية والتي ترتبط بنظام قانوني مغاير ومستقل بحيث تشكل مع بعض المبادئ نظاماً غير وطني يتميز بقواعد قانونية خاصة به من خلق المجتمع ذاته وهذه القواعد تكون على شكل قواعد عرفية لا تنتمي

(٥) دريدر ملكي، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، ألكي محند أولحاج بالبوية، ٢٠١١، ص ١٢، ١٣.

(٦) د. حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣، ص ٤٨٧.

(٧) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ١٧٣.



إلى قانون دولة معينة وهي بمثابة قانون الإختصاص بالنسبة للمحكم الدولي، يتجاوز من خلالها مشكلة تنازع القوانين والتخلص من سيطرتها"<sup>(٨)</sup>.

وعرفت أيضاً بأنها " مجموعة من الأعراف والعادات والقواعد غير الصادرة من سلطة رسمية، والتي تولدت بشكل عفوي من قبل فئة أو جماعة معينة تطبقها وتعتبر ملزمة لها، ثم تمتد تدريجياً مع الوقت وتتوسع رقعة إنتشارها لتلقى في مرحلة أولى قبولاً وإعترافاً من قبل المعنيين، وفي مرحلة ثانية من قبل المحاكم لكي تكتسب بنتيجة هذا القبول والإعتراف قيمة قانونية ملزمة، ولا تتحلل هذه القواعد من التشريعات الداخلية أو المحلية بل هي وليدة التنظيم الذاتي لمستخدمي شبكة الإنترنت أنفسهم"<sup>(٩)</sup> وهذا التعريف بالإضافة إلى أنه أقر بأن أصل هذه القواعد هي الأعراف والعادات والتي تكونت بعد تطبيقها العفوي من قبل أصحابها، كما أنه أقر بعدم رسميتها، إلا أن الشيء المهم في هذا التعريف والذي يجعله متميزاً عن التعريفات السابقة، هو التدرج في الاعتراف والقبول بها حتى تصبح قاعدة قانونية ملزمة داخل المجتمع الخاص بها حتى وإن إعتبرت غير رسمية، ونلاحظ بأن هذا التعريف للقواعد التكميلية أكثر قبولاً من غيره من التعريفات السابقة .

كما عرفت بأنها " مجموعة من القواعد الموضوعية التطبيق ذات النشأة التلقائية والمتضمنة حلولاً ذاتية يتم تطبيقها على النزاع، والتي تكونت مما هو سائد من العادات والممارسات السائدة في نطاق البيئة الإلكترونية نتيجة العلاقات الإلكترونية التي نشأت في داخلها"<sup>(١٠)</sup> .

وهذا التعريف يرى بأن القواعد التكميلية نشأت فقط من العادات والممارسات التي تكونت داخل نطاق البيئة الإلكترونية وكان نشوئها ناتجاً عن العلاقات الإلكترونية للأفراد داخل هذه البيئة، كما أنه بين نشأتها التلقائية والتي لا تحتاج إلى تدخل من قبل سلطة أو جهة معينة .

ومن خلال ما تقدم يمكن أن نضع تعريف لهذه القواعد ونعرفها، بأنها مجموعة من القواعد الموضوعية والتي تكونت من مصادر متعددة ثم إتبعته التدرج في تطبيقها مرحلة بعد أخرى حتى أصبحت قاعدة قانونية ملزمة داخل وسطها المهني ولها جزء خاص بها، ولكنها في طور التكوين لم تشكل بعد نظاماً قانونياً كاملاً، وهذه القواعد جاءت بعد الحاجة إليها بسبب التطور الذي رافق ظهور التجارة الإلكترونية وعدم ملائمة قواعد الإسناد التقليدية لحكم معاملات هذه التجارة، بالإضافة إلى القصور التشريعي في العديد من الدول وخصوصاً النامية منها .

(٨) هند فائز أحمد الحسون، سلطة القاضي بالرقابة على قرارات التحكيم في المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٣، ص ٢١٢، ٢١٣.

(٩) د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والإتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، المنشورات الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١، ص ٤٧٢.

(١٠) د. عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الدولي الخاص الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٦، ص ٥٥.



## الفرع الثاني: الخصائص المميزة للقواعد التكميلية

بسبب الطبيعة الخاصة التي تتميز بها القواعد التكميلية فإنها تميزت بمجموعة من الخصائص التي تجعلها مختلفة تماماً عن باقي القواعد الأخرى وخصوصاً تلك القواعد الموجودة في القوانين الداخلية، ومن هذا الخصائص ما يكون مرتبطاً بأصل النشأة الخاصة لهذه القواعد، وهذه الخصائص هي:

١- قواعد مباشرة: تتميز القواعد التكميلية بأنها قواعد مباشرة تقدم حلاً مباشراً للنزاع المعروض أمام القاضي أو هيئة التحكيم<sup>(١١)</sup>، على عكس قاعدة التنازع أو الإسناد، فقاعدة الإسناد تتميز بأنها قواعد إرشادية لا تعطي حلاً نهائياً للنزاع وإنما فقط تشير إلى إختصاص القانون الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع لتتكفل بعد ذلك قواعد هذا القانون بإعطاء الحل النهائي للنزاع<sup>(١٢)</sup>.

٢- قواعد تلقائية النشأة: لا يبدو أمراً غريباً أن يطلق على هذه القواعد الصفة التلقائية مادام أصل هذه القواعد عادات وأعراف سادت بين أفراد مهنة معينة والتي كونت مجتمعاً خاصاً بها، وبعد التطور الذي حدث في وسائل الإتصال الحديثة وإستخدامها في عمليات التجارة وخصوصاً التجارة الدولية وظهور التجارة الإلكترونية، فالمتعاملين على شبكة الإنترنت يلتزمون بالأعراف والعادات والممارسات التي جرى العمل عليها فيما بينهم، بحيث صارت قانونهم العام أو المشترك (The common law of the internet) الذي يلتزمون به، وقواعد هذا القانون تلقائية النشأة نابعة من مجتمع ذاتي بطوائف أفراده ونوعية معاملاته<sup>(١٣)</sup>.

وتلقائية هذه القواعد تكون من ناحية المصدر وكذلك من ناحية التطبيق، فتكون تلقائية النشأة من حيث المصدر لأنها جاءت من مجتمع معين توافرت فيه شروط معينة دون أن يكون هنالك مرور بالقنوات الرسمية لسن القوانين، كما أنها تلقائية من حيث التطبيق لأن تطبيقها لا يحتاج إلى تدخل السلطة، فالمتعاملين بها هم الذين يكفلوا تطبيقها نظراً لتلقائيتها من ناحية، وما تضعه من الحلول الملائمة لمعالجة المشكلات المثارة في كنف التجارة الدولية من ناحية أخرى، وهذا لا ينطبق على القواعد التي تم تنظيمها باتفاقيات دولية أو ذات الأصل التشريعي الداخلي<sup>(١٤)</sup>.

٣- قواعد نوعية: تتميز القواعد التكميلية بأنها قواعد نوعية لا تتناول في تنظيمها إلا نوعاً معيناً من المعاملات، وهي تلك المعاملات التي تنشأ وتثور في مجال التجارة الإلكترونية والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات وما يتم من المسائل إلكترونياً<sup>(١٥)</sup>، فتكون القواعد التكميلية نوعية لأنها لا تعالج إلا نوع معين من المشكلات وهي تلك التي تنشأ

(١١) د. إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٦٨، ٢٦٩.

(١٢) د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ١٠١.

(١٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص ٥٧، ٥٨.

(١٤) خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٣، ص ١١٠، ١١١.

(١٥) د. حمودي محمد ناصر، المصدر السابق، ص ٤٩٥، ٤٩٦.





في الأوساط التجارية الدولية<sup>(١٦)</sup>، لذلك توصف هذه القواعد بأنها قواعد نوعية لأن العقود التي تكون موضوع تطبيقها تنتم بالطبيعة التجارية الدولية<sup>(١٧)</sup>.

٤- قواعد فئوية: تنصف القواعد التكميلية بأنها قواعد فئوية، لأنها لا تتناول في تنظيمها إلا فئة معينة من الأشخاص وهم المتعاملين على شبكة الإنترنت، وجاء تطبيق هذه القواعد لفئة معينة من الأشخاص بسبب الطبيعة الخاصة التي يتميز بها المجتمع الافتراضي للإنترنت والتي تتنافى تطبيق قواعد قانونية وطنية على هذه المعاملات، لأنها قواعد وضعت أساساً لحكم معاملات مادية ملموسة، بالإضافة أن لهذا المجتمع معيقاته وذاتيته الخاصة التي تقتضي قواعد تتفق مع ذلك<sup>(١٨)</sup>.

٥- قواعد موضوعية عبر دولية (Substantive): تتميز القواعد التكميلية المكونة للقانون الموضوعي الإلكتروني الدولي أو القانون الدولي للمعاملات عبر الإنترنت، بأنها قواعد موضوعية عبر دولية، وهذا يعني إنها قواعد غير وطنية أو قواعد عابرة للحدود، والتي لم تكن من وضع سلطة وطنية أو هيئة عالمية أو دولية، حيث لم توجد حتى الآن مثل تلك الهيئة التي تقع على عاتقها وضع قواعد دولية لتحكم المعاملات التي تتم في هذا المجتمع الافتراضي، لأن هذه القواعد تجري بوسط يطلق عليه عالم الإنترنت، وهذا الوسط لا يخضع لسيطرة منظمة أو هيئة عالمية أو سلطة إقليمية<sup>(١٩)</sup>.

٦- قواعد غير رسمية: تتميز القواعد التكميلية بأنها قواعد غير رسمية، لأنها جاءت من مجتمع معين، توافرت فيه شروط معينة، دون المرور بالمراحل الرسمية لسن القوانين كإقتراح القانون ودراسة المشروع ومناقشته وإصداره ثم نشره في الجريدة الرسمية وتصديقه ليصبح بعد ذلك جاهزاً للتطبيق<sup>(٢٠)</sup>، وعدم رسمية هذه القواعد أمراً طبيعياً طالما أن شبكة الإنترنت يصعب السيطرة عليها ولا توجد سلطة رسمية أو دولة أو جهاز خاص يتمتع بسلطة وضع قواعد تنظم التعامل على شبكة الإنترنت<sup>(٢١)</sup>.

غير أن هذه القواعد وأن كانت غير رسمية إلا أنها تتمتع بالإلزام داخل المجتمع الخاص بها، وذلك بعد تواتر العمل بها والتدرج في قبولها، مرحلة بعد أخرى، لتتوسع رقعت إشارتها، بعد أن بدأ تطبيقها من قبل جماعة بسيطة تنفر إلى التنظيم إلى أن وصلت في إلزاميتها والأعتراف بها حتى أمام المحاكم باعتبارها قانون الإرادة بالنسبة للأفراد، لأن إرادة الأطراف هي التي قبلت بتطبيقها وإن لم تتشكل بطريق رسمي إلا أنها تتمتع بالإلزام الذي يمنحها الإحترام وخصوصاً من قبل أفراد مجتمعها.

٧- قواعد تطويرية مستقبلية: بعد أن ثبت النمو المطرد لشبكة الإنترنت والتي كونت مجتمعاً افتراضياً، وبعد عجز قواعد الإسناد التقليدية عن حكم المعاملات التي تتم في هذا المجتمع، كان من الضروري وجود قانون ينظم المعاملات التي تتم عبر

(١٦) خليل إبراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ١١٠.

(١٧) د. عبد الرسول عبد الرضا جابر، المصدر السابق، ص ٣٧.

(١٨) د. حمودي محمد ناصر، المصدر السابق، ص ٤٩٥.

(١٩) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص ٥٩، ٦٠.

(٢٠) جمال محمود الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية الناشئة عن سوء استخدام الإنترنت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٤٢.

(٢١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص ٥٨.

الإنترنت<sup>(٢٢)</sup>، خصوصاً أن بعض الشراح للقواعد الموضوعية ينادون بضرورة وجود قانون مستقل عن كافة القوانين الوطنية يقع على عاتقه مهمة تنظيم وحكم عقود التجارة الدولية بعد إن ثبت عجز منهج قواعد الإسناد عن حكم هذه العقود<sup>(٢٣)</sup>.

لذلك تكون القواعد التكميلية، قواعد تطويرية مستقبلية، ونقصد بالتطويرية هنا، أن هذه القواعد في تطور مستمر للنمو المطرد في شبكة الإنترنت والذي أخذ يشغل مساحات واسعة من العالم، الأمر الذي أدى إلى كثرة العقود التي تبرم عن طريق هذه الشبكة وبالتالي ظهور قواعد تستوعب التغيرات الجديدة التي تحدث في العالم الافتراضي، أما مستقبلية هذه القواعد فيقصد بها هنا، هو قدرة هذه القواعد مستقبلاً على تكوين قانون موضوعي خاص بها يحكم المعاملات التي تتم عن طريق الإنترنت بالإضافة إلى وسائل الإتصال الأخرى، بعد أن تشكل نظام قانوني متكامل لا يعوزه الضبط والتنظيم وهو (القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي) .

### المطلب الثاني: مصادر القواعد التكميلية

إن ظهور قواعد دولية موحدة بشأن عقود التجارة الإلكترونية أثار العديد من التساؤلات حول المصادر التي يمكن أن تستسقى منها هذه القواعد الأحكام الخاصة بها والوسيلة التي من خلالها تتيح إمكانية تحقيق التوحيد والانسجام في قواعد القانون، فقد اختلف الفقه في ذلك بين إتجاه أنكر فكرة وجود قواعد مادية خاصة بالمعاملات الإلكترونية (Lex electronica) وبالتالي إستقلالها عن القواعد المادية التقليدية (Lex Mercatoria)، لأنهم يرون إن القواعد الأولى تدخل ضمن نطاق القواعد الثانية ويعتبرونها إمتداداً لها، وإتجاه آخر يصرح بوجود قواعد مادية خاصة بالمعاملات الإلكترونية ويرفض الأخذ بفكرة الإتجاه الأول بعدم إستقلالها عن القواعد المادية التقليدية، وهذا الإتجاه الفقهي يقسم المصادر التي تكونت منها هذه القواعد إلى مصادر رسمية ومصادر تلقائية<sup>(٢٤)</sup>، كما إن هنالك من يسرد هذه المصادر دون أن ينقيد بأي تقسيم، والبعض الآخر يحصرها بالإتفاقيات والتوصيات الدولية المنظمة للتجارة الإلكترونية، بالإضافة إلى إتجاه آخر يجعل لهذه القواعد وجود خاص بإعتبارها قواعد تلقائية النشأة<sup>(٢٥)</sup>، إلا إننا لا نتقيد بذلك ونعرض هذه المصادر من خلال تقسيمها إلى مصادر وطنية وأخرى دولية، وهذه الأخيرة تشكل الجانب الأهم في نطاق بحثنا .

### الفرع الأول: المصادر الوطنية

لا يمكن إنكار الدور الذي تقوم به التشريعات الوطنية في إرسالها لقواعد مادية في القوانين التي تشرعها، كصيغتها لقانون ينظم المعاملات والتجارة الإلكترونية، فالكثير من دول العالم قد نظمت ذلك القانون، كما أنه لا يمكن الغض أيضاً على ما يقوم به

(٢٢) د. حمودي محمد ناصر، المصدر السابق، ص ٤٨٢، ٤٨٣.

(٢٣) طارق عبد الله عيسى المجاهد، المصدر السابق، ص ١٧٥.

(٢٤) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١١٤ وما بعدها.

(٢٥) د. حمودي محمد ناصر، المصدر السابق، ص ٤٨٨.



القضاء الوطني في إستنباطه للقواعد المادية في القضايا المعروضة أمامه، وهذا الأمر يحتم التعرض لها مع التطرق لقواعد السلوك الوطنية بإعتبارها مصدراً ساهم أيضاً في تكوين القواعد التكميلية .

لقد عملت بعض التشريعات الوطنية على تنظيم العلاقات الخاصة الدولية من خلال وضع قواعد موضوعية في قوانينها تتناسب مع الخصوصية التي تتميز بها هذه العلاقات كخصوصية عقود التجارة الإلكترونية، ويتم تطبيق هذه القواعد على عقود التجارة ذات الطابع الدولي، ويرى بعض الفقه بأنه إذا تعلق النزاع بعقد من عقود التجارة الدولية فإن القاضي يتمتع بإمكانية تطبيق هذه القواعد بصورة مباشرة بدون أن تكون هنالك حاجة من الرجوع لقواعد الإسناد التقليدية، ومن هذه التشريعات، قيام الولايات المتحدة الأمريكية بسن قانون يتناول تنظيم التجارة الإلكترونية كقانون المعاملات الإلكترونية لموحد لسنة ١٩٩٩<sup>(٢٦)</sup>، والتقنين التشيكي الخاص بالتجارة الدولية والصادر في ٤ ديسمبر لسنة ١٩٦٣ والذي يتضمن (٧٢٦) مادة تناولت تنظيم علاقات الأطراف في العقود التجارية الدولية بطريقة خاصة تجعلها تختلف عن بقية القواعد الأخرى والتي تناولت أيضاً تنظيم هذه العلاقات في مجال العقود الداخلية<sup>(٢٧)</sup> .

