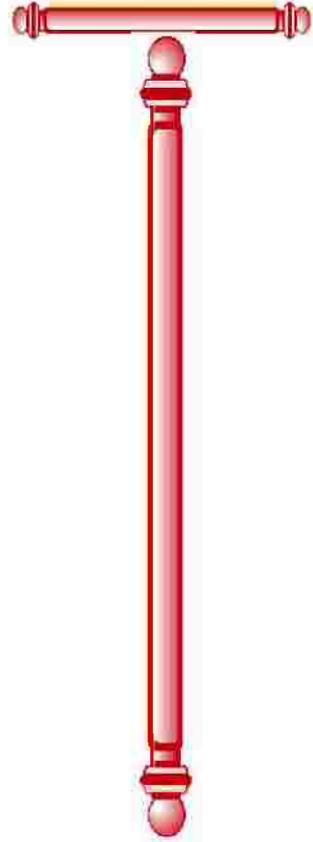


الفصل السابع

العقود النموذجية الالكترونية



تعتبر العقود النموذجية من المصادر الهامة التى يقوم عليها بناء القانون الموضوعى الالكترونى الدولى للمعاملات التى تتم عبر الانترنت والمقصود بالعقود النموذجية تلك التى تبرم بين الموردين والمستخدمين سواء أكانوا مهنيين أم مستهلكين ومن بين تلك النماذج العقدية نذكر الاتفاق النموذجى التى وضعته غرفة التجارة الدولية بخصوص التبادل الالكترونى للبيانات عبر شبكات الحواسيب الآلية والاتفاق النموذجى الذى اعدته لجنة الاتحادات الاوروبية عام ١٩٩٤ بخصوص تبادل المعطيات المعلوماتية وكذلك اتفاق التبادل النموذجى للجنة الاقتصادية لأوروبا عام ١٩٩٥ بغرض الاستعمال التجارى الدولى للتبادل الإلكترونى للبيانات وعلى المستوى الوطنى يوجد أكثر من عشرين نموذجاً ينحصر مجال تطبيقها داخل الدولة التى اعدتها وتسرى عليها القوانين الوطنية السارية فيها. ومن أمثلة العقود النموذجية التى أبرمت فى هذا الصدد نذكر: اتفاق التجارىين فى الولايات المتحدة الأمريكية ونموذج فى المملكة المتحدة وفى فرنسا تم إعداد نموذج عام ١٩٩٩ وفى كندا تم نشر نموذج بمعرفة وزارة الاتصالات وفى مقاطعة الكيبك أعد نموذج آخر لتبادل البيانات الإلكترونية بمعرفة المجلس الكندى وفى ايطاليا تم إعداد نموذج وفى استراليا نموذج وفى سويسرا تم إعداد عقد نموذجى للتبادل الإلكترونى للبيانات عام ١٩٩٤ وفى النرويج تم نشر نموذج فى مارس ١٩٩٣. وبالإضافة إلى ذلك هناك نماذج ينحصر استخدامها فى قطاع معين ومثالها: مشروع اتفاقات تبادل المعطيات المعلوماتية التى اعدتها مجلس التعاون الجمركى فى مارس ١٩٩٠ وعقد ODETTA النموذجى المطبق فى المجال الخاص بالسيارات .

فى أوروبا والعقد النموذجى للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين الذى اعتمده غرفة التجارة والصناعة بباريس فى ٣٠ إبريل عام ١٩٩٨. هذه النماذج تهدف إلى تحقيق الأمن القانونى بالنص على مجموعة من الاحكام التى تنظم العلاقات المتبادلة بين مستخدمى التبادل الإلكتروني للبيانات بما فى ذلك الشروط التى يعملون بموجبها وتتناول هذه النماذج أيضاً عدداً من القضايا الرئيسية نذكر منها شكل رسالة البيانات وكيفية التحقق من استلامها والتدابير الامنية المتخذة ضد مخاطر وصول الرسائل أو فقدانها أو تدميرها وسريه البيانات وتسجيلها وتخزينها بالإضافة إلى المسئولين عن عدم اداء الالتزامات وطرق تسوية المنازعات واختيار القاون الواجب التطبيق ، ... الخ

