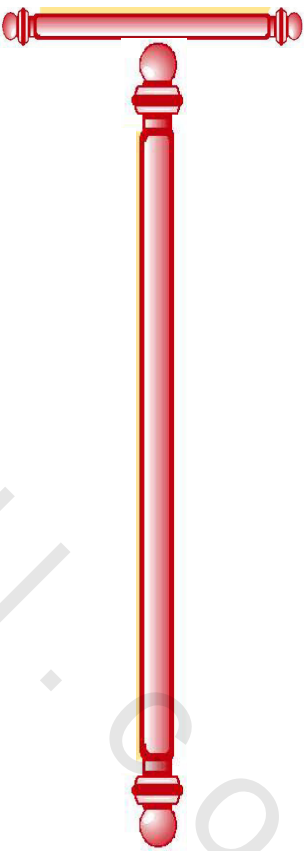
الفصل الثامن



تسوية المنازعات

obeikandl.com

obeikandl.com

وجود العقد يتحدد وجود العقد من خلال إشتماله علي شروط قيامه صحيحا من الوجهة القانونية كما يتأكد وجود العقد من خلال إتخاذ الإحتياطيات اللازمه لمواجهة المخاطر التي تفرضها الطبيعة غير المادية والفنية للأنترنت "شروط وجود العقد إذا كانت العناصر الرئيسيه لوجود العقد هي المحل والسبب والأهلية والتراضي ففي الحقيقة أن العناصر الأولي لا تشكل خصوصية في العقود الإلكترونية حيث تخضع لذات القواعد المعمول بها في العقود التقليديه في حين أن التراضي له طبيعة خاصة بالنسبه للعقود المبرمه عبر الأنترنت نظراً لغياب العناصر المادية التقليدية التي يمكن من خلالها التعبير عن التراضي كالدعامة الورقية .

دور التراضي في وجود العقد إذا كان العقد محل الدراسة عقد رضائي لا يلزم إفراغه في شكل معين إلا أن الأمر لايبدو سهلاً بالنسبة للعقود الإلكترونية التي تبرم عبر الأنترنت نظراً للطبيعة غير المادية لهذا الأخير بإعتباره الوسيلة التي يبرم من خلالها العقد . من هنا فإن تحديد كيفية تبادل التراضي بين المتعاقدين عبر الأنترنت خطوة أساسية كي يمكن الحصول علي الرضاء المطلوب لإبرام العقد إلا أنه يحسن أن نبين إبتداءاً مفهوم التراضي في العقود الدولية وفقاً لمبادئ UNIDROIT " مفهوم التراضي في العقود الدوليه وفقاً لمبادئ UNIDROIT .التراضي هو إظهار الإرادة من الأطراف إزاء عملية إبرام العقد بحيث يعلن كل طرف إدارته بخصوص ما يعرضه الطرف الآخر وهذا ما يعبر عنه تقليدياً بعملية الإيجاب والقبول فالإيجاب هو إظهار للإرادة المنفردة من جانب الشخص تعبر عن رغبته في الدخول في عملية عقدية مع الطرف الآخر الموجه إليه الإيجاب بحيث أن القبول من هذا الأخير يمثل المحطة النهائية

obeikandi.com

لإبرام العقد . لهذا يجب أن يكون هذا الإيجاب باتاً وكاملاً بحيث يتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد . وإذا كانت بعض العناصر – كتحديد الثمن وصف محل العقد سواء أكان شيئا أو خدمة معينة ومكان وزمان التسليم وتبدو أساسية في الإيجاب كي يكون مستوفياً شروط إبرام العقد إذا ما إقترن به قبول مطابق إلا أن هذا الحكم لا يكون دواماً مطابقاً لحقيقة الواقع لأن ظروف التعاقد قد تسفر عن عدم أهمية تحديد مثل تلك العناصر السابقة كي يبدو العرض مستوفياً شروط الإيجاب اللازم لإبرام العقد . خذ المثال التالي " A أبرم عقد مساعدة فنية مع B لصيانة النظام المعلوماتي من حاسوب وغيره من البرامج الموجودة في منشأته وقام الأول بإضافة عناصر معلوماتية جديدة إلي منشأته " من حاسوب وبرامج " وطلب من الثاني أن يتولي تزويده أيضاً بالمساعدة الفنية للعناصر الجديدة الذي وافق علي هذا العرض دون تحديد الثمن أو مكان أو زمان تنفيذ العقد الجديد . رغم هذا النقص إلا أن العقد لا يعوزه شئ كي يتم إبرامه وذلك لأن مثل هذه العناصر التي لم يتم الإتفاق عليها يمكن إفتراضها من العقد الأول . يتحقق للإيجاب الوجود المادي منذ لحظة خروجه من الموجب ولكن لاينتج أثره القانوني إلا بعد الإتصال بعلم الموجه إليه الإيجاب معني ذلك أن الموجب يكون في حل من إيجابه قبل أن يتصل بقبول مطابق من المستفيد من هذا الإيجاب من خلال إرسال ما يفيد القبول ولكن مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص قد أوردت استثنائين بتوافرهما لايمكن للموجب أن يفض إيجابه حتي قبل وصول القبول من المستفيد هاتين الحالتين هما : إذا أوضح الموجب في إيجابه بفواتها يخلع يده من هذا الإيجاب الحالة الثانية إذا كان هناك سبب معقول يجعل المستفيد يتعتقد