وتعتبر العقود النموذجية الوطنية من ضمن المصادر الوطنية ذات الأصل التشريعي التي جاءت ببعض القواعد الموضوعية والتي تناولت تنظيم بعض المسائل الرئيسية الخاصة بالتجارة الإلكترونية وتبادل البيانات إلكترونياً، ومن هذه العقود، العقد النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات الذي صدر في سويسرا سنة ١٩٩٤ وفي النرويج سنة ١٩٩٣<sup>(٢٨)</sup>، وفي فرنسا يعتبر العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية والذي يبرم بين التجار والمستهلكين مثال على العقود النموذجية المستحدثة<sup>(٢٩)</sup> .

### ثانياً- القواعد المادية ذات الأصل القضائي

إن قيام قضاء بعض الدول في إستنباط بعض القواعد الموضوعية التي تحكم العقود ذات الطابع الدولي بصورة مباشرة دون الأخذ بما تقرره قواعد الإسناد بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية<sup>(٣٠)</sup>، تلقى ترحيباً وقبولاً من قبل

(٢٦) د. فراس كريم شيعان، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الثاني، السنة الثامنة، ٢٠١٦، ص ٣٢٩.

(٢٧) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الإتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٩٧.

(٢٨) د. فراس كريم شيعان، المصدر السابق، ص ٣٣١.

(٢٩) نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ٨٨.

(٣٠) ومن الأحكام التي صدرت عن القضاء الداخلي والتي أصبحت حكماً ملزمة، الحكم الذي صدر عن القضاء الأمريكي في قضية (Bronson v. Rodes) والذي أقر بصحة شرط الذهب الذي يقضي برد قيمة القرض بالعملة الذهبية للولايات المتحدة الأمريكية، وبعد ذلك أصدرت ولاية كاليفورنيا في سنة ١٩٦٤ قانوناً أقر بصورة صريحة الوجهة القانونية لمثل هذا الشرط، كما صدرت العديد من الأحكام التي أخذت بنفس المبدأ التي تقرر في هذه القضية، رغم إن البعض قد إخذ بالإتجاه المعاكس له. أشار إليه د. محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الإلكترونية في تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٣٣٨.



الدولة التابع لها<sup>(٣١)</sup>، فقد عمل القضاء الفرنسي على إرساء أحكاماً تحتوي على بعض القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، ومن هذه الأحكام، الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية (Galakis) رفضت من خلاله الطعن الموجه ضد محكمة إستئناف باريس في ١٢ فبراير لسنة ١٩٦٦ بعد أن إستبعدت تطبيق احكام المواد (٨٢، ١٠٠٤) من قانون المرافعات الفرنسية التي تحظر على الدولة الفرنسية التصالح والذي يشكل عقبة في مجال العلاقات الدولية في الوقت الذي كثرت فيه العقود بين الدولة والأشخاص الخاصة، وقد توصلت المحكمة إلى نتيجة مؤداها إن الحظر الوارد في المواد (٨٣، ١٠٠٤) لا يسري على العقود الدولية وذلك بعد مراعاة الخصوصية التي تتميز بها هذه العقود وما تتطلبه من مقتضيات، وهذا الحكم أرسى قاعدة موضوعية يتم تطبيقها مباشرةً بدون الحاجة لمنهج تنازع القوانين<sup>(٣٢)</sup>

### ثالثاً- قواعد السلوك الوطنية

لقد إعتبرت قواعد السلوك الوطنية من مصادر القواعد التكميلية لأنها جاءت أيضاً ببعض القواعد الموضوعية التي تتناول تنظيم التجارة الإلكترونية، ومن هذه القواعد الميثاق الذي تم وضعه في فرنسا من قبل مجموعة عمل ترأسها الأستاذ " Beaussant " ، وما جاء به هذا الميثاق هو خلق هيئة تتولى إستقبال شكاوي مستعملي الإنترنت، ويكون الإنضمام إليها إختيارياً، وبعد أن تستقبل الهيئة هذه الشكاوي تتخذ الإجراء اللازم لوقف ما تم بثه من الأفعال التي تعتبر غير مشروعة<sup>(٣٣)</sup>، وفي إنجلترا أنشأت جمعية مقدمي خدمات الإنترنت والتي سميت " ISPA " وقامت هذه الجمعية بنشر تقنياً للسلوك العملي والذي يشمل على مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات بين المتعاملين على الشبكة الدولية للمعلومات، وقد ورد الإلتزام بها، بعدم تقديم أية خدمات مخالفة للقانون أو تتضمن مواد تحث على العنف أو القسوة أو الكراهية العنصرية أو الشذوذ الجنسي<sup>(٣٤)</sup> . من خلال ما تقدم يتبين لنا مدى مساهمة التشريعات والقضاء الوطني بالإضافة إلى قواعد السلوك الوطنية في إرساء بعض القواعد الموضوعية لكي تنظم جانب من جوانب التجارة الإلكترونية بعد عجز قواعد القانون الدولي الخاص عن القيام بذلك .

### الفرع الثاني: المصادر الدولية

بعد إن تناولنا المصادر الوطنية للقواعد التكميلية والتي جاءت ببعض القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، نلاحظ إن الجزء الأكبر في تكوين القواعد التكميلية يعود للقواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي، وهذا ما سنتناوله تباعاً وذلك على النحو الآتي:

(٣١) د. محمود محمد ياقوت، المصدر السابق، ص ٢٩٩.

(٣٢) د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٢١، ٢٢.

(٣٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص ٥٢.

(٣٤) د. حمودي محمد ناصر، المصدر السابق، ص ٤٩٠.



## أولاً- الأعراف والعادات المستقرة

تعتبر الأعراف والعادات التجارية الدولية والتي نشأت بطريقة تلقائية من مصادر القواعد التكميلية والتي وضعت خصيصاً لأجل تنظيم الروابط التعاقدية للمجتمع الدولي، وهذه الأعراف والعادات غالباً ما تكون خاصة بمهنة أو فرع من فروع التجارة الدولية، مثل العادات السائدة في مجال تجارة الحبوب وتجارة الحرير والصوف وغيرها، وعندما يطبق القضاء الوطني هذه الأعراف فإنه يطبقها بإسم سلطان الإرادة، باعتبار أن القوانين الوطنية تركت المجال للأعراف الدولية التي يعتقها المتعاقدون في الشروط العامة للعقود النمطية (Contracts types) مثل قواعد الإنكوتيرمز<sup>(٣٥)</sup>، في مجال البيوع الدولية والصادرة عن غرفة التجارة الدولية (ICC) بباريس، الأمر الذي يؤدي إلى إقرار القضاء الوطني بوجود هذه الأعراف والعادات التجارية وبالتالي تطبيقها على ما يعرض عليه من منازعات في هذا الشأن<sup>(٣٦)</sup>.

لهذا تكون العادات والأعراف التجارية الدولية المصدر الأول والأساسي للقواعد التكميلية، لأن النشأة الأولى لها كانت عن طريق الأعراف والعادات، التي تواتر العمل بها من قبل أصحاب مهنة معينة دون أن يكون هنالك تدخل من سلطة رسمية كدولة أو منظمة مثلاً<sup>(٣٧)</sup>، ويتفق العرف مع العادة من ناحية إتباع الأفراد لسلوك معين فترة من الزمن، ولكنه يختلف عنها من حيث أنه يستمد قوته الملزمة من داخله<sup>(٣٨)</sup>، بعكس العادة التي تستمد قوتها الملزمة من عنصر خارجي وهو إرادة المتعاقدين وإتفاقهم على الأخذ بها<sup>(٣٩)</sup>، أما في مجال التجارة الدولية فإن التمييز بين العرف والعادة يكون غامضاً لأن المصطلحان يستعملان لمعنى واحد، فالعادة في نطاق التجارة الدولية تتميز بأن لها ذاتية خاصة من حيث نشأتها تختلف عن العادة الموجودة في نطاق التجارة الداخلية، وهذه الذاتية هي التي أكسبتها قيمة القاعدة العرفية السائدة في نطاق القوانين الداخلية<sup>(٤٠)</sup> ويقصد بالأعراف والعادات المستقرة هنا تلك التي نشأت من خلال الممارسة عن طريق شبكة الإنترنت، لأنه بسبب حداثة التجارة الإلكترونية عبر هذه الشبكة لم يتم وضع قواعد قانونية لحكمها، لذلك يتم الإستناد إلى هذه الأعراف والعادات لضبط هذه

(٣٥) تُعرف قواعد الإنكوتيرمز (INCOTERMS) بأنها " إختصار لعنونة مجموعة المصطلحات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية (ICC) بخصوص بعض المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية كمسائل توزيع أعباء النقل والتوصيل في البيوع الدولية ومصطلحات البيع سيف وفوب وغيرها من المصطلحات الأخرى ذات المدلول الموضوعي المعين، وتعتبر هذه المصطلحات بمثابة طريق مختصر (short hand) لإجمال بعض الإلتزامات التي تلقى على كاهل كل من البائع والمشتري أو المصدر والمستور " . د. محمد محمود علي، المصدر السابق، ص ٣١٢.

(٣٦) د. حسام الدين فتحي ناصف، عقود الوسطاء في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٦٣، ٦٤.

(٣٧) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ١٧٩.

(٣٨) ويراد بذلك أن قوة العرف الملزمة قد إستندت لحكم الضرورة الإجتماعية التي تفرض تطبيق العرف بإعتباره من المصادر الرئيسية للقانون والذي يتميز باستقلاله عن التشريع، علماً إن الأسباب التي إستند عليها وجود العرف هي نفسها التي فرضت وجود القاعدة القانونية في التشريع . العرف كمصدر من مصادر القانون منشور على الموقع الإلكتروني الآتي:

<https://elawpedia.com> . تاريخ الزيارة ٧/٧/٢٠١٧ / الساعة ١١:٣٠ مساءً .

(٣٩) بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة بدران الحقوقية، صيدا، ٢٠١٧، ص ٤٢٤.

(٤٠) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ١٨٠، ١٨١.



المعاملات<sup>(٤١)</sup>، وهذه الأعراف والعادات أستقر العمل بها تلقائياً من قبل المتعاملين في مجال الإنترنت، والتي كونت قواعد خاصة بالمجتمع الافتراضي للإنترنت لها القدرة على ملائمة السرعة في المعاملات التجارية الإلكترونية، خصوصاً أنها أعراف وعادات تكونت تدريجياً على المستوى العالمي مما يجعلها تتجاوز الخلافات التي تحدث على الصعيد القانوني الوطني بالإضافة إلى تعاونها مع الممارسات العقدية التي تعتبر الأساس في نظرية الحرية الفردية التي يمكن الإعتماد عليها، لدورها في تنظيم المعاملات التي تتم عبر الإنترنت والتجارة الإلكترونية الدولية في العديد من المناسبات<sup>(٤٢)</sup>، ومن الأعراف التي كونت قواعد للتجارة الدولية القواعد المتعلقة بالإعتماد المستندي، وكذلك ما قامت به كل من غرفة التجارة الدولية (ICC) واللجنة الأوروبية التابعة للأمم المتحدة (UNECE) من تقنين بعض قواعد التجارة الدولية<sup>(٤٣)</sup>.

ويتم التعرف على الأعراف والعادات السائدة في المجتمع الافتراضي للإنترنت من خلال ممارسات التجارة الإلكترونية ونصوصها بالإضافة إلى الأعراف والعادات الخاصة بهذه التجارة والموجودة في العديد من تشريعات التجارة الإلكترونية سواء كان ذلك على المستوى الوطني بما تتضمنه التشريعات الوطنية من قوانين منظمة لهذه التجارة، كما ذكرنا سابقاً، أو على المستوى الدولي بما يشمل من تنظيمات من قبل المنظمات والهيئات الدولية<sup>(٤٤)</sup>.

وقد وجه البعض سهام نقده بخصوص إعتبار عادات التجارة الدولية قواعد قانونية<sup>(٤٥)</sup>، إلا إن البعض الآخر يذهب إلى إعتبارها قواعد قانونية نتجت عن الواقع العملي في مجتمع معين والتي يلزم المحكم أو القاضي بتطبيقها من تلقاء نفسه ولا يكون هنالك إلتزام على أطراف المنازعة القيام بإثبات مضمونها، كما أنه يترتب على إعتبارها قاعدة قانونية بأنه لا يسري بشأنها قاعدة (عدم جواز الإعتذار بالجهل بالقانون)، ففي قضية (Vilatte) ذهبت محكمة الإستئناف في باريس في ١٠ فبراير لسنة ١٩٨١ إلى إعتبار العادات التجارية التي إستقرت في مجال بيع وشراء البصل قواعد قانونية يتم تطبيقها حتى إذا لم يوجد إتفاق بين الأطراف على تطبيقها ولا يجوز الإعتذار بجهلها<sup>(٤٦)</sup>. والأمر المهم الذي نود الإشارة إليه في هذه المسألة هو بخصوص الرأي الثاني

(٤١) بلال عنان بدر، المصدر السابق، ص ٤٦١.

(٤٢) د. حمودي محمد ناصر، المصدر السابق، ص ٤٨٩.

(٤٣) سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٣٨.

(٤٤) د. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٤٥٤.

(٤٥) ومن التطبيقات القضائية التي تقر بوجود قواعد قانونية ذات طابع عرفي، الحكم الصادر عن محكمة التمييز اللبنانية في ٤ أبريل لسنة ١٩٦٨ بخصوص منازعة تتعلق بالإعتمادات المستندية إذ قررت المحكمة بأنه "إن العقد الناشئ عن فتح إعتماد مصرفي (مستندي) هو عقد مبني على أعراف التجارة الدولية التي ترعى كيفية إنشائه وأثاره، وهذه الأعراف تقرها جميع المحاكم عبر العالم دون حاجة إليها بأن ترددها إلى تشريعاتها الداخلية أو أن تستنبط بالضرورة من هذه التشريعات ما يبررها، إذ أنه يتكون من الأعراف بحد ذاتها قانون غير مكتوب يفترض بالقاضي أن يعلم به العلم الذي له بسائر القوانين " أشار إليه . د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٩٤.

(٤٦) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٣٣٠ وما بعدها.



الذي إعتبر عادات التجارة الدولية قواعد قانونية، وهذا الأمر لا غبار فيه ولا غبار أيضاً في حالة قيام المحكم في تطبيقها من تلقاء نفسه بدون إختيار الأطراف لها أو بدون الإستعانة بقاعدة من قواعد الإسناد المعروفة في القانون الدولي الخاص، بإعتبارها تشكل قانون نفسه لأنها لا تشكل جزءاً من نظامه القانوني للدولة التابع لها والتي يصدر بإسمها أحكامه بدون وجود مبرر لذلك التطبيق .

ورغم أن البعض قد نفى إمكانية وجود عرف دولي خاص بالمجتمع الإفتراضي، إلا أن ذلك لا يمنع من إخضاع التجارة الإلكترونية لهذه الأعراف والعادات المستقرة، مثلما تخضع العقود التجارية الدولية التي تبرم بالطريقة التقليدية للأعراف والعادات السائدة في نطاقها<sup>(٤٧)</sup>، ومن الأعراف الملزمة التي نشأت في المجتمع الإفتراضي، العرف الذي يضع إلزام على كل من له موقع على شبكة الإنترنت لكي يقوم بعرض سلعه وخدماته أن يقبل الخضوع للتحكيم الإلكتروني المسيطر عليه من قبل مؤسسة (الأيكان)<sup>(٤٨)</sup>، في حالة حدوث نزاع يتعلق بإسم النطاق (الدومين) الذي يستخدمه عنوناً له في المجتمع الإفتراضي<sup>(٤٩)</sup>، لذلك تكون الأعراف والعادات التي ساهم بها المتعاملون عبر شبكة الإنترنت في العالم الإفتراضي والتي نشأت بطريقة تلقائية بعد إستقرارهم عليها من المصادر المهمة والأساسية للقواعد التكميلية<sup>(٥٠)</sup> .