هذا التوافق على إعطاء القيمة القانونية المؤثرة للعقود التى تبرم بالطرق الالكترونية من شأنه أن يخلق عادات تؤكد استقرار هذه الوسيلة فى مجال المعاملات التجارية لدولية واعطائها القيمة القانونية اللازمة فى مواجهة الاطراف المتعاقدة لكن السؤال الذى يطرح نفسه يدور حول كيفية تطبيق هذه القواعد وهو ما ينقلنا إلى المصدر الاخير المتعلق بقرارات التحكيم . القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية

عقود التجارة الالكترونية التى تتم عبر شبكة الانترنت الدولية التى تتمتع بعده خصائص منها عن العقود التى تتم عن بعد دون الحضور المادى لأطراف العقد شأنها فى ذلك شأن سائر العمليات التى تتم عبر وسائل الاتصال الالكترونية التقليدية بيد أنها تتميز عن هذه الاخيرة بسمة التفاعلية التى تسمح بوجود افتراضى للمتعاملين وإجراء حوار مفتوح وشامل بينهم حول بنود العقد وتنفيذه فى ذلك الوقت كما

تسمح بتحقيق بعض الخدمات فوراً على شبكة الانترنت كالحصول على المعلومات حيث لا توجد تلك السمة فى الوسائل المسموعة المرئية التقليدية كالتعاقد عن طريق التلفزيون إن عقود التجارة الإلكترونية يمكن أن تعد عقود إذعان ويمكن أن تكون عقود مساومة أو تفاوض وفقاً لظروف كل عقد على حدة فالأمر يتوقف على مدى إمكانية التفاوض حول بنود العقد . فإن كانت تلك العقود تجيز للمشتري مراجعة بنود العقد وتعديله فهى تخرج من نطاق عقود الإذعان . إذا انعدمت سمة التفاوض وصيغت بنود العقد بطريقة جامدة لاتقبل المراجعة او التعديل فهى عود إذعان إن العمليات الإلكترونية التى تتم عبر الإنترنت قد تكون جارية وقد تكون مدنية فالأمر يتوقف على طبيعة المعاملة وصفة المتعاملين فغن كانت تلك العمليات الغلكترونية تتم بين تجار بغرض إشباع حاجاتهم المهنية فهى معاملات تجارية أما إذا كانت تلك العمليات بين المستهلكين او تتم بين تجار بغرض اشباع حاجتهم الشخصية او المنزلية فهى معاملات مدنية ان الحدود الفاصلة بين العقد الدولى والعقد الداخلى قد سقطت مع وجود الشبكة الدولية فمكل العقود التى تبرم عبر الشبكة هى عقود دولية عجز اتفاقية الأمم المتحدة لبيوع البضائع "فينا ١٩٨٠ " عن التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ويتجلى هذا العقد فى قصور النطاق المادى لاتفاقية الامم المتحدة ببيوع البضائع عن تخطيط كافة البيوع التى تتم عبر شبكة الانترنت فالاتفاقية لا تنطبق على البيوع التى تتم وتنفذ عبر شبكة لانترنت لان محل هذه البيوع سلع غير مادية والاتفاقية لا تنطبق الا على بيوع البضائع وهى مادية بطبيعتها علاوة على ذلك تستبعد الاتفاقية صراحةً من نطاق تطبيقها البيوع