أنه لن يسحب الإيجاب إلا بعد وصول القبول وكما لو كانت هناك معاملات سابقة بين الطرفين تؤكد حدوث ذلك أو كما لو كانت طبيعة الأيجاب نفسه تقتضي الإنتظار فترة زمنية معينة كي يستطيع المستفيد أن يعلن موقفه من الإيجاب كما لو أعلنت إحدي الجهات أو الشركات الكبري عن رغبتها في إنشاء نظام معلوماتي داخلها موجهة هذا الإيجاب إلي شركة أخري معينه متخصصة في نظام المعلومات لا شك أن إقامة مثل هذا المشروع الكبير يحتاج إلي عمل دراسة جدوي وإلي دراسي سوق المعلومات " أثمان الكمبيوتروأثمان إعداد البرامج اللازمة للمشروع وغيرها من العناصر المادية اللازمة له " كل هذه الإجراءات تحتاج إلي فترة زمنية معقولة ووقت كاف كي يمكن القيام بها .من ناحية أخري يجب أن يتصل الإيجاب بقبول مطابق متفقاً تماماً مع جميع عناصر الإيجاب وذلك دون تغيير وذلك حتي يمكن الحديث عن إبرام العقد . هذا يعني أن الموجه اليه الإيجاب إذا عدل في العناصر الجوهرية للإيجاب أو أضاف أموراً أخري جوهرية هنا ينقلب القبول إلي إيجاب مستلزماً قبولاً مطابقاً من الطرف الأول كما ذهبت إلي ذلك إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ولكن كيف يمكن التفرقة بين الأمور الثانونية وغيرها الجوهريه ؟ في الحقيقة إذا كان لايمكن الجزم كما ذهبت إلي ذلك المعلقين علي نصوص العقد الدولي الموحدة الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بوجود معيار ثابت لما يعد من الأمور الجوهرية وغيرها تلك التي لا تحوز هذه الصفه حيث ذلك يتوقف علي ظروف كل حالة عقديه إلا أنه يمكن إعتبار من قبيل المسائل غير الجوهرية التعديلات البسيطة المتعلقة بالثمن مكان التسليم وقت تنفيذ العقد وغيرها من الأمور التي يمكن إعتبارها عادية ومألوفة في الوسط

التجاري الذي ينتسب إليه العقد أي يمكن الإحتكم إلي العادات والأعراف السائدة في الوسط الذي ينتسب اليه طرفا العادات والأعراف السائدة في الوسط الذي ينتسب اليه طرفا التبادل لتقرير ما يعد من التعديلات البسيطة التي لاتشكل تغييراً جوهرياً ومن ثم لا تؤثر علي وجود الإيجاب وعلي القول بتلاقي القبول الصادر عن الموجه إليه الإيجاب معه فمثلا عرض A علي B ما كينة معينة فوافق الأخير علي الشراء مرسلاً خطاباً بما يفيد القبول ولكن كان متضمناً شرطاً يفيد بضرورة حضوره إختبارات الماكينه في موقع البائع قبل تصديرها إليه في منشأته مثل هذا العنصر الإضافي لا يعد تغييراً جوهرياً ولا يؤثر علي إبرام العقد إذ يندمج في شروطه العقدية ولكن بشرط ألا يعلن البائع عدم موافقته علي الشرط عكس ذلك يعد تعديلاً جوهرياً مؤثراً علي وجود الإيجاب إذا إشترط Bأن يتم الفصل في التراع وفقا للتحكيم إضافة مثل هذا العنصر يشكل تغييراً جوهرياً يؤثر علي وجود الإيجاب الصادر من الطرف الأول ويمنع إبرام العقد نفس هذه الإضافة لا تعد تعديلاً ذا أثر علي إبرام العقد إذا كانت هناك تعاملات سابقة بين الطرفين تم اللجوء فيها إلي التحكيم أو كان الوسط التجاري الذي ينتمي اليه المتعاقدان يشهد كثيراً اللجوء إلي التحكيم كوسيلة لفض المنازعات .