### ثانياً- الممارسات التعاقدية

تعتبر الممارسات التعاقدية أيضاً من المصادر المهمة للقواعد التكميلية والتي ساهمت في خلق قواعد تنظيمية للمعاملات الإلكترونية متبعة من قبل غالبية الدول التي أنتشر فيها الإنترنت والتجارة الإلكترونية، وهذه الممارسات نشأت من العقود التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات شبكة الإنترنت، مثل عقود الإيجار المعلوماتي وعقود إنشاء مواقع إلكترونية<sup>(٥١)</sup>، فالعقد يمكن أن يُكون مجتمعاً خاصاً به يخضع لقانون العقد ذاته، وذلك بعد إتفاق أطراف هذا العقد على ما يجب تطبيقه من الشروط والبنود، ولأجل

(٤٧) لقد حدث خلافاً في الفقه بخصوص تطبيق الأعراف والعادات التجارية السائدة في البيع الدولي على معاملات التجارة الإلكترونية، وهذا الخلاف أما عدم تمتعها بالقوة الملزمة كما رأى البعض أو بسبب الطبيعة الخاصة التي تتميز بها المعاملات الإلكترونية والتي تجعلها غير متوافقة مع هذه الأعراف والعادات، كما أن مصطلحات التجارة الإلكترونية التي وضعتها غرفة التجارة الدولية وإن شكلت عادات إلا أنها لم تأتي بما هو سائد من الممارسات داخل الجماعة الإلكترونية حسب ما يرى بعض الفقه . د. صالح المنزلاوي، المصدر السابق، ص ١٩٠ .

(٤٨) تعرف (ICANN) أو مؤسسة الإنترنت للأسماء والأرقام المخصصة بأنها " منظمة غير ربحية تم تأسيسها دولياً في أكتوبر سنة ١٩٩٨ من قبل إئتلاف عالمي من شركات الإنترنت وجماعات تقنية وأكاديمية لتتولى مسؤولية توزيع مجالات العناوين في بروتوكول الإنترنت لتخصيص معرفات البروتوكول وإدارة نظام سجلات المواقع العامة عالية المستوى، وسجلات المواقع عالية المستوى لرمز الدولة، كما أنها تضطلع بمسؤولية وظائف إدارة نظام الخوادم المركزية، كما يساعد نظام أسماء المواقع على تشغيل البريد الإلكتروني بالشكل الصحيح بحيث تصل رسالتك إلى المرسل إليه المقصود " . د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٠٨ .

(٤٩) (بلال عدنان بدر، المصدر السابق، ص ٤٦١، ٤٦٢ .

(٥٠) د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٤٤ .

(٥١) د. حمودي محمد ناصر، المصدر السابق، ص ٤٨٨، ٤٨٩ .



إكتمال هذه الحرية الممنوحة للأطراف يجب أن يكون هنالك إقرار من قبل الحكومات بهذه الحرية بالإضافة إلى الإمتناع عن سن تنظيمات جديدة<sup>(٥٢)</sup> .

وتبرز أهمية هذه الممارسات، هو أنه بواسطة هذه العقود من الممكن السيطرة على سلوك المتعاملين عبر شبكة الإنترنت، بالإضافة إلى إعتقاد البعض أن العقد المبرم في الفضاء الإلكتروني يفرض واجب الإحترام على المتعاقدين أكثر مما يفرضه القانون ذاته<sup>(٥٣)</sup>، وهذه العقود تضع إلتزامات وحقوق على مقدمي خدمات الموقع، كما وضعت بعض الإلتزامات على عاتق مستخدمي الشبكة والمستفيدين من إمكانياتها، وذلك لأجل إحترام قواعد السلوك المستقرة في مجال التعامل عبر الشبكة والقواعد المنظمة لإستعمالها، بالإضافة إلى إحترام القانون والحياة الخاصة للأشخاص وحقوق الملكية الفكرية<sup>(٥٤)</sup> .

لذلك يتبين لنا أهمية هذه الممارسات في خلق وتكوين القواعد التكميلية لأنها جاءت ببعض الإلتزامات والحقوق والتي إستقر العمل عليها والأخذ بها في المجتمع الافتراضي للإنترنت، وهذه القواعد التي جاءت بها لم توضع إلا من أجل تنظيم جانب من جوانب التعاملات التي تتم عبر الإنترنت، كما أنها تقرض واجب إحترام ما إستقر من قواعد أخرى بالإضافة إلى ما يفرضه القانون من عدم التعدي على الحياة الخاصة للأفراد وإحترام حقوق الملكية الفكرية .

### ثالثاً - العقود النموذجية والشروط العامة

هنالك البعض في عقود التجارة الدولية قد يرغب في تجنب المشاكل الناجمة عن تنازع القوانين أو أن يخفف من حدتها، لذلك يمكنه تحقيق ذلك من خلال قيامه بالإتفاق مع المتعاقد الآخر بخصوص تحديد ما لهما من حقوق وما عليهما من إلتزامات، من زمان ومكان تسليم المبيع وكيفية دفع الثمن ومعاينة المبيع وحالة القوة القاهرة وشروط حدوثها ٠٠٠٠ إلخ، لذلك تكون هنالك حاجة إلى العقود النموذجية والشروط العامة والتي تتكفل بتنظيم هذه المسائل، خصوصاً إن الأطراف هنا سيتبعون نمطاً واحداً<sup>(٥٥)</sup> .

وتعتبر العقود النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية من القواعد المادية والتي كانت هنالك ضرورة في إستحداثها لكي تواكب ما إستجد في نطاق التجارة الدولية، لأن ظهور التقنيات الحديثة وإستخدامها في عملية التعاقد تتطلب قواعد خاصة لتنظيمها<sup>(٥٦)</sup>، فقد يتم الإتفاق بين المتعاملين في نطاق التجارة الإلكترونية على صياغة بعض النصوص والأحكام التي تتعلق بهذا الشأن، كذلك يؤدي الأمر إلى قيام بعض المنظمات المهنية إلى صياغة عقود نموذجية تحتوي على الأعراف والعادات الجارية التعامل بها والأحكام التي ينص عليها في بعض العقود الإلكترونية الأكثر إنتشاراً، كما إن هذه العقود تُعد من المصادر التي ستساهم في تكوين وإكتمال القانون الموضوعي الإلكتروني للمعاملات

(٥٢) طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٤، ص ١٧٨، ١٧٩ .

(٥٣) بلال عدنان بدر، المصدر السابق، ص ٤١٥ .

(٥٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٤٩، ٥٠ .

(٥٥) طارق عبد الله عيسى المجاهد، المصدر السابق، ص ١٩٢ .

(٥٦) د. فراس كريم شيعان، المصدر السابق، ص ٣٤٣ .





التي يجري إتمامها عبر شبكة الإنترنت، خصوصاً أنها تعطي صورة واضحة عن دور الإرادة في خلق القواعد المكونة لهذا القانون (القواعد التكميلية)<sup>(٥٧)</sup>.

وتعرف العقود النموذجية بأنها " وثيقة مكتوبة أعدت سلفاً بواسطة المنظمات المهنية الدولية أو مجموعات المشروعات المرتبطة، بشكل يتوافق مع الأعراف والعادات التجارية الدولية، والتي قبلها المتعاقدون بعد ضبطها لتلائم مع مقتضيات التعامل بينهم"<sup>(٥٨)</sup>.

ومن هذه العقود جمعية لندن لتجارة القمح والتي أخذت على عاتقها إعداد عقود نموذجية أو شروط عامة، والتي عملت على توحيد العقود والمعاملات في تجارة الحبوب، وقد استطاعت في فترة سابقة أن تقدم مجموعة تضم حوالي ستين صيغة عقدية، وهذه الصيغ لم تقتصر على أعضاء الجمعية بل قد أشار إليها في العقود الخاصة بالحبوب في مختلف أرجاء العالم<sup>(٥٩)</sup>، أما في مجال التجارة الإلكترونية يعتبر الإتفاق النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية (ICC) بشأن التبادل الإلكتروني للبيانات (EDI) عن طريق شبكات الحواسيب الآلية من العقود النموذجية، وكذلك يعتبر من العقود النموذجية إتفاق التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا لسنة ١٩٩٥ لغرض الإستعمال التجاري الدولي للتبادل الإلكتروني للبيانات<sup>(٦٠)</sup>.

أما الشروط العامة فهي شروط يتم الإتفاق عليها بين تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة ويلتزمون بإرادتهم الحرة بإتباع هذه الشروط في الصفقات التي يبرمونها والتي تتعلق بهذه السلعة، وسميت بالشروط العامة لأنها الشروط العادية التي يتم بمقتضاها التعامل في السلعة ولكن إذا أراد الأطراف إدخال تعديلات عليها تلائم الصفقة الخاصة التي يبرمونها فيمكنهم القيام بذلك بشرط أن لا يترتب على هذه التعديلات حدوث تغيير جوهري في مضمون هذه الشروط<sup>(٦١)</sup>، ومن الشروط العامة المنتشرة على النطاق الدولي، الشروط والأحكام الموحدة للنقل الدولي بالسكك الحديدية التي تضمنتها إتفاقية برن لسنة ١٩٦٥<sup>(٦٢)</sup>.

والكيفية التي جاءت بها هذه الشروط لتصبح ملزمة الأخذ بها، هي نتيجة التواتر عليها في بعض العقود اللازمة لمباشرة التجارة الإلكترونية، ويتم وضع هذه الشروط عن طريق الجهات الفنية أو التجارية المختصة بذلك، والتي تضع إلزام على كل من يريد التعاقد عن طريق شبكة الإنترنت أن يبدي موافقته على هذه الشروط، ومن ذلك، الشروط الموجودة في عقود الإتصال التي يقوم بوضعها مورد خدمة الإتصال والتي تضع إلزام على مستخدم الشبكة التقيد بها، كشرط وجوب إلزام المشترك بالقواعد

(٥٧) د. إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣١١.

(٥٨) سلامة فارس عرب، وسائل معالجة إختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٨٠، ٣٨١.

(٥٩) د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢، ص ١٠٢.

(٦٠) د. صالح المنزلاوي، المصدر السابق، ص ١٧٨.

(٦١) خليل إبراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ١٢٠.

(٦٢) هاويزين حامد حسين، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٦، ص ١٦٧.



السلوكية والمهنية وكذلك بعض المبادئ القانونية<sup>(٦٣)</sup>. وتحقق العقود النموذجية والشروط العامة مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي، مما يجعل الأخذ بمنهج تتنازع القوانين أمراً نادراً<sup>(٦٤)</sup>، بالإضافة أنها أصبحت تمثل عادات مألوفة في التعامل في نطاق المهنة الخاصة بالتجار، وبالتالي مصدراً من مصادر التجارة الدولية، ولكنها لا تتمتع بعنصر الإلزام إلا في حالة إتفاق الأطراف على تطبيقها، بالإضافة أن لهم حق التعديل فيها<sup>(٦٥)</sup>.

ومن خلال ذلك يتبين لنا مدى أهمية العقود النموذجية والشروط العامة في تكوين القواعد التكميلية من خلال تكوينها لعادات وأعراف جرى التعامل عليها خصوصاً أنها تعبر عن رغبة الأطراف وقبولهم في حل المنازعات الناشئة بينهم بناءً على الأعراف والعادات المستجدة من العقود النموذجية والشروط العامة والتي يجب الأخذ بها من قبل الهيئة الفاصلة في النزاع وبالتالي تحولها إلى قواعد قانونية.

#### رابعاً- المبادئ العامة للقانون

تُعد المبادئ العامة للقانون من مصادر القواعد التكميلية وهذه المبادئ من وضوح تسميتها يعني أنها لا تختص بنوع معين من المنازعات، أو أنها تخص بنظام معين وإنما تشترك بها كافة النظم القانونية، ومن هذه المبادئ مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية، ومبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب، ومبدأ كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم صاحبه بالتعويض، وغيرها من المبادئ الأخرى الموجودة في الأنظمة الداخلية للدول والتي توصل إليها قضاء التحكيم<sup>(٦٦)</sup>، ويتم إستخلاص هذه المبادئ من قبل القاضي أو المحكم عندما تستند إليه العلاقة كقانون واجب التطبيق، والتي تعتبر عاملاً مشتركاً بالنسبة لمعظم الأنظمة القانونية، وتستند هذه المبادئ على مبدأ حسن النية<sup>(٦٧)</sup>، والعديد من المحكمين يفضلون هذه المبادئ في تسبب أحكامهم للتخلص من مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق أو التخلص من مشكلة إثبات مضمون هذا القانون بعد تحديده<sup>(٦٨)</sup>.

وهناك البعض من الإتفاقيات الدولية عند تطبيقها قد تبنت الكثير من المبادئ العامة التي أستقر العمل عليها، كإتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠ التي تبنت مثلاً مبدأ حسن النية في التعامل، ومبدأ العقلانية ومبدأ التعاون بين الأطراف، وغيرها من المبادئ الأخرى<sup>(٦٩)</sup>، كما أن هنالك العديد من الأعمال التشريعية والتعاقدية التي أوصت بالرجوع إلى هذه المبادئ لغرض تلافي النقص والقصور وعدم الملائمة في قواعد تتنازع القوانين عند الإستناد إليها لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن

(٦٣) د. فراس كريم شيعان، المصدر السابق، ص ٣٤٤.

(٦٤) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ١٩٩.

(٦٥) طارق عبد الله عيسى المجاهد، المصدر السابق، ص ١٢١.

(٦٦) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ٢٠٠.

(٦٧) خليل إبراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ١٢١.

(٦٨) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، منشورات الطبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٧٤٥.

(٦٩) هاوزين حامد حسين، المصدر السابق، ص ١٦٦.



هذه الأعمال نص المادة الثانية من القرار المتخذ من قبل مجمع القانون الدولي المنعقد في أئينا سنة ١٩٧٩ بأن " الأطراف يستطيعون خصوصاً إختيار قانون العقد ..... أو المبادئ العامة للقانون .....". وكذلك في قضية ((Aminoil)) المعروضة على التحكيم بصدد نزاع بين الكويت وإحدى شركات البترول الأجنبية سنة ١٩٨٢، فقد جاء في مشاركة التحكيم بأن " القانون الذي يحكم المسائل الجوهرية ..... بالنظر إلى .... ومبادئ القانون ... " (٧٠).

### خامساً- قواعد السلوك

قواعد السلوك هي القواعد والأحكام التي يتم وضعها من قبل المتعاملين في شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) لكي يتم ضبط التعامل بالأساليب المهنية السليمة، وهذه القواعد تحقق الطمأنينة والأمان وتشجع على إستخدام الوسائل التكنولوجية المتنوعة عند التعامل مع الآخرين، سواء كانوا في نفس الهيئة الفنية أو خارجها، وتعتبر هذه القواعد أحد مصادر القواعد التكميلية إذا حظيت بالتنظيم الواضح والملمز، والتي تحتوي على حدأ أدنى من الأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها كل من يتعامل أو يستفيد عند التعامل مع أصحاب هذا العالم الافتراضي<sup>(٧١)</sup>، ولا يمكن القول بصعوبة وضع التنظيم الأمر الذي يحكم هذه المعاملات بسبب طبيعة الشبكة بالإضافة إلى التنوع في أنماط المتعاملين<sup>(٧٢)</sup>.

وتبرز أهمية هذه القواعد في وضع حد أدنى من الأحكام والمبادئ المشتركة والتي تضع إلزام بمراعاتها من قبل كل من يتعامل في المجتمع الافتراضي للإنترنت، مثل " قواعد السلوك الموحدة للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية عن طريق الإرسال عن بعد " والتي تم وضعها من قبل غرفة التجارة الدولية (ICC) في سنة ١٩٨٧ بمساعدة بعض المنظمات الدولية<sup>(٧٣)</sup>، كما قدمت دليل إرشادي متعلق بالمصطلحات الإلكترونية (E-terms) والتي أصبحت سارية المفعول في سنة ٢٠٠٣ لكي يتم إستخدامها من قبل الأطراف عند مباشرة صفقاتهم التجارية عبر الوسائط الإلكترونية، وكذلك من المؤسسات التي قامت أيضاً بوضع هذه القواعد في مجال التجارة الدولية، مركز الأمم المتحدة لتسهيل التجارة والأعمال الإلكترونية (UN/cefact) والذي إعتد في آذار لسنة ٢٠٠١ توصية بعنوان ( قواعد السلوك النموذجية للتجارة الإلكترونية ) وهذه التوصية عبارة عن وسيلة لغرض تسهيل صفقات التجارة الإلكترونية، وهذه القواعد تهدف إلى تنظيم التجارة الإلكترونية وسيادة السلوك الأخلاقي القويم على شبكة الإنترنت<sup>(٧٤)</sup>، ومن قواعد السلوك التي نشأت ضمن نطاق أنشطة الإنترنت، الشرعة الخاصة بالنشر الإلكتروني التي تم التوقيع عليها في تاريخ ٢١/٤/ لسنة ٢٠٠٠ من قبل تجمع ناشري الخدمات عبر

(٧٠) سعد الدين محمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بو علي - الشلف، ٢٠٠٨، ص ٩٣.