الاستهلاكية رغم صعوبة التعرف على صفة المتعاقدين ورغم كثرة المشتريات الاستهلاكية عبر الانترنت كما ان الاتفاقية لا تنطبق على العقود المركبة التي يمكن ان توصف في ذات الوقت بنها بيع بضاع او بيع خدمات كالاسطوانات وشرائط الفيديو مادام يصعب التمييز بين النوعين بالاضافة الى ذلك يخرج من نطاق اتفاقية بيع المزايدات العلنية وبالتالي فان عقود التجارة الالكترونية تستبعد من نطاق الاتفاقية اذا ما تم نعتها بهذا الوصف وبرغم تحرر الاتفاقية من الشروط الشكلية ومن ثم يمكن تطبيقها على كل العقود بما فيها عقود التجارة الالكترونية الا ان هذا التحرير مرهون بعدم استخدام التحفظات التي نصت عليها المادة (٩٦) من الاتفاقية. ويبدو قصور الاتفاقية ايضاً اذا انتقلنا الى البيوع الافتراضية او غير المادية التي هي في الاصل محل عقود التجارة الالكترونية فبرغم اتساع نطاق الاتفاقية للبيوع التي تتم على الشبكة وتنفذ خارجها بسبب طبيعتها المادية واتساع هذا النطاق كذلك للبرامج النموذجية الحاسبات الالية على اساس انها اموال مادية مقارنة ببيع الكتب او الاسطوانات حيث يكون النشاط الفكري مدمجا في دعامة مادية ملموسة عندما يكون تحميله على اسطوانة صلب للحاسوب الا ان الاتفاقية تستبعد من نطاقها كافة البيوع الافتراضية او غير المادية كما هو الشأن في حالات ارسال البرمجيات الالكترونية عن طريق البث المباشر على الشبكة عدم صلاحية المعيار الوارد في اتفاقية الامم المتحدة (فيينا ١٩٨٠) وهو معيار تواجد اماكن عمل الاطراف في دول مختلفة بالتطبيق على عقود التجارة الالكترونية عجز وقصور الاتفاقية عن تحديد النطاق الشخصي لتطبيقها قصور وعجز تجار او رجال الاعمال

المهتمين بالتجارة الالكترونية على ايجاد قواعد مادية خاصة بالتجارة الالكترونية تتمشى والواقع غير المادى لهذه التجارة ورغم اهية هذه المحاولات التى ترجمت الى مشروع اتفاقية خاصة بالتجارة الالكترونية وعقود نموذجية وقوانين نموذجية وتقنيات سلوك وقرارات تحكيم فان هذه القواعد مجتمعة ما زال يشوبها القصور والعجز عن تلبية كافة احتياجات التجارة الالكترونية ويبدو لنا هذا القصور فى الاتى قصور الاتفاقيات الدولية عن تلبية احتياجات عقود التجارة الالكترونية بسبب التباين الشديد فيما بينها سواء فى شأن اجراءات ورسائل الاثبات او بخصوص تنقيح او تعديل تلك الاتفاقيات عجز القوانين النموذجية عن تغطية كافة مسائل التجارة المعنية بالتجارة الالكترونية والتوقيعات الرقمية مثل المسئولية، تسوية المنازعات، نقل الحقوق من السلع المادية وغير المادية، العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والوسيط وعقود الاستهلاك، الخ افلات بعض قضايا التجارة الالكترونية من نطاق التوجيه الاوروبى الخاص بالتوقيعات الالكترونية مثل الشروط الشكلية اللازمة لابرام العقد علاوة على ذلك فان التوجيه الاوروبى المعنى بالتجارة الالكترونية لم يتضمن سائر قواعد اضافية بخصوص القانون الواجب التطبيق على عقود الالكترونية قلة مساهمة تقنيات السلوك فى تاسيس القواعد المادية بالتجارة الالكترونية بسبب التباينات الكثيرة فيما بينهم والمتعلقة بمدى ونطاق نغطيتها للقضايا التقنية والقانونية وكذلك بشأن الطريقة التى يجرى بها تناول هذه القضايا ضعف مشاركة العقد النموذجية فى تكوين القواعد المادية للتجارة الالكترونية بسبب الطبيعة غير المجانة للنماذج العقدية بسبب تعارض بعض بنودها مع