كيفية تبادل التراضي عبر شبكة الأنترنت العنصر الجوهري اللازم لعملية إبرام العقد هو تبادل التراضي بين المتعاقدين وهذا يتم من خلال عملية الإيجاب والقبول وفي هذا الصدد لا يختلف العقد موضوع الدراسة الذي يتم من خلال شبكة الأنترنت عن نظيره الكلاسيكي حيث يجب أن يتوافر الإيجاب والقبول كمعبر أساسي عن توافر التراضي من جانب المتعاقدين إزاء العملية العقدية غالباً ما يتم العقد في

صورته التقليدية من خلال مجموعة عناصر مادية أهمها هو تلاقي الأطراف المتعاقدة علي مائدة المفاوضات توصلاً إلي إبرام العقد ويتم تثبيت العناصر اللازمه لإبرام العقد علي دعامة ورقية ولكن خصوصية العقد الذي يتم علي شبكة الأنترنت تتجلي بخصوص هاتين النقطتين إذ يغيب هذا الوجود المادي عن العقد : فمن ناحية يكون طرفي عمليتي الإيجاب والقبول متباعدين بحيث يتم الإلتقاء بينهما من خلال تبادل المعلومات المعالجة بلغة الكمبيوتر من خلال شبكة الأنترنت والتي تعد بيئة غير مادية حيث يتم تبادل التراضي من خلال تبادل الرسائل عبر شبكة الويبو WEB بمعني أن وسيلة التعبير التقليدية وهي الكتابة لا يكون لها وجود إزاء هذه الوسيلة الحديثة في مجال التعاقد الواقع أن قانون الإلتزامات العقدية التقليدي " في القوانين الوطنية أو الدولية " يستطيع مواكبة وسائل العصر الحديثة في هذا الصدد وذلك لأن العقد محل الدراسه كما أوضحنا أعلاه ذا طبيعة رضائية بحيث لا يحتاج إلي الكتابة لتعبير كل طرف عن إرادته لإبرام العقد هذا يعني أن العقد يتم إبرامه بمجرد تلاقي الإرادتين بغض الطرف عن وسيلة التعبير أي يستوي أن يكون هذا الرضاء ثابتاً علي دعامة ورقية مكتوبة أو مسموعاً " من خلال التيلفون " أومرئي مسموع " من خلال الأنترنت " وهناك طريقة أخري أكثر تداولاً علي شبكة الأنترنت يمكن من خلالها إبرام عقد الأشتراك في بنوك المعلومات عبر الأنترنت وهي الإعلانات إن عملية الإعلان التي تتم من خلال شبكة الأنترنت يمكن أن تحدث بواحد من الطرق التالية : الأولي يكون من خلال أحد المواقع المخصصة للإعلانات مثل تلك المواقع تكون معروفة اذ يكفي الضغط علي أحد الكلمات أو الصور والتي تكون معروفة وملفتة للعين وذلك لنفاذ الزائر إلي هذا