(٧١) د. نبيل زيد مقابلة، المصدر السابق، ص ٩٦.

(٧٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٥٢.

(٧٣) د. صالح المنزلاوي، المصدر السابق، ص ١٦٨.

(٧٤) طه ياسين كاظم حسن المولى، المصدر السابق، ص ١٨٠، ١٨١.



الشبكات، والتي نصت على إتخاذ موقف موحد أزاء العديد من القضايا الخاصة بحماية الملكية الفكرية ضمن مناخ النشر الإلكتروني عبر الشبكات، من أهمها حول أصول حق الإستشهاد في المقالات عبر وصلات النص وعبر قواعد البيانات المعلوماتية<sup>(٧٥)</sup>.

نلاحظ مما تقدم الأهمية التي تتميز بها هذه القواعد بالإضافة أنها أكثر توافقاً من غيرها، بعد الأعراف والعادات التجارية المستقرة، مع المتعاملين في المجتمع الافتراضي، لذلك تكون أكثر ملائمة لهم، لأنه تم وضعها من قبل هؤلاء المتعاملين لضبط سلوكهم في المعاملات التي يبرمونها داخل المجتمع الخاص بهم، وبالتالي تجاوزها لمرحلة القبول والإعتراف بها حتى تتمتع بالإلزام، وهذه القواعد جاءت بحد أدنى من الأحكام التي يجب أن يريها كل من يتعامل أو يستفيد من التعامل مع أصحاب هذا المجتمع .

### سادساً- التوصيات والإتفاقيات الدولية

تُعد التوصيات والإتفاقيات الدولية من مصادر القواعد التكميلية، فقد يتم إبرم إتفاقية يكون الهدف منها هو وضع قواعد موضوعية موحدة بقصد تنظيم نوع معين من العلاقات الخاصة الدولية، ومن هذه الإتفاقيات إتفاقية تريس لسنة ١٩٩٤<sup>(٧٦)</sup>، والإتفاقية العالمية لحقوق المؤلف لسنة ١٩٧١<sup>(٧٧)</sup>، وتم التوقيع على إتفاقية دولية تتعلق بالملكية الأدبية والفنية في العالم الرقمي في جنيف سنة ١٩٩٦ برعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)، ومن الإتفاقيات الصادرة في هذا الشأن أيضاً، إتفاقية مجلس أوروبا بخصوص حماية البيانات ذات الطابع الشخصي وتدفقها عبر الحدود رقم (١٠٨) لسنة ١٩٨١<sup>(٧٨)</sup>، وتتميز هذه القواعد الصادرة عن الإتفاقيات الدولية بإستجابتها للطبيعة الخاصة لهذه العلاقات، وبالتالي تطبق عليها تطبيقاً مباشراً دون حاجة لإعمال منهج قواعد الإسناد، بالإضافة إلى تمتعها بعنصر الإلزام الذي تتمتع به قواعد القانون الداخلي وبالتالي يلزم القاضي الوطني بتطبيقها على كل علاقة خاصة دولية تعرض عليه بصورة تلقائية ودون الحاجة لإعمال منهج قواعد الإسناد<sup>(٧٩)</sup>، ومن التوصيات الصادرة في هذا الشأن، توصيات منظمة التعاون والتنمية الأوروبية حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود لسنة ١٩٨٠<sup>(٨٠)</sup>، كما أصدر الإتحاد الأوروبي في ٨ حزيران لسنة ٢٠٠٠ إرشاداً (Directive) يُعرف بـ (الإرشاد حول التجارة الإلكترونية) تناول فيه بعض الجوانب القانونية للخدمات ضمن مجتمع المعلومات، وقد تناولت فيه مجموعة من المسائل الخاصة بالتجارة الإلكترونية ومن هذه المسائل، مبدأ إعتراف التشريعات الوطنية (الأوروبية) للخدمات في مجتمع المعلومات، ووجوب عدم

(٧٥) بلال عدنان بدر، المصدر السابق، ص ٤٤٣.

(٧٦) تعتبر إتفاقية تريس واحدة من إتفاقيات الجات لسنة ١٩٩٤ وتُعرف بإسم (إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية) وهي أحدث إتفاقية دولية بشأن حماية التكنولوجيا وحقوق المؤلف بصفة عامة . د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، المشكلات العملية والقانونية في التجارة الإلكترونية، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص ٩٤.

(٧٧) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ١٨٥.

(٧٨) د. صالح المنزلاوي، المصدر السابق، ص ١١٩.

(٧٩) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ١٨٦.

(٨٠) د. حمودي محمد ناصر، المصدر السابق، ص ٤٩٢.



تقييد حرية تبادلها بين الدول الأعضاء<sup>(٨١)</sup> .

والقواعد التي تتضمنها الإتفاقيات قد تكون قواعد مادية مباشرة كما هو الحال مثلاً في المعاهدات الخاصة بنقل التكنولوجيا، مثل إتفاقية جنيف لسنة ١٩٨٧ الخاصة بالتسجيل الدولي للإختراعات، وغيرها من المعاهدات الدولية الأخرى، كما قد تكون قواعد إسناد تعين القانون الواجب التطبيق، مثل إتفاقية لاهاي بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنفولات المادية، بيد أن هذه المعاهدات عندما تطبق على العلاقة القانونية موضوع النزاع وذلك لإعتبارها نصوصاً قانونية وطنية إذا كان الأطراف ينتمون إلى دولة موقعة على المعاهدة، ولكن من الممكن تطبيقها حتى وإن كان الأطراف ينتمون إلى دول غير موقعة على الإتفاقية بصفتها كاشفة عن القواعد السائدة في مجال المعاملات الدولية<sup>(٨٢)</sup> .

### سابعاً- أحكام التحكيم الدولي

لم يعد التحكيم في عالم اليوم مقتصرًا على المنازعات الداخلية وإنما تعداه إلى منازعات العقود الدولية فكان له دور كبير في تكوين الكثير من القواعد الموضوعية، فقد عمل قضاء التحكيم جاهداً في الحصول على الحلول الذاتية التي تتناسب مع معاملات عقود التجارة الدولية من خلال ما تم إرسائه من العادات والقواعد التي لا وجود لها في الأنظمة الداخلية، فقد ساهم قضاء التحكيم الدولي في خلق عادات جديدة نتيجةً لتكرار الأخذ بذات الحل في المنازعات المعروضة عليه والتي تتعلق بإبرام وتنفيذ العقود الدولية<sup>(٨٣)</sup> .

وعندما تقوم النصوص الوطنية بإعطاء المحكم الدولي إمكانية تطبيق أو مراعاة الأعراف الدولية<sup>(٨٤)</sup>، فإنه سوف يكون هنالك مساحة كبيرة له تمكنه من الدعوة إلى تكوين قانون خاص بالتجارة الدولية من خلال ما يتم إعماده من الممارسات الدولية السائدة وقواعد السلوك التي تضعها التنظيمات ذات الطابع المهني<sup>(٨٥)</sup>، كما إن قيام المحكمين بخلق حلولاً جديدة تكون واجبة الإلتباع لأجل ملائمتها مع ظروف التجارة الدولية ومتطلباتها وتطبيقها على المنازعات المعروضة عليهم ومن ثم الإستناد إليها في القضايا اللاحقة سيؤدي إلى تحولها من مجرد سوابق فردية إلى قواعد تتسم بالعموم والتجريد الذي إكتسبته من تكرار الحكم بمقتضاها على ما يعرض عليهم من منازعات، وهذا الإستقرار من قبل قضاة التحكيم يؤدي في نهاية الأمر إلى إضفاء صفة القانون

(٨١) د. طوني ميشال عيسى، المصدر السابق، ص ٤٧٠.

(٨٢) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، المصدر السابق، ص ٧٥٠.

(٨٣) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ١٩١.

(٨٤) ومن هذه النصوص، نص المادة (١٠٥٠) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم (٠٨-٠٩) لسنة ٢٠٠٨ والتي نصت بأنه " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة " ، وكذلك نص المادة = (٣/٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ التي نصت بأنه " يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة " .

(٨٥) د. محمد إبراهيم موسى، إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ١٤١.



عليها<sup>(٨٦)</sup> .

وقد أعتبر التحكيم من مصادر القواعد التكميلية لما يقوم به من دور كبير في خلق القواعد الموضوعية وتطبيقها على النزاع وبالذات عند عدم إتيان الإرادة في اختيار قانون معين يكون هو الواجب التطبيق، وهذه الحرية الممنوحة للمحكم في تعيين القواعد الأكثر ملائمة لطبيعة النزاع لغرض تطبيقها عليه، قد أقرها الفقه وغالبية قضاء التحكيم بالإضافة إلى الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، ويقوم المحكمون بخلق الحلول التي تكون ملائمة لظروف التجارة الدولية ومتطلباتها لغرض إتباعها، خصوصاً أن دورهم يكون أكثر وضوحاً تجاه النقص الذي تعاني منه قواعد القانون التجاري الدولي أيضاً، والتي لم تستطيع لحد الآن تكوين النظام القانوني المتكامل، لذلك يقوم المحكم بإعطاء حلولاً تقوم على العدالة ونتيجةً لتكرار الأخذ بها كونت قواعد تكميلية<sup>(٨٧)</sup> .

وفي الوقت الحاضر برز التحكيم الإلكتروني<sup>(٨٨)</sup>، كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الإلكترونية، وتأتي أهمية هذه الوسيلة من ناحية السرعة في عملية أدائها وملائمتها لما يستجد في التجارة الإلكترونية من تطورات متلاحقة خصوصاً إن من يمارس هذه الوظيفة هم من رجال هذه التجارة، وهذا الأمر يوفر الإطمئنان لأنهم يمتلكون الخبرة الكافية بالإضافة إلى تطلعهم بفروعها المختلفة، وكذلك تأتي أهميتها من ناحية توفر هذه الوسيلة بين مستخدمي شبكة الإنترنت<sup>(٨٩)</sup>، وتمثل القرارات الصادرة عن التحكيم الإلكتروني في الغالب مصدراً للقواعد التكميلية كما أنها تتفادى مشكلة تحديد الإختصاص القضائي عند تنازع المحاكم التي تبدي إختصاصها لحكم المسألة موضوع النزاع إذا تم تطبيق المعايير التي تقود إلى تحديد ذلك الإختصاص<sup>(٩٠)</sup>، إلا أن نجاح هذه الوسيلة في التقاضي مازال محدوداً بالرغم من الدعوة إليها من قبل أنصار القانون الإلكتروني<sup>(٩١)</sup> .

نستنتج من ذلك قضاء التحكيم يعتبر من مصادر القواعد التكميلية لأنه ساهم بتطبيقه لما هو سائد من الأعراف والعادات التجارية الدولية في تكوين قواعد موضوعية

(٨٦) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٢٤٣.

(٨٧) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، المصدر السابق، ص ٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢.

(٨٨) عرف جانب من الفقه التحكيم الإلكتروني بأنه " أسلوب إتفاقي يتم من خلاله إخضاع المنازعات الناشئة أو التي سوف تنشأ في المستقبل والناتجة عن علاقات التجارة الإلكترونية أو العلاقات التجارية العادية إلى تحكيم خاص يتم بإجراءات قانونية " . ختام عبد الحسن شنان كريم، تسوية منازعات التجارة الإلكترونية عبر الإتصال الحاسوبي المباشر، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٥، ص ٨٩.

(٨٩) والسبب الذي يؤدي للجوء إلى التحكيم وخصوصاً التحكيم الإلكتروني في منازعات عقود التجارة الإلكترونية هو إزداد حجم العقود المبرمة عن طريق الإنترنت لأن اللجوء إلى القضاء العادي يعتبر عبئاً كبيراً على أطراف المنازعة وذلك لإعتبار عقود التجارة الإلكترونية من العقود المبرمة عن بعد بالإضافة إلى ما تثيره مثل هكذا منازعات إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق عند عرضها أمام القضاء كما إن أهمية الموقع الذي يحتلته التجارة الإلكترونية مؤخراً في مجال التبادل التجاري الدولي يدعو إلى التحرز من فقدانها لذلك الموقع . أميرة حسن الرفاعي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٤٣٤، ٤٣٥. وقد وصف التحكيم بصورة عامة بأنه بديل مسموح به يتمتع بالولاية القضائية التي يتمتع بها القاضي العادي . Samir Saleh, Commercial Arbitration . in the Arab Middleeast, A Study in Shari a and Law, Graham Trotman, London . p. ١٩٨٤، ٢٠.

(٩٠) د. فراس كريم شيعان، المصدر السابق، ص ٣٣٥.

(٩١) د. صالح المنزلاوي، المصدر السابق، ص ١٨١.



نتيجةً لتكرار الأخذ بها والإستناد إليها في المنازعات اللاحقة، وهذا التكرار أدى إلى إستقرارها وبالتالي أصبحت قاعدة قانونية تكونت من غير الطريق الطبيعي لسن القوانين.

### ثامناً- قواعد العدالة

لقد أعتبرت قواعد العدالة من المصادر التي كان لها دور كبير في تكوين القواعد التكميلية، وتعرف بأنها مجموعة من الأفكار والمفاهيم السائدة في الأوساط التجارية والمستقرة في ضمائر أفرادها عما هو حق وعدل، وقد قام قضاء التحكيم التجاري الدولي على تطبيقها في الحالة التي يتفق فيها الأطراف على تفويض المحكم بأنه عند الفصل في النزاع يجب أن يتم الحكم بمقتضاها، وهذا النوع من التحكيم يدعى بالتحكيم مع التفويض بالصلح، ومن القوانين التي أجازت هذا التحكيم قانون التحكيم الأردني في المادة (٣٦/د)، فقد أجازت هذه المادة لهيئة التحكيم بعد إتفاق الأطراف صراحةً على تفويضها بالصلح أن تفصل في العلاقة القانونية محل النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف وعدم التقيد بأحكام القانون<sup>(٩٢)</sup>.

والسبب الذي يلجأ من خلاله المحكمين إلى تطبيق قواعد العدالة لغرض الوصول إلى الحل الواجب الإتباع هو عدم وجود قاعدة موضوعية في الأعراف والعادات التجارية الدولية أو في المبادئ العامة المشتركة، بيد إن المحكم عندما يعمل جاهداً لأجل تحقيق العدل ليس المراد به العدل المطلق وإنما العدل الذي يفهمه مجتمع التجارة والمال والذي يكون متعارف عليه ومتكون من هذا المجتمع ومن الأمثلة المعروفة على القواعد التي إستتبها التحكيم بإسم العدالة في مجال التجارة الدولية فكرة " التوزيع المتساوي للمخاطر الناتجة عن القوة القاهرة، رغم إن القوة القاهرة تعفي المدين أصلاً من إلزامه"<sup>(٩٣)</sup>.

لذلك تعتبر قواعد العدالة من مصادر القواعد التكميلية والتي جاءت لسد العجز في قواعد القانون التجاري، ويتم إستخدام هذه القواعد من قبل المحكم في بناء الحكم الذي سوف يصدره بعد إتخاذها لطابع التكرار والعمومية، كما إن على المحكم أن يأخذ في الإعتبار المبادئ العامة للقانون وواقع التجارة الدولية حتى يتوصل بعد ذلك إلى الحل النهائي الذي سوف يصدره بإسم العدالة، بالإضافة إلى الأخذ بفكرة العدالة يقتضي عدم وجود قاعدة قانونية أو أن هنالك صعوبة في تطبيقها على النزاع لعدم ملائمتها له أو قد يصيب أحد أطراف النزاع ضرر محقق إذا تم تطبيقها، وقد أخذت العديد من التشريعات والإتفاقيات الدولية بفكرة التحكيم على أساس قواعد العدالة<sup>(٩٤)</sup>، بيد أن إستخدام هذه الفكرة لا تؤدي إلى إستبعاد قواعد القانون بصورة كلية<sup>(٩٥)</sup>.

(٩٢) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ٢٠٢.

(٩٣) د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص ٨٩.

(٩٤) نصت المادة (٤/٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بأنه " يجوز لهيئة التحكيم - إذا إتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون " .

(٩٥) خليل إبراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ١٢٤، ١٢٥.