قوانين الامرة وعدم اعترافها بنظام التوقيع لرقمى او الكتابة الالكترونية التى تقرها الانظمة القانونية النطاق الضيق والمحدود لقرارات التحكيم الالكترونى التى تتم عبر الانترنت الذى يقودنا الى التشكيل فى وجود عادات خاصة بالتجارة الالكترونية مما يشكك فى التحكيم كمصدر للقواعد المادية الالكترونية صعوبة استخدام مصطلح العرف فى مجال التجارة الالكترونية لان المعايير المادية والنفية التى تتكون منها القاعدة العرفية يصعب نقلها بمواصفاتها التقليدية الى مجال عقود الجارة الالكترونية التى تتم عبرشاشات الحواسب الالية يوجد تباين فى القوة الالزامية للمصادر القانونية التى تشكل منها القواعد المادية للتجارة الالكترونية فهناك قواعد ملزمة للاطراف وحدهم كما هو الحال ف الاتفقيات الدولية والعقود النموذجية والتوجيهات لوربية وتوصيات غير ذات قيمة الزامية تصدرها الهيئات واللجان غير الحكومية ، وهناك أخيراً أحكام نموذجية مقترحة على الدول أو على المعنيين بالعمليات التجارية عبر الشبكة الدولية (إنترنت). أمام القصور والعجز الذى يعترى القواعد المادية للتجارة الالكترونية تتضح أهمية إخضاع قواعد التجارة الالكترونية التى تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية للقانون الذى يختاره أطراف العقد صراحةً . وتؤكد هذه الأهمية عندما يقوم الأطراف بإخضاع عقدهم إما لقانون دولة معينة تعترف بصحة المعاملات الالكترونية التى تتم عبر شبكة الانترنت أو إخضاع عقدهم لاحكام عقد نموذجى معترف به فى الاوساط التجارية يقر بصحة تلك العمليات الالكترونية ههذ الحرية تعطى للاطراف الحق فى ان يختاروا قانوناً يحكم العقد فى جملته وقوانين اخرى لتحكم بعض جوانبه دون لزوم صلة حقيقة

بين القوانين المختارة والعقد على ان ينصب هذا الاختيار على القواعد الموضوعية أو امادية فى القانون المختار دون قواعد التنازع فى هذا الاخير .صعوبة التعويل على القرائن أو العلامات التى يستدل بها القاضى على الإرادة الضمنية للأطراف فى العقود الدولية التقليدية مثل لغة العقد أو إبرامه أمام موثق دولة معينة أو العملة التى يتم الوفاء بها لتحديد القانون الذى يحكم عقود التجارة الالكترونية .إذا كان النظام العام يشكل قيوداً على حرية الأطراف واتفاقاتهم الصريحة والضمنية فإن تحديد مضمون هذا النظام يثير صعوبات فى مجال المعاملات الإلكترونية تضاف الى صعوبات فى مجال العقود الداخلية والدولية فالمعاملات الالكترونية غير خاضعة لسيطرة أية سلطة حكومية أو سياسية لك نعتقد انه ليس أمامنا إلا أن نتنظر ربما يحمل المستقبل مزيداً من التحديد لهذه الفكرة ومزيداً من الاتفاق الدولى حولها .فى حالة سكوت الأطراف عن اختيار قانون معين يحكم العقد صراحةً أو ضمناً فإنه من الصعب الاستناد إلى ضوابط الإسناد التقليدية المعروفة فى القانون الدولى الخاص مثل قانون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد لان هذه الضوابط تؤدي فى النهاية إلى توطين او تركيز الرابطة العقدية مكانياً ، فى حين ان المعاملات التى تتم عبر الإنترنت تقود إلى عالم غير مادي قانه الارام والبيانات ومن ثم فإن تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية التى تتم عبر الانترنت يثير الكثير من الغموض والصعوبات .إذا كان معيار محل إقامة المدين بالاداء المميز معياراص تنص له الاتفاقيات الدولية المنية بالقانون الدولى الخاص (روما ١٩٨٠)

فإن تطبيق هذا المعيار على عقود التجارة الإلكترونية يثير صعوبات جادة وحقيقية لأن هذا المعيار يعتمد على مرتكزات جغرافية لاتلائم طبيعة المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت التي تتعدى الحدود الجغرافية أو المكانية. إذا كان منهج القواعد الماديسة غير كاف لحكم علاقات التجارة الإلكترونية فإن تطبيق منهج التنازع لم يكن بمنأى عن النقد. فقد أثار تطبيق هذا المنهج فى مجمله صعوبات حقيقية بعضها يتعلق بالقانون المختار باتفاق الاطراف مثل صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد ، وصعوبة التحقق من هوية المتعاملين عبر شبكة الانترنت أو اثبات اتفاقهم على اختيار قانون معين لحكم العقد وصعوبة اختيار قانون معين لايترف بصحة العمليات الالكترونية والبعض الذى خسر من هذه الصعوبات يخص القانون المعين بواسطة القاضى مثل صعوبة التوطين او التركيز الموضوعى للرابطة العقدية أو صعوبة توطين محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو محل إقامة الأطراف. المقترحات: نقترح حذف الفقرة (أ) من المادة (٢) من اتفاقية الامم المتحدة لبيوع البضائع (فينا ١٩٨٠) لاسيما عبارة "إلا إذا كان البائع لايعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده ولايفترض فيه أن يعلم بأن البضائع مشترة لاستعمالها فى أى وجه من الوجوه المذكورة" ونستند فى ذلك إلى أن هذه الفقرة لاتتمشى مع واقع العقود الإلكترونية كما ان هناك صعوبة من الناحية العملية فى التعرف على صفة الأطراف والتي تكون مستترة دائماً، هذا إلى جانب ارتفاع نسبة المشتروات الاستهلاكية على شبكة الانترنت عما كان عليه الحال فى العود التي تتم بالطرق التقليدية. نقترح للتمييز بين الغيجاب والدعوة إلى التعاقد بشأن التعاقد الإلكتروني التفرقة بين المواقع التي