## المبحث الثاني

### القيمة القانونية للقواعد التكميلية

إن القواعد التكميلية تعتبر البديل الذي يتم تطبيقه على المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الإلكترونية بعد أن تُبَيَّنَ عدم ملائمة قواعد الإسناد التقليدية عن حكم وتنظيم معاملات هذه التجارة، فهذه القواعد جاءت للضرورة التي تقتضي تطبيقها على هذه العقود، ولكن يجب أن نسأل السؤال الآتي: هل تتمتع القواعد التكميلية بصفة النظام القانوني لكي تستطيع تكوين النظام الخاص بها والمستقل عن منهج قواعد الإسناد؟، وإذا تمتعت بهذه الصفة ماهي القوة الملزمة للقواعد المكونة لهذا النظام؟، الأمر الذي يجعلنا نتناول ذلك من ناحيتين، فنبين مدى تمتع القواعد التكميلية بصفة النظام القانوني في المطلب الأول، ومدى قوتها الملزمة في المطلب الثاني .

#### المطلب الأول: مدى تمتع القواعد التكميلية بصفة النظام القانوني

إن أي نص أو قاعدة لكي يتم تطبيقها يجب أن تنتمي لنظام قانوني معترف به، والقواعد التكميلية عند تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية يجب أن تكون كذلك، خصوصاً أنها تطبق على منازعات خاصة ولم يسن لحد الآن تشريع خاص بها لا يعاني من النقص والقصور التشريعي، لذلك ثار الخلاف حول تمتع هذه القواعد بصفة النظام القانوني، بين إتجاه أنكر على هذه القواعد تمتعها بصفة النظام القانوني بصورة نهائية وقد أورد حجج وأسانيد تؤيد ذلك سوف نتناولها في الفرع الأول، وإتجاه ثاني أضفى على هذه القواعد صفة النظام القانوني الكامل وقد فند الحجج التي قُدمها أصحاب الإتجاه الأول بما يؤيد إتجاههم الذي ذهبوا إليه، نتناولها في الفرع الثاني، إلا أن هنالك تجاه ثالث أضفى على هذه القواعد صفة النظام القانوني ولكنه يرى أنها لم تبلغه بالكامل، نتناوله في الفرع الثالث .

#### الفرع الأول: عدم تمتع القواعد التكميلية بصفة النظام القانوني

ينكر هذا الإتجاه على القواعد التكميلية تمتعها بصفة النظام القانوني وذلك من النواحي التالية:

##### أولاً: عدم وجود المجتمع المكون لهذه القواعد

يرى أصحاب هذا الإتجاه عدم وجود مجتمع حقيقي لمعاملات التجارة الإلكترونية يسوده الإنسجام والتضامن وهذا المجتمع إن صح التعبير يطلق عليه مجتمع يفقد إلى التركيبية أو الجوهر المشترك (Sans Structure Commune)<sup>(٩٦)</sup>، لذلك توجد صعوبة في الجزم بوجود المجتمع الإفتراضي المنظم ذو النظام القانوني<sup>(٩٧)</sup>، والخاص

(٩٦) د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٩٧.

(٩٧) يعرف النظام القانوني بأنه " مجموعة من القواعد المتناسقة والتي تتكون من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، على أن هذه القواعد يجب أن تكون ذو رؤية لما تنظمه في داخل الوحدة الإجتماعية التي تحكمها، مع وجود تنظيم عضوي أو من قبل هيئة لها القدرة على خلق قواعد سلوكية " د. أحمد عبد الكريم سلامة،





فقط بمن يتعامل ضمن نطاق التجارة الإلكترونية، لعدم الترابط والتجانس بين أشخاص هذا المجتمع، الأمر الذي يؤدي إلى تعارض في المصالح<sup>(٩٨)</sup>، وهذا الإفتقار للترابط والتجانس يؤدي إلى صعوبة القول بوجود الأعراف المتعلقة بهذا المجتمع أو قلة وجودها فيه، كما أن المتعاملين عبر شبكة الإنترنت لا ينتمون لنظام قانوني معين بالإضافة إلى تعدد الطوائف التابعين لها إجتماعياً وفكرياً وثقافياً وهذا الأمر بدلاً من أن يؤدي إلى تكوين الأعراف الموحدة وبالتالي ظهور التنظيم الموحدة لهذه الجماعة والذي يعتبر أساساً لقيام النظام القانوني الخاص بالمجتمع الافتراضي، أدى إلى تعدد الأعراف والعادات بتعدد الطوائف لأن كل طائفة منها تسعى للحفاظ على مصالحها التي تتعارض مع مصالح الطائفة الأخرى<sup>(٩٩)</sup>.

كما الدول غير متعاونة في هذا المجال ولم تقبل بتطبيق القانون الذي يتكون من هذه القواعد ( القانون الدولي الإلكتروني للمعاملات عبر الإنترنت) على المنازعات التي يكون أحد مواطنيها أطرافاً فيها، بالإضافة إلى مصالح الدول الإقتصادية والسياسية سوف تكون عائق لكل محاولة لتكوين هذا القانون، مع نفي وجود المجتمع الافتراضي لأن أصحاب هذا المجتمع هم أشخاص حقيقيون لهم حقوق وعليهم التزامات، وبالنسبة لإلتزاماتهم في هذه الحالة يتم القيام بها عن طريق الحسابات الموجودة في المصارف في أماكن محددة يسهل التعرف عليها، وحتى وسائل الإتصال المستخدمة في ذلك توجد ضمن أقاليم محددة، وبالتالي من الممكن تطبيق القانون الوطني للدولة التي يوجد فيها هذا الإقليم حسبما تحدده قواعد تنازع القوانين، ولهذا لا يوجد إختلاف بين من لا يتعامل عن طريق الإنترنت وبين المتعاملين في ذلك كما يرى أصحاب هذا الإتجاه<sup>(١٠٠)</sup>.

ويلاحظ على ذلك، صعوبة الإتفاق مع أصحاب هذا الإتجاه بخصوص هذه المسألة، ففي بداية الأمر نقول صحيح أن الدول لم تقبل بتطبيق قانون لا ينتمي إليها على المنازعات التي يكون أحد مواطنيها أطرافاً فيها، ولكن إرادة الأطراف هنا هي التي قبلت بتطبيق هذه القواعد على منازعاتهم بإعتبارها تمثل قانون الإرادة بالنسبة للأطراف، كما أن هذه القواعد إذا لم تكن مخالفة للنظام العام فإنه ليس من المعقول مصالح الدول سوف تكون عائقاً أمام تكوين هذه القواعد للقانون الخاص بها، كما أنه لا يمكن إنكار وجود المجتمع الافتراضي على إعتبار إن أعضاء هذا المجتمع هم أشخاص حقيقيون لا يختلفون عن أعضاء المجتمعات الأخرى، لأنه بالتأكيد أن يكون أشخاص حقيقيين، لأن الإفتراض يكون على المجتمع المكون لهذه الأشخاص وليس على أشخاص هذا المجتمع، لأنه لم يتم الجزم بصورة نهائية بإستقلال هذا المجتمع والإعتراف به من قبل حكومات الدول والمنظمات الدولية والإقليمية .

ويرى أصحاب هذا الإتجاه أن المؤيدين لفكرة العالم الافتراضي يبالغون في تصوير الإختلافات بين المعاملات ذات الطابع الدولي المبرمة عبر الإنترنت والمعاملات التي

القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٦٢.

(٩٨) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ٢٠٤.

(٩٩) د. فراس كريم شيعان، المصدر السابق، ص ٣٤٩.

(١٠٠) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ٢٠٤، ٢٠٥.

تبرم بالوسائل التقليدية، فكل هذه المعاملات يتم القيام بها من قبل أشخاص أو جهات تختلف في إنتمائها إلى دول أو أنظمة قانونية وتحدث نفس التأثير في عالم الواقع بالإضافة إلى حق الدولة في التدخل في كلا الحالتين عما يمس مصالحها أو مواطنيها نتيجة تلك المعاملة، فعند قيام أحد الأشخاص بالنشر عبر الإنترنت بما يمس سمعة وكرامة شخص آخر من السب أو القذف أو التشهير لا يختلف عندما يقوم بنشرها في مجلة أو صحيفة توزع في أكثر من دولة<sup>(١٠١)</sup>.

ويلاحظ على ذلك، إن أصحاب هذا الإتجاه وبخصوص هذه المسألة هم من بالغوا، صحيح أن الأشخاص أو الجهات التي تقوم بهذه الأفعال سواء بالوسائل التقليدية أو عن طريق الإنترنت تختلف عن بعضها في إنتمائها إلى دول وأنظمة قانونية وتحدث نفس التأثير، إلا أن هنالك إختلافات جوهرية بين ما ينشر عبر الإنترنت وما يتم نشره بمجلة بما يمس سمعة أحد الأشخاص، ومن هذه الإختلافات السرعة في معرفة المعلومة ووصولها إلى عدد كبير من الأشخاص إذا تمت عن طريق الإنترنت، كما أنه عند نشرها في الصحيفة أو المجلة يسهل في التعرف على المصدر الناشر لها عن طريق أسم المجلة أو الصحيفة خصوصاً إذا كانت من الصحف أو المجلات المعروفة عالمياً، أما عند نشرها عن طريق الإنترنت فهناك صعوبة في بعض الأحيان للتعرف على المصدر الذي قام بنشرها وبالذات إذا كانت جهة مجهولة .

### ثانياً: عدم صلاحية هذه القواعد في تكوين القاعدة القانونية

لكي تتمتع القواعد التكميلية بصفة النظام القانوني أو لكي يوجد النظام القانوني يجب أن تكون هناك قواعد أمرة لأن النظام القانوني لا يقوم إلا بوجود القواعد الأمرة، بينما القواعد التكميلية بما أنها من القواعد الموضوعية فأنها قواعد مكملة لأنه يتم تفعيلها عن طريق إرادة الأفراد في التجارة الدولية، ويكون للأفراد حق التعديل عليها مثلما هو الحال في العقود النمطية والشروط العامة<sup>(١٠٢)</sup>، لذلك لا وجود للقواعد الأمرة الخاصة بالتجارة الدولية في هذا المجتمع الافتراضي والذي يتميز بالتناثر والتنافس بالإضافة إلى إفتقاره للتنظيم الحقيقي الذي يعطيه الوحدة التي تجعله مستقلاً عن المجتمعات الأخرى<sup>(١٠٣)</sup>، لأن أساس أي نظام قانوني هو وجود الجماعة أو التنظيم وهذا التنظيم يصعب وجوده في ظل الجماعة المكونة للمجتمع الافتراضي للإنترنت لأنها غير متماسكة ومتضامنة وبالتالي ينقصها التنظيم اللازم لقيام هذا النظام<sup>(١٠٤)</sup> .

كذلك عادات التجارة وإن إعتبرت مصدراً للقواعد التكميلية إلا أن الفريق الرافض لفكرة تمتع هذه القواعد بصفة النظام القانوني يرى عدم صلاحيتها في تكوين قواعد قانونية بالمعنى الدقيق وذلك لأنها لم تكن إلا عادات إتفاقية (des usages conventionnels)، وحتى المبادئ العامة للقانون وإن إعتبرت كمصدر إحتياطي للقاعدة الدولية، وذلك حسب نص المادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية، إلا أن هذا لا يساعد في منحها الصفة

(١٠١) د. محمد محمود علي، المصدر السابق، ص ١٤١.

(١٠٢) بلال عدنان بدر، المصدر السابق، ص ٤٨١.

(١٠٣) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ٢٠٥.

(١٠٤) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، المصدر السابق، ص ٤٦.



القانونية، لأنها لا تقصد إن هذه القواعد تشكل نظاماً قانونياً<sup>(١٠٥)</sup>.

ويرى أصحاب هذا الإتجاه بأنه عندما ننظر إلى هذه القواعد المكونة للقانون الموضوعي للإنترنت (Lex electronica) ونتأمل بعض مفرداتها فسوف نلاحظ أن هذه القواعد هي مجموعة من قواعد السلوك المحددة في نشأتها بالإضافة إلى مضمونها، لذلك تفتقر لعنصر الإعتقاد بالإلزام لغرض تحويل العادة إلى عرف واجب الإحترام<sup>(١٠٦)</sup>، فهي مجرد عادات وممارسات تجارية لا تكون ملزمة لأطراف النزاع ولا حتى لهيئة التحكيم التي يعهد إليها أمر الفصل في العلاقة القانونية محل النزاع، إلا إذا أتفق الأطراف على تطبيقها على النزاع الحاصل بينهم أو أحالت إليها قاعدة الإسناد في قانون القاضي الواجب التطبيق عليها، بشرط أن لا تكون مخالفة لقواعد النظام العام في القانون الواجب التطبيق عليها وفقاً لقواعد الإسناد<sup>(١٠٧)</sup>.

وما يعيب القواعد التكميلية في تكوين النظام القانوني هو إفتقارها للجزاء، فيرى المنكرون إن كل نظام قانوني لا يكون له أساس قانوني مالم تقتزن قواعده بجزاء يحمل الأفراد على إحترامها وإستمرارها كما في حالة الجزاء الموجود في النظام القانوني للدولة، بينما القواعد التكميلية التابعة لمنهج القواعد الموضوعية تفتقر إلى ذلك الجزاء، كما إن النظام القانوني يقتضي وجود أبنية ومؤسسات وسلطة تمنح فعالية وكياناً لهذه القواعد<sup>(١٠٨)</sup>، ويعتبر أنصار القانون الموضوعي بأن منع المخالف من الوصول للشبكة هو صورة من صور الجزاء، إلا أن أصحاب هذا الإتجاه يرون بأن هذا الإجراء غير فعال بسبب الصعوبة في تحديد مرتكب المخالفة، وإذا كان يمكن قبول هذه الإجراء في بداية ظهور الإنترنت عندما كان مقتصرأ على المجال الأكاديمي، فإنه يصعب قبوله في المجال التجاري لكثرة المعاملات التي تتم عن طريق الإنترنت<sup>(١٠٩)</sup>، وكذلك التعدد في موردي خدمات الإتصال في الوقت الحاضر الذين يعرضون على المستخدمين عمل بريد إلكتروني بالمجان، أتاح الفرصة للمستخدم في تغيير عنوانه وقت ما يشاء وبالتالي صعوبة تحديد شخصية المستخدم، وهذا ما يؤدي إنعدام فائدة هذا الجزاء كما يذهب إليه أصحاب إستقلال المجتمع الافتراضي<sup>(١١٠)</sup>، بالإضافة أن القاعدة القانونية تتطلب وجود سلطة تشريعية تصدر القانون وسلطة تنفيذية تقوم بفرض واجب إحترام هذا القانون وتوقيع الجزاء على كل من يخالفه، وهذا القانون حسب هذه النظرة يرتبط بوجود الدولة، لأن القانون لا يكون له أي وجود مالم يكن هنالك مجتمع منظم ومتقدم<sup>(١١١)</sup>.

(١٠٥) د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، المصدر السابق، ص ٩٨.

(١٠٦) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٦٤.

(١٠٧) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، المصدر السابق، ٢٥٧.

(١٠٨) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، المصدر السابق، ص ٤٧.

(١٠٩) إلا أنه يمكن الإتفاق بينهم على بعض صور الجزاء يتم تطبيقها على الشخص المخالف لهذه القواعد، وتأخذ حكم =العادة الإتفاقية .

(١١٠) د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، المصدر السابق، ص ١٥١، ١٥٢.

(١١١) د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، المصدر السابق، ص ٩٧.

## ثالثاً: المصادر المكونة لهذه القواعد

يرى أصحاب هذا الإتجاه بأن المصادر التي تستقى منها هذه القواعد غير كافية لإطلاق صفة النظام القانوني على القواعد التكميلية، وهذا راجع إلى أن هذه القواعد لا يمكنها أن تغطي كل فروع القانون مثل قانون الإستهلاك والقانون المالي بالإضافة إلى عدم تناولها كل الجوانب المحيطة بالعقد<sup>(١١٢)</sup>، خصوصاً أن العقود المبرمة عن طريق الإنترنت قد مست فروع القانون الخاصة منها أو العامة، الأمر الذي يستدعي ضرورة الرجوع إلى القوانين الوطنية، كما أنه لا يمكن الإعتماد على الإتفاقيات الدولية فقط كمصدراً للقواعد التكميلية وبالتالي تكوين القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي للمعاملات عبر الإنترنت، أو الإعتماد عليها لحكم منازعات عقود التجارة الإلكترونية، لأن طول المدة التي تستغرقها الإتفاقية للوصول إلى المرحلة النهائية لإبرامها يقلل من فعاليتها، مما يجعلها شبه عديمة الفائدة، وبالتالي لا يمكن الإعتماد عليها كوسيلة لحل المشكلات التي تثار في نطاق عقود التجارة الإلكترونية<sup>(١١٣)</sup>.

إلا إن هذا الإنتقاد بخصوص عدم الإعتماد على الإتفاقيات الدولية فقط كمصدراً للقواعد التكميلية محل نظر ولا يمكن مسايرته، وذلك لأن الإتفاقيات الدولية ليست هي المصدر الوحيد للقواعد التكميلية وإنما تكونت من مصادر متعددة كالأعراف والعادات التي تكونت في المجتمع الافتراضي للإنترنت وقواعد السلوك وما تأتي به العقود النموذجية من أحكام وكذلك الأحكام الصادرة عن قرارات التحكيم بغض النظر عن كون التحكيم الإلكتروني أو التقليدي، بالإضافة إلى المصادر الوطنية.

وكذلك الحال بالنسبة للعقود النموذجية فهي وأن أُعتبرت مصدراً من مصادر القواعد التكميلية إلا أنها عبارة عن صيغ قانونية تعرض على المتعاملين ولا تتمتع بالقوة القانونية ولا تحتوي على عنصر الإلزام الذي يجعلها ملزمة من قبل الأطراف إلا إذا أتفق عليها صراحةً أو ضمناً كما يرى أصحاب هذا الإتجاه، وفي هذه الحالة يعتبر إتفاق المتعاقدين هو المصدر الأساسي للإلتزام الأطراف لأن العقد شريعة المتعاقدين<sup>(١١٤)</sup>.

ونلاحظ على ذلك إن أصحاب هذا الإتجاه يرون إن العقود النموذجية لا تتمتع بالإلزام إلا بعد إتفاق الأطراف على الأخذ بها، وهذا أمراً طبيعياً وليس من الصحة أن نجعله محل إنتقاد، خصوصاً أن المتعاقدين عندما قبلوا التعامل بالعقود النموذجية فإن ذلك قد تم بعد إتفاقهم على الأخذ بها، لذلك عند الأخذ بالأحكام التي جاءت بها العقود النموذجية من قبل المتعاقدين والإستمرار في ذلك يؤدي بالنهاية إلى تكوين قاعدة قانونية ملزمة.

وبالنسبة للتحكيم الإلكتروني والذي يعتبر من المصادر الدولية للقواعد التكميلية، فإن القرارات الصادر عنه في نطاق التجارة الإلكترونية تتسم بالندرة التي تشكل في وجود أعراف وعادات خاصة بالتجارة الإلكترونية، وحتى الأعراف والعادات التي أقر بوجودها فإنها تبقى ضيقة ومحدودة لم تبلغ الحد الذي تتناول فيه معالجة كافة المشكلات المثارة

(١١٢) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ٢٠٧.

(١١٣) د. حمودي محمد ناصر، المصدر السابق، ص ٥٠٠.

(١١٤) د. نبيل زيد مقابلة، المصدر السابق، ص ١٠٢.



في كنف التجارة الإلكترونية، كما أنها بحاجة إلى فترة زمنية طويلة لأجل تكوينها ومن ثم الإعراف بها<sup>(١١٥)</sup>، لذلك بالرغم من الإقرار بوجود سوابق قضائية صادر عن التحكيم الإلكتروني، إلا أنه يصعب التسليم بذلك لأنها لم تقر أحكاماً متعلقة بمنازعات العالم الإلكتروني، وبالتالي لا يمكن إقرارها مصدراً للقانون الموضوعي الإلكتروني الدولي للإنترنت<sup>(١١٦)</sup>.

ولا يمكن أن نساير هذا الإتجاه في جميع الجزئيات صحيح إن القرارات الصادرة عن التحكيم الإلكتروني والمتعلقة بالمنازعات الإلكترونية تتسم بندرتها ولم تأتي بحلول تتناول جميع مشكلات التجارة الإلكترونية، إلا أنه ليس من الصحة أن لا نعتبر التحكيم الإلكتروني من مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي للمعاملات عبر الإنترنت، وبالتالي صعوبة إكمال هذا القانون مستقبلاً، لأن التحكيم الإلكتروني حتى وإن لم يصدر بعد احكاماً تتعلق بمنازعات العالم الافتراضي إلا أنه من المتأمل أن يصدر عن هذه الوسيلة القضائية بعض الأحكام التي تعالج تلك المنازعات في المستقبل، خصوصاً بعد تزايد الحاجة في التعامل بالوسائل الإلكترونية يوماً بعد يوم وما ينتج عن ذلك من منازعات تتطلب سرعة الحسم وعدم الركون إلى الوسائل التقليدية في النفاذي والتي تتم على مراحل متتالية تأخذ فترة زمنية معينة وبالذات إن حدثت هذه المنازعات في الساحة الدولية بعيداً عن الارتباط الإقليمي لأي دولة.

#### رابعاً: عدم ضمان تنفيذ الأحكام خارج الدولة التي صدرت فيها

يذهب البعض من أنصار الإتجاه الرافض لفكرة تمتع القواعد التكميلية بصفة النظام القانوني بعدم ضمان مستقبل تنفيذ الأحكام الصادرة بناءً على هذه القواعد، عندما يراد تنفيذها خارج الدولة التي صدرت فيها، وكانت الدولة التي يراد التنفيذ فيها تشترط في الحكم أن يكون صادراً وفقاً للقانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد في بلد القاضي الذي أصدره، بالإضافة إلى وجود صعوبة إن لم تكن إستحالة في الرقابة عند تطبيق هذه القواعد<sup>(١١٧)</sup>، ولهذا فإن الأحكام التي بنيت على القواعد الموضوعية عندما يراد تنفيذها في دولة ما فإن مستقبلها التنفيذي يبقى غير مضمون، وذلك لعدم وجود أساس أو معيار معين يتم عن طريقه التأكد من ضبط صحة الحكم من الناحية الموضوعية لكي يتم التنبؤ بالمستقبل التنفيذي للحكم، وبالتالي عدم توفر الأمان اللازم لمعاملات التجارة الدولية<sup>(١١٨)</sup>.

وبما إن القواعد التكميلية هي مجموعة من القواعد الموضوعية وإعتبار عقود التجارة الإلكترونية من المعاملات التي تتسم بالصفة الدولية، فإنه حسب هذا الإتجاه صعوبة التنبؤ بالمستقبل التنفيذي للأحكام الصادرة بناءً على القواعد التكميلية لإنعدام المعيار أو الأساس الذي من خلاله يتم التأكد من الجانب الموضوعي للحكم إذا تم الفصل في النزاع على أساسها .

(١١٥) د. صالح المنزلاوي، المصدر السابق، ص ٢٣٥.

(١١٦) د. نبيل زيد مقابلة، المصدر السابق، ص ١٠٢.

(١١٧) د. جمال محمود الكردي، المصدر السابق، ص ١٤٥، ١٤٦.

(١١٨) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، المصدر السابق، ص ٥١.

### الفرع الثاني: تمتع القواعد التكميلية بصفة النظام القانوني

بخلاف آراء الإتجاه الفقهي السابق الذي ينكر على القواعد التكميلية تمتعها بصفة النظام القانوني، يقر أصحاب هذا الإتجاه بأن هذه القواعد، قواعد قانونية لها نظام قانوني خاص بها تخضع له المعاملات التجارية، وهو تعبير لإرادة الأفراد في تطبيق هذه القواعد على المعاملات التي يبرمونها بعد حاجتهم الماسة لها، وهذا يكفي لتوفر العمومية والتجريد في هذا القواعد وبالتالي إطلاق صفة النظام القانوني عليها، وإن إختصت بمهنة أو فئة معينة وطبقت ما نتج عنهم من ممارسات فإنه لا يبعد عنها صفة العمومية والتجريد لأنها عندما خاطبت هذه الفئة أو هذه الجماعة المهنية لم تخاطبهم بذواتهم وإنما بصفاتهم<sup>(١١٩)</sup>، فالقواعد التكميلية كونت نظاماً ذو طبيعة موضوعية خاصة، تولد من الأعراف والعادات والممارسات التي أسنقر العمل بها في المجتمع الافتراضي للإنترنت، ويتم وضع القواعد التي تأخذ على عاتقها تنظيم المعاملات التي تبرم في هذا المجتمع من قبل أفرادها<sup>(١٢٠)</sup>.

كما أن المجتمع الافتراضي وإن كان يفتقد للسلطة العليا التي تعمل على كفالة إحترام هذا القواعد وفرض الجزاء على من يخالفها، إلا أن له مؤسسات عضوية، تقع على عاتقها هذه المهمة<sup>(١٢١)</sup>، ويكون الجزاء هنا متفقاً مع طبيعة هذه المجتمع كالجزاءات الأدبية والتي قد تتضمن مثلاً نشر أسم الشخص الذي يخالف قرار التحكيم، وكذلك الجزاءات المالية بالإضافة إلى الجزاءات الأخرى كتعليق عضوية التاجر المخالف في إحدى الجمعيات، الأمر الذي يحدث أضراراً كبيرة بسمعته<sup>(١٢٢)</sup>.

ويتبين من خلال ذلك أن هذا المجتمع وإن كان يفتقد للسلطة العليا إلا أنه يحتوي على مؤسسات تسهر على وضع هذه القواعد وفرض الجزاء على من يخالفها وإن كانت هذه الجزاءات خاصة إلا أنها تحتوي على عنصر الردع، خصوصاً إذا تم نشر أسم الشخص المخالف أو تم تعليق عضويته فإن ذلك سوف يحدث تأثيراً كبيراً على سمعته في السوق الإلكترونية.

ويرى أصحاب هذا الإتجاه بأنه عندما نعترف للقواعد التي إستقرت في المجتمع الافتراضي بالصفة القانونية، وذلك بسبب الإعتراف بالمنبع الذي جاءت منه المصادر التي كونت القواعد التكميلية، وهذا الأمر بالتأكيد سوف يؤدي إلى تحقيق الأمان القانوني الذي يسعى المتعاقدين لبلوغه، كما يضمن لهم وحدة الحل القانوني المراد تطبيقه على المشاكل الناتجة عن شبكة الإنترنت بالإضافة إلى تفادي النقص والقصور الذي تعاني منه الكثير من التشريعات الوطنية عندما يراد تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية وخصوصاً التشريعات التي أخفقت في تنظيم هذه التجارة الحديثة<sup>(١٢٣)</sup>.

وقد أكد أصحاب هذا الإتجاه بوجود المجتمع المتجانس والتماسك بدرجة كافية،

(١١٩) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، المصدر السابق، ص ٢٥٩، ٢٦٠.

(١٢٠) د. حمودي محمد ناصر، المصدر السابق، ص ٥٠١.

(١٢١) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، المصدر السابق، ص ٢٦٠.

(١٢٢) طارق عبد الله عيسى المجاهد، المصدر السابق، ص ٢١٨.

(١٢٣) د. فراس كريم شيعان، المصدر السابق، ص ٣٥١.



فبعد حاجة هؤلاء (أصحاب المجتمع الإفتراضي) لقواعد تنظم تعاملاتهم المهنية بالإضافة إلى مسابرة حاجات التجارة الدولية وتطورها من حين لآخر كان لابد من الإعراف بهذا المجتمع المنظم من قبل أعضائه، مع وجود سلطات تأخذ على عاتقها إنشاء هذه القواعد والسهر على إحترامها، كالتحكيم التجاري الدولي الذي عمل جاهداً في خلق هذه القواعد عن طريق اللجوء إلى الأعراف والعادات السائدة في مجال التجارة الدولية وكذلك المبادئ العامة عند إصدار أحكامه، وحتى إذا لم يتم نشر أحكام التحكيم والمحافظة على سريتها، إلا أنه بعد ذلك قد يتم نشر الحكم الذي يصدر في قضية ما ويتم الإستناد إليه في قضايا أخرى مشابهة عند عرضها للتحكيم وهذا التواتر في الأحكام يؤدي إلى تكوين قاعدة قانونية مصدر نشوئها قضاء التحكيم، لأن نفس الحل القانوني تم تطبيقه في أكثر من قضية<sup>(١٢٤)</sup>.

كما إن أصحاب الإتجاه السابق الراض لفكرة تمتع القواعد التكميلية بصفة النظام القانوني قد بالغوا كثيراً في الربط بين فكرة النظام القانوني وبين مفهوم الدولة إلى الحد الذي جعلهم يتصورون بأنه لا يمكن قيام أي نظام قانوني خارج إطار فكرة الدولة، الأمر الذي يصعب التسليم به، صحيح أنها تمتلك السلطة العامة إلا أن ذلك لا يعني إرتباط فكرة النظام القانوني بالدولة على النحو الذي يجعل وجوده مرتبطاً بها، خصوصاً أن الفقه الحديث لم يعد يتطلب وجود الدولة شرطاً لقيام النظام القانوني<sup>(١٢٥)</sup>. ويرى الفقيه " Mattew Burnstein " بأنه طالما كانت هذه القواعد التي تتناول تنظيم لمعاملات الإلكترونية قد وجدت لغرض معالجة موضوع معين ولم تنقيد بمكان محدد فإنها من الممكن أن تؤدي إلى تكوين قانوناً عاماً يحتوي على هذه القواعد والخاصة بحكم وتنظيم معاملات عقود التجارة الإلكترونية، وهذه القواعد تكونت من الأعراف والعادات السائدة في المجتمع الخاص بها والتي تم تطويرها من قبل المحاكم وبمساعدة الحكومات والمتعاملين في هذا المجال وكل من له صلة بذلك، الأمر الذي يجعل هذه القواعد ملائمة لإحتياجات الأطراف المختلفة بخصوص التجارة الإلكترونية، هو أنها متطورة وبالتالي تستجيب لكل ما يحدث في البيئة الفنية والقانونية من تغيرات<sup>(١٢٦)</sup>.

وحتى إذا قيل أن الأعراف والعادات التجارية الدولية تختلف فيما بينها نتيجة لإختلاف المهنة أو التجارة التي تشكلت ضمن نطاقها، إلا أن هذا لا ينفي تمتعها بصفة القانون الملزم في المجتمع الخاص بها والذي كان نشوئها فيه<sup>(١٢٧)</sup>، وإذا حصل التعدد في المجتمعات التجارية المهنية الدولية فأن هنالك حد أدنى من المصالح المشتركة بينهم تدفعهم إلى التعاون والتضامن من أجل إدراكها، وبالتالي يسهل القول معه بوجود

(١٢٤) طارق عبد الله عيسى المجاهد، المصدر السابق، ص ٢١٧، ٢١٨.

(١٢٥) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ٢٨٣.

(١٢٦) محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١١، ص ١٤٦.

(١٢٧) ومن الأحكام الصادرة التي تؤيد إعتبار عادات التجارة الدولية وأعرافها قواعد قانونية، حكم محكمة الإستئناف بباريس في تاريخ (١٢) يونيو لسنة ١٩٨٠ وقد صدر هذا الحكم في الطعن المقدم إليها ضد أحد قرارات التحكيم، وصدر الحكم بأنه " ينتج من مونات القرار - قرار التحكيم - أن المحكمون قد رجعوا ضمناً ولكن بالضرورة إلى إحدى عادات التجارة الدولية التي تفرض بقوة البديهة، وبهذا التحديد وفقاً لقواعد القانون فإن المحكمون يكونوا قد فصلوا وفقاً لأحكام مشاركة التحكيم ". أشار إليه د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، المصدر السابق، ص ٣٣٣، ٣٣٤.

المجتمع المنظم من البائعين والمشتريين له إستقلاليته وذاتيته بالرغم من تطور وإتساع رقعته ليشمل أشخاص ينتمون لدول وأنظمة قانونية مختلفة، كما أنه ليس صحيحاً القول بأن هذه القواعد هي قواعد مكملة لا يمكن إعمالها إلا وفقاً لإرادة المتعاقدين، وحتى إذا كانت أكثرها قواعد مكملة فإنه يمكن إعمالها بشرط أن لا يتم إستبعادها من قبل المتعاقدين، وقد ثبت قدرة هذه القواعد في تنظيم المجتمع الخاص بها في ظل المذاهب الفردية في القرن التاسع، بالإضافة إلى وجود البعض من القواعد الموضوعية ذات الطبيعة الآمرة<sup>(١٢٨)</sup>.

والشيء المهم الذي نود الإشارة إليه هو أن العادات والأعراف التجارية الدولية تختلف فيما بينها بسبب الإختلاف في المهنة أو التجارة التي تكونت ضمن نطاقها، وهذا أمراً طبيعياً لأن كل مهنة أو تجارة لها أعراف وعادات خاصة بها تختلف عن الأعراف التي توجد داخل المهنة أو التجارة الأخرى، خصوصاً أن المصدر الأساسي للقواعد التكميلية هو الأعراف والعادات والممارسات الخاصة فقط بالوسط المهني لمجتمع الإنترنت، كما تمت الإشارة إليه سابقاً، لذلك فإن هذا الإختلاف لا يؤدي إلى إنكار صفة النظام القانوني للقواعد التكميلية.