تعرض سلعاً أو خدمات من خلال أساليب تسمح بالتفاوض والمواقع التي لاتجيز التفاوض . ونتيجة لذلك يعد دعوة الى التعاقد إذا كان الموقع يعرض معلومات عن الشركة ومنتاجتها فقط واتصالات العملاء بالشركة تتم خارج الشبكة ، أما إذا كان الموقع يستخدم أساليب تسمح بالانتقال من مرحلة التفاوض إلى الإبرام والتنفيذ الفوري للعقد ، إذا كانت السلع افتراضية ، وبشرط وجود رصيد من السلعة وبقاء العرض قائماً حتى يقترن به القبول فإن هذا يعد إيجاباً صالحاً لأن يقترن به قبول صالح لإتمام العقد . يجب تفسير "اصطلاح البضائع" الوارد فى اتفاقية فيينا تفسيراً واسعاً ليشمل كافة المعاملات التى تتم عبر الشبكة وتنفذ خارجها ، لان هذه المعاملات بضائع او أشياء مادية ، وأيضاً ليشمل النشاط الفكرى المدمج فى دعامة مادية ملموسة ، مقارنة بيع الاسطوانات . تتبنى معيار مكان تاسيس المؤسسة الفعلى كبديل لمعيار مكان العمل الذى وضعته اتفاقية فيينا للتخلص من الصعوبات التى تواجه الاتفاقية عند تطبيقها على عقود التجارة الالكترونية . نقترح تعديل الاتفاقيات الدولية أو تقييحها حتى تقبل التطبيق على المعاملات الالكترونية التى تتم عبر الانترنت ولضمان التنسيق بين الاتفاقيات الدولية وتعزيز إمكانية التنبؤ فى المعاملات التجارية الدولية كفالة توحيد تطبيق تلك الاتفاقيات فننا ننادى بضرورة وضع اتفاق دولى موحد يلبي احتياجات التجارة الدولية ويساهم فى تطور معاملات التجارة الالكترونية ونعتقد أن هذا الإصلاح يمكن ان يتحقق من خلال وضع "اتفاق تفسيري" يتضمن أيضاً عريضاً لمفاهيم الكتابة والتوقيع والمستند والاصل ، على ان يكون مفهوماً ان هذا الاتفاق يجد تغييراً فى التفسيرات القائمة لاجرد توضيح لها