لذلك يجب الإعراف بأهمية هذه القواعد وقدرتها على تنظيم المجتمع الخاص بها (المجتمع الافتراضي) في ظل المرحلة الحالية التي تعاني فيها أكثر التشريعات وخصوصاً تشريعات البلدان النامية كالعراق مثلاً، من قصور تشريعي لأن حداثة الإنترنت وصعوبة سن القواعد التي تتميز بالقدرة على حكم المعاملات التي تتم عن طريق الإنترنت كان عاملاً أساسياً في هذا النقص والقصور، وأغلب الدول نظمت قانون لمعاملات التجارة الإلكترونية، إلا أن الكثير منها يعاني من قصور تشريعي، وبالتالي من الضروري اللجوء إلى القواعد التكميلية لسد هذا النقص.

### الفرع الثالث: القواعد التكميلية نظام قانوني في مرحلة التكوين

بعد الموقف المتشدد الذي رأيناه من قبل أنصار القواعد التكميلية الذين يجعلونها نظاماً قانونياً مستقلاً له القدرة على تنظيم وحكم معاملات التجارة الدولية عموماً والتجارة الإلكترونية على وجه الخصوص، وبعد عرض الإنتقادات التي وجهت من قبل الفريق الرافض لفكرة تمتع هذه القواعد بصفة النظام القانوني المستقل عن أي نظام قانوني وطني، ذهب جانب من الفقه بتبني موقفاً وسطاً يتفق مع التطور الذي صاحب عقود التجارة الدولية، إذ يرى أصحاب هذا الإتجاه بأنه يتم حكم هذه العقود وتنظيمها من قبل الأعراف والعادات التي وجدت أساسها فيها، مع الإستعانة بدور القوانين الوطنية بذلك وخصوصاً قواعد القانون الدولي الخاص لتكملة ما يعثري هذه القواعد من قصور، لأن القواعد التكميلية لا تتضمن حلاً لكل ما يثار في نطاق معاملات التجارة الإلكترونية، كما أن القاضي الوطني لا يمكنه تطبيق هذه القواعد من إرادته الخاصة دون أن يمتلك سنداً بذلك وهذا السند هو قاعدة الإسناد المتمثلة بإرادة الأطراف، أي أن القاضي لم

(١٢٨) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ٢٠٨، ٢٠٩.





يطبق هذه القواعد من تلقاء نفسه، فهي لا تتمتع بالإلزام الذاتي وإنما بعد رغبة الأطراف في ذلك بالإضافة الى الحرية الممنوحة لهم في التعديل عليها بما يتفق مع مصالحهم المشتركة<sup>(١٢٩)</sup>.

فهذا الإتجاه لا ينكر على القواعد التكميلية تمتعها بصفة النظام القانوني، وإنما يرى أنها تشكل نظام قانوني ولكنه في مرحلة التكوين، ليس له القدرة بمفرد أن ينظم جميع ما يثار في حقل التجارة الدولية من منازعات خصوصاً بعد التطور الذي صاحبها بظهور التجارة عبر الإنترنت، لذلك يرى أنصار هذه الإتجاه من الضروري الإستعانة بقواعد تتازع القوانين إلى جنب القواعد التكميلية، ولكن هذا الإتجاه وإن أعترف للقواعد التكميلية بصفة النظام القانوني غير الكامل إلا أنه أطلق سهام النقد لهذه القواعد بخصوص بعض المسائل وهي كالآتي:

#### أولاً: إنعدام الأمان القانوني عند تطبيق هذه القواعد

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن تطبيق القواعد التكميلية على عقود التجارة الإلكترونية يؤدي إلى إنعدام الأمان القانوني، فهذه القواعد تمنح مجالاً واسعاً لسلطة القاضي أو المحكم التقديرية عند الفصل في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، وهذا التقدير الذي يأتي من القاضي أو المحكم يكون تقدير شخصي يخضع لإتطاعاته وقناعاته الشخصية والتي قد لا تتوافق مع الحل القانوني السليم، فالحكم القانوني يكون عاكساً لإتطباع المحكم أو القاضي الذي يفصل في العلاقة موضوع النزاع، وبالتالي حرمان المتعاقدين من الأمان القانوني بالإضافة إلى الإخلال بتوقعاتهم المشروعة، وهذه من الأهداف الرئيسية لقواعد القانون الدولي الخاص التي تسعى لتحقيقها أثناء تنظيمها للعلاقات الخاصة الدولية<sup>(١٣٠)</sup>.

كذلك إذا كانت القواعد التكميلية تستجيب للمعطيات الذاتية والحاجات الخاصة لكل من يتعامل عن طريق شبكة الإنترنت وكذلك تحقيق العدالة بينهم، غير أن تلك العدالة لا وجود لها في أكثر الأحيان، لوجود الطرف الأقوى من الناحية الإقتصادية<sup>(١٣١)</sup>، وهو عادةً يقوم بفرض تلك القواعد<sup>(١٣٢)</sup>، فأصحاب هذا الإتجاه يرون أنها تعكس مصالح الأطراف الذين يمتلكون الهيمنة في وضع وصياغة هذه القواعد وإبتداعها الأمر الذي يؤدي إلى إختلال التوازن في العقود التي تنطبق عليها<sup>(١٣٣)</sup>، فهذه القواعد تفقر للعمومية والتجريد والتي هي من خصائص القاعدة القانونية<sup>(١٣٤)</sup>، بالإضافة أن منهج هذه القواعد حسبما يذهب أنصاره بأنه يتجاهل تنوع العدالة الإقليمية أو نسبيتها من دولة إلى أخرى

(١٢٩) طارق عبد الله عيسى المجاهد، المصدر السابق، ص ٢٢٢، ٢٢٣.

(١٣٠) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ٢٠٦.

(١٣١) وفي هذا الخصوص يرى الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة " أن القواعد الموضوعية إذا كانت تستجيب لحاجات التجارة الدولية وعدالة أدياء الأطراف، فلا يجب أن ننسى أنها عدالة عرجاء لأنها في الغالب تكون فقط لصالح أحد طرفي العقد، وهو ليس أي طرف، بل الطرف الأقوى إقتصادياً عادةً، فالقواعد الموضوعية واجبة التطبيق هي من وضع هذا الطرف، في الواقع، فهي بذلك قانون الأقوى وأي عدالة إذن يمكن الترخص بها هنا؟ " . طارق عبد الله عيسى المجاهد، المصدر السابق، ص ٢٢١.

(١٣٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٦٦.

(١٣٣) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ٢٠٦.

(١٣٤) خليل إبراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ١٢٧.

في مختلف النظم القانونية الوضعية، خصوصاً أن كل نظام وطني حالياً مستقل عن الآخر في المجتمع الدولي، ولكنه متساوي في علاقته بالأنظمة القانونية الأخرى، لذلك يجب الإقرار بهذا التنوع والإختلاف وكذلك النسبية بين الأنظمة حتى لا يكون هنالك نظام أو بعض الأنظمة ينصب نفسه كمشرع عالمي ذو سلطة مطلقة<sup>(١٣٥)</sup>، وحتى إذا تم تحقيق العدالة، فإنه ليس بأهمية كبيرة بالمقارنة مع أهمية تحقيق الأمان القانوني، لأن من أهداف القانون الدولي الخاص الجوهرية هو تحقيق الأمان وليس العدالة، بتقديم التنظيم الذي يكون تطبيقه على القضية أكثر إنفاقاً من غيره مع توقعات الأطراف<sup>(١٣٦)</sup>.

كذلك يرى أصحاب هذا الإتجاه أن المنهج المكون للقواعد التكميلية، وهو المنهج الموضوعي بلا أدنى شك، يؤدي إلى عدم إنسجام في الحلول من الناحية الفنية للقانون الدولي الخاص، خصوصاً إذا تم وضع هذه القواعد من قبل المشرع أو القاضي إذا كانت هذه الدولة تعتمد على السوابق القضائية في صياغة القانون، في كل دولة على حده، وهذا الإختلاف يؤدي إلى إنعدام الأمان القانوني في العلاقات الخاصة الدولية<sup>(١٣٧)</sup>.

### ثانياً: النقص والقصور الذي يشوب هذه القواعد

إن التطور الذي حدث في شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، أدى إلى عدم ملائمة قواعد الإسناد التقليدية في تغطية كل ما تثيره المعاملات التي تتم عن طريق هذه الشبكة من المسائل التي يتطلب وضع الحلول لها، ورغم ظهور القواعد التكميلية والتي هي عبارة عن قانون تلقائي النشأة وتشكيلها للقانون الموضوعي الإلكتروني للإنترنت والذي مازال في بداية تكوينه الأولى كالجنين في مرحلة التكوين (crysallide en formation)، إلا أنها تعاني من النقص والقصور الذي يجعلها بعيدة كل البعد في أن تشكل نظاماً قانونياً كاملاً ومستقلاً لا يعاني من الثغرات، فتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل كل من الأهلية والتراضي والتقدم المسقط وما يستحقه المضرور من التعويض، تبقى في حاجة إلى القانون الداخلي لتنظيمها<sup>(١٣٨)</sup>.

فالكلام عن وجود قانون موضوعي خاص فقط بمعاملات التجارة الإلكترونية يبقى حديث العهد، لأن القواعد المكونة له لا تزال في بداية تكوينها ولم تكتمل لحد الآن، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة تشكيلها قانوناً مستقلاً خاص بها يمكنه معالجة مشكلات عقود التجارة الإلكترونية عن طريق ما يتم طرحه من حلول تلائم الطبيعة الخاصة لهذه العقود كما هو موجود في الكثير من فروع القانون<sup>(١٣٩)</sup>، صحيح أن هناك بعض القواعد في العديد من القوانين الذي نظمت تعاملات التجارة الإلكترونية عالجت المشاكل في بعض المسائل الناتجة عن التعاقد الإلكتروني مثل مسألة التوقيع الإلكتروني والإثبات وكذلك مسألة زمان ومكان إنعقاد العقد الإلكتروني، إلا إنها لا تملك القدرة على الإستقلال بتنظيم

(١٣٥) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، المصدر السابق، ص ٥٢.

(١٣٦) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٦٦.

(١٣٧) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، المصدر السابق، ص ٥٢.

(١٣٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٦٥.

(١٣٩) د. فراس كريم شيعان، المصدر السابق، ص ٣٥٠.



كل الجوانب المرتبطة بالعقد ابتداءً من التعبير عن الإرادة وحتى إنقضاءه<sup>(١٤٠)</sup>، فالقواعد المتعارف عليها في نطاق التجارة الدولية والخاص بها هي قواعد مهنية ليس بالضرورة أن تتناول عند تنظيمها لعقود التجارة جميع المشكلات المثارة في هذا الصدد<sup>(١٤١)</sup>.  
ويجب ملاحظة بأنه حتى إن تم التطبيق المباشر للقواعد الموحدة التي جاءت بها الإتفاقية الدولية فإن ذلك لا يعني خلوها تماماً من النقص والقصور وبالتالي لا يجعلها في غنى عن منهج تنازع القوانين، لذلك تبقى هنالك حاجة دائمة لقواعد القانون الدولي الخاص إلى جنب القواعد التكميلية لغرض تنظيم بعض جوانب عقود التجارة الإلكترونية التي يصعب على قواعد الإسناد الإلمام الكافي بها، بسبب الطبيعة الخاصة التي تتميز بها، لأن القواعد التكميلية لم تشكل بعد النظام القانوني الكامل، لذلك نلاحظ بأن هذا الإتجاه هو الأصح من بين الإتجاهات الأخرى.

نستنتج مما تقدم بعد عرض مدى تمتع القواعد التكميلية بصفة النظام القانوني، إن هنالك ثلاث إتجاهات بهذا الصدد، الإتجاه الأول أنكر على القواعد التكميلية صفة النظام القانوني وأنه لا وجود لقواعد تتكون من الأعراف والعادات السائدة في المجتمع الافتراضي للإنترنت بالإضافة إلى المصادر الأخرى، وخاصة فقط بمعاملات عقود التجارة الإلكترونية، وإتجاه ثاني يضيف على القواعد التكميلية صفة النظام القانوني الكامل، ويرى أن هذه القواعد لها نظام خاص بها ولها القدرة على حكم وتنظيم معاملات عقود التجارة الإلكترونية، وبالتالي لا تعاني من النقص والقصور الذي يخل بإمكانيتها وقدرتها لتنظيم هكذا معاملات، وإتجاه ثالث يرى أن القواعد التكميلية تشكل نظاماً قانونياً ولكنه في طور التكوين لم يكتمل بعد الأمر الذي يؤدي إلى عدم التخلي عن قواعد الإسناد التقليدية بصورة نهائية واستخدامها إلى جنب القواعد التكميلية في حكم منازعات عقود التجارة الإلكترونية لتلافي النقص والقصور الذي تعاني منه، فالقواعد التكميلية وقواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد التقليدية يكمل كل منها الآخر.

### المطلب الثاني: القوة الملزمة للقواعد التكميلية

بعد أن تبين لنا وجود القواعد التكميلية وتكوينها لنظام قانوني ولكنه نظام في طور التكوين لم يكتمل بعد بما يشوبه من النقص وما يعوزه من التنظيم الذي يجعل منه قانون مستقل بذاته يختص في حكم وتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية الأمر الذي يدفعنا التطرق إلى القوة الملزمة للقواعد التكميلية من خلال بيان مدى إلزامية كل مصدر من المصادر المكونة لها.

فبالنسبة للمصادر الوطنية، فنلاحظ على القواعد المادية ذات المصدر التشريعي والقضائي، إنه لا خلاف حول مدى تمتعها بالقوة الملزمة طالما جاءت بطريق رسمي وتشكل جزءاً من النظام القانوني للقاضي الوطني إذا تم عرض النزاع أمام هذا القاضي، وكذلك الحال بالنسبة للمحكم الدولي إذ لم تخالف النظام العام الدولي، وبخصوص قواعد السلوك الوطنية فسوف نتناولها الحديث عن مدى تمتعها بالقوة الملزمة مع قواعد

(١٤٠) د. محمد أحمد علي المحاسنة، القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٢٠٦.

(١٤١) بلال عدنان بدر، المصدر السابق، ص ٤٨٨.

السلوك الدولية عند التطرق لها بصورة ملزمة .

أما المصادر الدولية، فبالنسبة للأعراف والعادات التجارية الدولية والتي تعتبر الرئيسي للقواعد التكميلية، فقد ذهب البعض من الشراح إلى صعوبة الجزم بوجود أعراف وعادات في نطاق التجارة التي تتم عن طريق الإنترنت للمدة القصيرة التي أعقبت ظهور شبكة الإنترنت والتي لا تعتبر كافية لتكوين الأعراف والعادات بما تتطلبه من إطراد إلى الحد الذي يُكون إعتقاد في نفوس الأفراد بضرورة الإلتزام بها<sup>(١٤٢)</sup>، كما يرى هذا الإتجاه أنه يشترط في العادة المكونة للعرف العموم والتجريد، وإذا أردنا تطبيق هذين الشرطين على معاملات التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت فإن الصعوبة سوف تكون ملازمة لنا وذلك على أساس صعوبة تحديد أو إثبات العادات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وكذلك صعوبة توفر الإطراد والإستقرار المتطلب في العادة المكونة للعرف من خلال تحقق الإعتياد على ممارسة هذا السلوك بإستمرار ودون إنقطاع<sup>(١٤٣)</sup> .

إلا إن بعض الشراح يرى بأن النطاق الذي تتكون به هذه الأعراف والعادات يتسم بالسرعة الأمر الذي يؤدي إلى سرعة تكوينها في هذا النطاق، لذلك يجب إعطاء المرونة بخصوص ما يتطلب من مدة لأجل تكوين هذه الأعراف والعادات في نطاق التجارة الإلكترونية، وتتجلى قيمتها القانونية من خلال مدى ضرورة الشعور بالإلتزام لتكوين تلك القواعد، ويقررون بأن هنالك إمكانية في الإستفادة من هذه القواعد في نطاق المجتمع الإلكتروني بما تمتلكه من الفعالية والملائمة لهذا المجتمع بحيث تؤدي دوراً مهماً في إبرام العقود الإلكترونية بالإضافة إلى ما تتمتع به من القوة الملزمة التي تؤدي إلى فسخ العقد في حدوث مخالفة لها، رغم إن البعض يرى بأن الإلتزام الذي تتمتع به هذه القواعد هو مجرد إلتزام أخلاقي<sup>(١٤٤)</sup> ، وقد أطلق عليها الفقيه (M.KAHN) بأنها " قانون حقيقي للمجتمع الدولي للبايعين والمشتريين "<sup>(١٤٥)</sup> .