ونقترح ان يكون إصدار هذا الاتفاق من خلال لجنة الامم المتحدة للقانون التجارى الدولى باعتبارها الجهة المنوط بها تشجيع التنسيق والتوحيد التدريجين للقانون التجارى الدولى علاوة على أنها الجهة التى تمثل فيها كافة النظم الاقتصادية والقانونية والرئيسية فى العالم . وحتى يكون هذا الاتفاق مجدياً فإننا نوصى بالابتعاد قدر الإمكان عن إثارة التحفظات كما أننا نوصى بأن يتم اعتماد هذا الاتفاق من خلال مؤتمر دولى تدعو فيه الجمعية العامة للامم المتحدة الدول الاعضاء فى الجماعة الدولية لإضفاء الصفة الرسمية على هذا الاتفاق . وحتى نضمن وحدة تفسير تلك المفاهيم _ الكتابة ، التوقيع ، السند وحتى يمكننا تجنب مخاطر التباين بين النصوص الدولية والوطنية ، فإننا نوصى بضرورة التمسك بالنمط نفسه من التعريفات مع الاسترشاد بالقانون النموذجى الذى أعدته لجنة الامم المتحدة فى هذا الشأن . الاعتراف بالقوه الإلزامية للتوجيهات الأوروبية خاصة إذا تم تحديد مدة زمنية معينة ينبغى خلالها على الدول الأعضاء تعديل قوانينها وفقاً لأحكامها . الاعتراف بالقوه الملزمة للقوانين النموذجية المعنية بالتجارة الالكترونية فهذه القوانين تعد شكلاً من أشكال التقنين العرفى يمكن للقاضى الوطنى الاستناد إليها باعتبارها مصدرراً للقاعدة القانونية فالطور السريع الذى تشهده المعاملات عبر الشبكة الدولية أدى إلى اختلاف طريقه تكوين العرف ، حيث أصبح تكوين القاعدة العرفية سابقاً على تطبيقها خاصة بعد ظهور نظرية العرف الفوى أو السريع . الاعتراف بالإلزام لتقنيات السلوك لعى الأقل فيما بين المشروعات أو التجار فهذه التقنيات تسمح بوجود ضوابط مهنية ملزمة للتجار ورجال الأعمال فى معاملاتهم عبر الشبكة الدولية

تشكل مخالفتها خطأ يستوجب المسؤولية. نوصى المتعاملين فى المجال الإلكتروني عبر شبكة الاتصالات الدولية (الإنترنت) بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة عند الاتفاق حول بنود العقد. تنظيم اتفاقية دولية، يحدد فيها القواعد التى تدخل فى النظم العام المعنى بالتجارة الإلكترونية، والدور الذى تحققه هذه القواعد والجزاء المترتب على مخالفتها مع الأخذ فى الاعتبار طبيعة العلاقات الإلكترونية وما تتطلبه من حرية أوسع للمتعاقدين ضرورة أن تقوم الحكومات، بإزالة كافة العقبات القانونية التى تحول دون استخدام شبكة الإنترنت فى إبرام الصفقات القانونية، وأن تعطى للكتابة الإلكترونية والتوقيعات الرقمية قوة قانونية مساوية للكتابة اليدوية والتوقيعات الخطية فضلا عن قبول الوثائق الإلكترونية فى الإثبات. ضرورة التعاون بين الدول من أجل تحدي بعض المفاهيم الخاصة بالقانون الدولى الخاص فى المجال الافتراضى مثل مفهوم التركيز الافتراضى للرابطة العقدية والمتعاملين عبر اشبكة بغية تفضى الصعوبات التى يثيرها أعمال ضوابط الاختصاص القانونى التقليدية. إزاء صعوبة التحقق من اطراف العقد، فإننا نقترح أن يدرج شرط فى عقود التجارة الإلكترونية يلزم الطرفين بالادلاء بجميع البيانات الشخصية التى تفصح عن هويتهم و لاسيما الاسم والعنوان الجغرافى وفى حال عدم التزام أحد الأطراف بهذا الشرط يكون للطرف الأخر عند حدوث النزاع الحق المطالبة فى تطبيق قانونه الوطنى او أى قانون آخر يمكنه من الحصول على هدفه المنشود. أما صعوبة إثبات العمليات الإلكترونية فإننا نوصى المشرع الوطنى والجماعات الدولية برفع النصاب القانونى الذى يلزم لإثبات المعاملات كتابة أو بوضع

استثناء جديد إلى جانب الاستثناءات القانونية يسمح بقبول أدلة الإثبات الإلكترونية أو الاعتراف بصلاحيه التوقيعات الإلكترونية. وأخيراً، نهيب بالمشرع المصرى خاصة وأعضاء الجماعة الدولية عامة، وضع تنظيم قانونى خاص بعقود التجارة الدولية التى تتم عبر الشبكة الدولية يراعى فيها طبيعة تلك المعاملات. ونشيد هنا بمشروع الاتفاقية الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة كمثال يحتذى به . كما أننا نناشد الهيئات الدولية المعنية بالتجارة الإلكترونية وضع عقد نموذجى ينظم المعاملات الإلكترونية التى تتم بين التجار أو رجال الاعمال عبر الشبكة الدولية .