ويلاحظ مما تقدم بأنه رغم ما قيل من قبل بعض الشراح بعدم قدرة الأعراف والعادات التجارية الدولية في تكوين القواعد القانونية الملزمة، فلا ننكر الدور الذي تؤديه في نطاق التجارة الإلكترونية بعد النقص والقصور الذي تعاني منه الكثير من التشريعات، وإن تطلبت هذه الأعراف والعادات بعض الضبط والتنظيم الذي تتميز به القاعدة القانونية. أما العقود النموذجية والشروط العامة فبالرغم من وجود إتجاهاً فقهيّاً ينكر عليها صفة القواعد القانونية الملزمة ويعتبرها مجرد قواعد إرشادية تهدف إلى تحقيق التناسق بين القوانين الوطنية بخصوص موضوع معين ولم يكن هنالك أي إجراء يمنحها صفة الإلتزام<sup>(١٤٦)</sup>، فهذا الإتجاه لا يعتبرها من القواعد الموضوعية والذي يراها مجرد قواعد إتفاقية تمثل في أغلب الأحيان مصالح أحد أطراف العقد وهذا الأمر ينكر عليها صفة القواعد القانونية الملزمة، إلا أن بعض الفقهاء يرى بأن التواتر الذي يحصل على ما

(١٤٢) د. فراس كريم شيعان، المصدر السابق، ص ٣٥٣.

(١٤٣) د. صالح المنزلاوي، المصدر السابق، ص ٢٣٦، ٢٣٧.

(١٤٤) د. فراس كريم شيعان، المصدر السابق، ص ٣٥٣، ٣٥٤.

(١٤٥) جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٠، ص ٦٧.

(١٤٦) د. صالح المنزلاوي، المصدر السابق، ص ٢٤٣.



ينتج من العقود النموذجية والشروط العامة من حلول قانونية يؤدي إلى تكوين قواعد قانونية ملزمة، وسواء كان ذلك في نطاق العقود النموذجية التقليدية أو العقود النموذجية الإلكترونية، مما يعني حدوث تشابه في القواعد التي تتضمنها كل منهما وبالتالي فإن التواتر الذي يحصل عليها قد يؤدي إلى تحويلها لأعراف تجارية ملزمة لها القدرة على حكم وتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية<sup>(١٤٧)</sup>.

أما بالنسبة لمدى تمتع تقنيات أو قواعد السلوك بالقوة الملزمة، يرى بعض الفقهاء بأن هذه التقنيات تفتقر للقوة الملزمة التي تعطيها ميزة تكوين أو إنشاء القاعدة القانونية فلا يمكن إطلاق صفة القانون عليها لأنها لا تتمتع بقوة الإلزام بالإضافة إلى عدم توفر جزاء يتم توقيعه على كل من يخالفها وهذا الأمر يجعل القاضي أو هيئة المحكمة يعيد كل البعد في الإستناد عليها في النزاعات المعروضة عليهم<sup>(١٤٨)</sup>، غير أن البعض الآخر من الفقهاء يقر بقدرة تقنيات السلوك على تكوين القواعد التكميلية وخصوصاً تلك القواعد التي تأخذ على عاتقها عملية حكم العلاقات ما بين التجار، لذلك من الضروري القيام بعملية تحديد للمجال الذي تعمل به هذه التقنيات لكي يتسنى بعد ذلك تحديد مدى إلزاميتها من خلال تكوينها عاملاً مشتركاً يتمتع بالإلزام في داخل المجتمع المهني الذي نشأت فيه، بحيث يتم الأخذ بها عندما يتم تعاملهم عن طريق شبكة الإنترنت مع وضع إعتبار لأي مخالفة لها، فالخطأ المكون للمخالفة يوجب المسؤولية التي تفرض على المخالف بعدم التواصل مع أشخاص ذلك المجتمع بعد أن يتم إستبعاده، وعند قيام بعض الدول بوضع هكذا تقنيات يجب عليها أن تبدي الإعراف بأهميتها وحجيتها وإن كان هذا الإعراف بصورة ضمنية، وذلك حسب ما يذهب إليه البعض من الفقهاء<sup>(١٤٩)</sup>.

وبخصوص تمتع الممارسات التعاقدية بالقوة الملزمة فإنه لا خلاف في ذلك وبالذات بين في المجتمع الافتراضي طالما أنها نتجت من العقود التي تم إبرامها من قبل أصحاب هذا المجتمع، كما إنها جاءت ببعض الحقوق والإلتزامات تخص المتعاملين في نطاق شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت).

وبالنسبة للإتفاقيات الدولية، فإن الواقع العملي يشير أن الغلبة تكون لإرادة الأطراف بخصوص تنظيم العقد أي جعل الإتفاقية مكتملة لهذه الإرادة وهذا يعني هنالك إمكانية في مخالفة الإحكام التي جاءت بها الإتفاقية بالإضافة إلى إستبعاد كل أو جزء منها، وفي أكثر الأحيان يكون هذا الإستبعاد بطريقة غير مباشرة من خلال وضع شرط في العقد يخالف أحكام الإتفاقية<sup>(١٥٠)</sup>، غير أنها قد تحتوي على قواعد موضوعية تعتبر جزءاً من القانون الوطني للدولة المتعاقدة ويترتب على إعتبارها جزءاً من القانون الوطني أنها تتمتع بالإلزام بنفس ما تتمتع به قواعد هذا القانون ومن الممكن أن تعلق عليه<sup>(١٥١)</sup>، ويمكن أن تصبح الإتفاقيات الدولية بمثابة القانون بعد أن تقوم الدول المشاركة فيها بالتوقيع عليها وإتخاذ ما ينبغي إتخاذه من الإجراءات لجعلها سارية المفعول داخل

(١٤٧) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ١٩٧ وما بعدها.

(١٤٨) د. صالح المنزلاوي، المصدر السابق، ص ٢٤٥.

(١٤٩) د. فراس كريم شيعان، المصدر السابق، ص ٣٥٢، ٣٥٣.

(١٥٠) د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، المصدر السابق، ص ٣٥.

(١٥١) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ١٨٦.

النظام القانوني للدولة لتصبح بعد ذلك جزءاً من هذا النظام، بحيث لا يمتلك القاضي أية حجة تدفعه إلى عدم الالتزام بتطبيق أحكامها وهذا ما يضيف عليها عنصر الإلزام، بيد أن إختيار الأطراف لقانون آخر يعطي للقاضي إمكانية مخالفة الأحكام التي جاءت بها الإتفاقية حتى وإن تم تنظيم ذلك من قبل الإتفاقية ولكن بشرط أن تكون هذه المخالفة قد تناولت القواعد المكملّة فقط (١٥٢).

أما المبادئ العامة كمصدر من مصادر القواعد التكميلية فقد أنكر عليها إتجاهاً من الفقه تمنعها بهذه الصفة، بخلاف إتجاهاً آخر أضفى عليها هذه الصفة مؤكداً أهميتها العلمية ويرى إن إستخلاص هذه المبادئ من الأنظمة القانونية المختلفة قد أضى أمراً ضرورياً لتنظيم المنازعات التي تثيرها علاقات التجارة الدولية خصوصاً أن المحكم الدولي قد إستنتج منها حلولاً تتلائم مع الطبيعة الخاصة لهذه العلاقات بعدما إستطاع أن يتوصل إليها، وهذا ما أعطاها خصوصيتها التي تتناسب مع الطبيعة الخاصة للتجارة الدولية (١٥٣)، كما أنها تساعد في إعطاء المحكم حلولاً تتناسب مع النزاع لا تقوم على أساس مفاهيم قانونية مجردة، بل إن المحكم في الحالات التحكيمية الصعبة يقوم بالإجتهد لكي يستخلص هذه المبادئ للتصدي لهذه الحالات وما يدفع المحكم للقيام بذلك هو إستجابتها وإنسجامها مع البيئة الدولية التي توجد بها الأعمال التجارية، فكان ظهور هذه المبادئ نتيجة ما تتميز به من قوى ذاتية تلقائية الأمر الذي يؤدي إلى عدم إنكار وجودها ودورها الفعال في حسم المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية (١٥٤).

أما بالنسبة للأحكام الصادرة عن التحكيم والتي أعتبرت من مصادر القواعد التكميلية، فقد أعطتها الإتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والوطنية بالإضافة إلى اللوائح الصادرة عن هيئات التحكيم نفس القوة التي تتمتع بها الأحكام الصادرة عن القضاء، فقد نصت إتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية والمبرمة في تاريخ (١٠) يونيو لسنة ١٩٥٨ في المادة (٣) منها بأنه " على كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم قرارات ملزمة ..... " (١٥٥)، وقد نصت المادة (١/٣٥) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ وتعديلاته لسنة ٢٠٠٦ بأنه " يكون قرار التحكيم ملزماً بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه وينفذ بناءً على طلب كتابي يقدم إلى محكمة مختصة مع مراعاة أحكام هذه المادة والمادة (٣٦) " ، كما نص قانون المرافعات الفرنسي بعد أن صدر التعديل الجديد بالمرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ في الفقرة الأولى من المادة (١٤٨٤) بأنه " للحكم التحكيمي منذ صدوره حجية القضية المحكوم بها بالنسبة إلى النزاع الذي فصل فيه " ونص في الفقرة الثانية بأنه " يجوز للهيئة التحكيمية إضفاء صيغة التنفيذ المعجل على الحكم التحكيمي " وتسري هذه المادة على أحكام التحكيم الداخلية والدولية وذلك بعد أن تمت الإحالة إليها

(١٥٢) د. فراس كريم شيعان، المصدر السابق، ص ٣٥١، ٣٥٢.

(١٥٣) د. محمد أحمد علي المحاسنة، المصدر السابق، ص ٢٠١، ٢٠٢.

(١٥٤) د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، المصدر السابق، ص ٨٦، ٨٧.

(١٥٥) د. صالح المنزلاوي، المصدر السابق، ص ٢٤٦.



من المادة (٤/١٥٠٦) والمتعلقة بالتحكيم الدولي من نفس القانون<sup>(١٥٦)</sup>. وأخيراً بخصوص القوة الملزمة لقواعد العدالة والتي أعتبرت من مصادر القواعد التكميلية أيضاً والتي يتم الرجوع إليها عند عدم وجود قواعد مستتبطة من الأعراف والعادات التجارية الدولية والمبادئ المشتركة للقانون، فقد وجدت بعض النصوص القانونية الخاصة بالتحكيم والتي توضح قيمتها كقواعد قانونية يتم الإستناد إليها لغرض الفصل في النزاع في بعض الحالات، ومن ذلك قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في المادة (٤/٣٩) بأنه " يجوز لهيئة التحكيم - إذا إتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون " ، وكذلك قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ المعدل سنة ٢٠٠٦ في المادة (٣/٢٨) بأنه " لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى أو كمحكم عادل منصف إلا إذا أجاز لهما الطرفان ذلك صراحةً " .

نستنتج مما تقدم بأنه بالرغم من تكوين هذه القواعد لنظام قانوني ولكنه في طور التكوين لم يكتمل وتمتع المصادر المكونة لها بالقوة الملزمة حسب ما يراه البعض وحسبما نصت عليه العديد من القوانين، إلا أن ذلك لا يعني إنتفاء الحاجة لقواعد الإسناد، فببقى هنالك نقص ينبغي لأجل تكملته من الرجوع للقوانين الداخلية وبالذات لقواعد القانون الدولي الخاص المتمثلة بقواعد الإسناد التقليدية، ولا يمكن التخلي عنها بصورة نهائية عند النظر في المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية .

(١٥٦) علي صباح خضير الجناي، النظام القانوني لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٣، ص ٨٢.

## الخاتمة

بعد أن إنتهينا من دراسة هذا الموضوع توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات سوف نتناولها تباعاً وذلك على النحو الآتي:

### أولاً: النتائج

١- إن المصادر الدولية المكونة للقواعد التكميلية تشكل الجانب الأكبر في تكوينها لهذه القواعد.

٢- لا يمكن إنكار الدور الذي تؤديه الأعراف والعادات السائدة في نطاق التجارة الإلكترونية بصدد المنازعات التي تثيرها عقود التجارة الإلكترونية وصعوبة الإلمام الكافي من قبل التشريعات الداخلية في هكذا منازعات، وإن تطلبت هذه الأعراف والعادات بعض الضبط والتنظيم الذي تتميز به القاعدة القانونية.

٣- إن قضاء التحكيم يعتبر من مصادر القواعد التكميلية لأنه ساهم بتطبيقه لما هو سائد من الأعراف والعادات التجارية الدولية في القرارات التي يصدرها بخلق وتكوين قواعد موضوعية نتيجة لتكرار الأخذ بها والإستناد إليها في المنازعات اللاحقة، وهذا التكرار أدى إلى إستقرارها حتى أصبحت قاعدة قانونية تكونت من غير الطريق الطبيعي لسن القوانين، وحتى إن كانت القرارات الصادرة عن التحكيم الإلكتروني تتسم بندرتها ولم تأتي بحلول تتناول جميع المشكلات المثارة في كنف التجارة الإلكترونية، لأنه من المتأمل أن يصدر عن هذه الوسيلة القضائية الحديثة بعض الأحكام التي تعالج تلك المنازعات في المستقبل خصوصاً بعد تزايد الحاجة في التعامل بالوسائل الإلكترونية .

٤- لقد اختلف الفقهاء بخصوص تمتع أو عدم تمتع القواعد التكميلية بصفة النظام القانوني الكامل بين ثلاث إتجاهات، الإتجاه الأول أنكر على القواعد التكميلية صفة النظام القانوني وأنه لا وجود لقواعد تتكون من الأعراف والعادات السائدة في المجتمع الافتراضي للإنترنت بالإضافة إلى المصادر الأخرى، وخاصة فقط بعقود التجارة الإلكترونية، وإتجاه ثاني يضيف على القواعد التكميلية صفة النظام القانوني الكامل، ويرى أن هذه القواعد لها نظام خاص بها ولها القدرة على حكم وتنظيم منازعات عقود التجارة الإلكترونية، وبالتالي لا تعاني من النقص والقصور الذي يخل بإمكانيتها وقدرتها لتنظيم هكذا معاملات، وإتجاه ثالث يرى أن القواعد التكميلية تشكل نظاماً قانونياً ولكنه في طور التكوين لم يكتمل بعد الأمر الذي يؤدي إلى عدم التخلي عن قواعد الإسناد التقليدية بصورة نهائية وإستخدامها إلى جنب القواعد التكميلية في حكم منازعات عقود التجارة الإلكترونية لتلافي النقص والقصور الذي تعاني منه، فالقواعد التكميلية وقواعد تنازع القوانين يكمل كل منها الآخر .

٥- إن القواعد التكميلية كونت نظاماً قانونياً ولكنه في طور التكوين لم يكتمل بعد، الأمر الذي يؤدي إلى عدم التخلي عن القوانين الداخلية وخصوصاً قواعد القانون الدولي الخاص بصورة نهائية عند النظر في المنازعات الخاصة بعقد من عقود التجارة الإلكترونية، وذلك لبقاء الحاجة إليها لغرض تقادي الجانب الذي لم يكتمل بعد من النظام القانوني للقواعد التكميلية .





## ثانياً: التوصيات

١- بعد العجز الملاحظ في قواعد القانون الدولي الخاص والقصور التشريعي في القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية يجب على الدول أن تبذل جهودها في تكوين وإكمال القانون الذي يعالج هذا العجز والقصور وهو (القانون الموضوعي الإلكتروني للإنترنت) أو ما يسمى (Lex electronica) والمتكون من القواعد التكميلية التي نشأة بصورة تلقائية من مصادر متعددة .

٢- نرجو من موردي خدمات شبكة الإنترنت في العراق أن يحاولوا جاهداً الأخذ بقواعد السلوك الوطنية في الدول المتقدمة في هذا المجال من خلال الموقع التابع لهم، ويجعلوها مفروضة على المتعاملين بشبكة الإنترنت لضبط سلوكهم عند التعامل، كجمعية مقدمي خدمات الإنترنت في إنجلترا (ISPA) والتي نشرت تقنياً للسلوك العملي يحتوي مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات بين المتعاملين عبر شبكة الإنترنت، ومن هذه القواعد عدم تقديم أي خدمات مخالفة للقانون أو تتضمن مواد تحث على العنف أو القسوة أو الكراهية أو الشذوذ الجنسي، وكذلك الميثاق الذي وضع في فرنسا والذي جاء فيه، خلق هيئة تقوم بمهمة إستقبال الشكاوي المقدمة من قبل مستعملي شبكة الإنترنت، ومن ثم إتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف ما بث من أفعال تعتبر غير مشروعة .