الموقع أما الطريق الثاني فإن يكون من خلال شغل الإعلان جزء من أحد المواقع أو في صفحة الإستقبال منه بحيث أن متابع الموقع يقابله عند الدخول إلي الموقع والطريق الثالث يمكن أن يكون الإعلان عن منتج معين موجود بإختصار في صفحة الإستقبال في أكثر من موقع ونهاية يمكن أن يكون الإعلان موجه إلي شخص محدد من خلال البريد الإلكتروني حيث أن هذا الأخير يسمح بتوجيه رسالة مصحوبة بإعلان إلي أحد أو مجموعة أشخاص والسؤال هو هل يمكن أن يكون الإعلان بمثابة إيجاباً كافياً لإبرام العقد ؟ لقد عرفت القواعد الأوربية المتعلقة بالتلفازالعابر للحدود الصادرة في ١٩٩٧ الإعلان بأنه " مجموعة الرسائل التي يبثها شخص عام أو خاص في إار نشاطاته التجارية أو الصماعية أو المهنية والتي يهدف من خلالها الترويج لمنتجاته أو خدماته " واضح من هذا التعريف أن الإعلان الدولي يستهدف أساساً حث الزبون علي التعاقد أي أنه مجرد دعوة إلي التعاقد وليس إيجاباً به يتم إبرام العقد إذا ما اقتران بقبول مطابق من جانب الزبون وذلك لأنه غير موجه إلي شخص محدد وهذا ما ذهبت اليه إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع إلا أن هذا التكييف ليس مطلقاً في جميع الأحوال إذ يمكن أن يقلب إلي إيجاب وذلك إذا وجدت نية لدي المعلن في الإرتباط بالعقد إذا ما صادفه قبول مطابق وهذا يتحقق إذا كان الإعلان متضمنا ما يفيد إلتزام الشخص بإبرام العقد إذا ما صادفه قبول من أحد الأشخاص هكذا فإن الإعلان الذي يتم عبر شبكة الأنترنت يمكن أن يشكل ايجاباً إذا ما كان متضمناً إعطاء الزبون الحق في إرسال رد عبر شبكة الويبو يفيد برغبته في التعاقد بناء علي العناصر الواردة في الإعلان أو إرسال الرد عبر البريد الإلكتروني إلي الموجب وفي الحقيقة إن هذا التكييف ينسجم أيضاً مع

مبادئ UNIDROIT حيث ذهبت إلي أن الإعلان إذا كان متضمناً الخصائص الجوهرية به لموضوع العقد ومشيراً إلي إبرام العقد إذا ما أقترن به قبول مطابق في هذه الحالة ينقلب إلي إيجاب ينعقد به العقد من خلاله لإبرام العقد وفقاً للعناصر الصادرة من الموجب . وفي هذا الصدد يمكن أن يكون القبول من خلال الضغط علي مؤشر " نعم " الوارد علي صفحة الويبو . فالقبول يجب أن يكون واضحاً ومحدداً ويمكن ألا يتم الإكتفاء بمجرد الضغط علي كلمة " نعم " وإنما يتم تزويد النظام المعلوماتي لدي العميل بما يمنع من إرسال القبول بمجرد الضغط علي هذه الكلمة إلا بعد التأكد من أنها تعبر جدياً عن رغبته في التعاقد . فمثلاً بعد أن يضغط العميل علي " نعم " يظهر له بعد ذلك علي شاشة الكمبيوتر عبارة " هل انت تريد فعلا الإشتراك في بنك المعلومات وفقا لعناصر الإيجاب الموجهه اليك من المورد " كما يمكن الإنفاق علي ضرورة بث رسالة تؤكد وصول الرسلة الإلكترونية الموجهة من المورد وقبول مضمونها بما يفيد إبرام العقد . ومن هنا فإن إرسال ما يفيد وصول الإيجاب دون إشارة إلي الموافقة علي مضمونه أو يكون القبول معلقاً علي شرط أو يكون من خلال الإرتباط الفعلي بالعقد حيث يقوم العميل أو الزبون بدفع الثمن الكترونياً مستخدماً الكارت البنكي وذلك بالضغط علي رقمه البنكي ولكن القبول لا يمكن أن ينتج من السكوت إلا إذا كانت هناك مؤشرات تدل علي إتجاه إرادة الشخص نحو القبول كما لو كان هناك إتفاق مسبق من جانب الأطراف علي أنه في حالة مرور مدة معينة دون أن يتلقي الموجب قبولاً فإن فوات المدة قرينة علي قبول الإيجاب الموجه اليه أو إذا كانت هناك عادات جارية فيما بينهما تعتبر السكوت قبولاً خذ المثال التالي أطلب من ب تصميم برنامج

لأجل الدخول إلي بنك المعلومات قام الأخير بتنفيذ هذا البرنامج تلقائياً دون أن يعلن قبل ذلك موافقته علي العرض أو دون أن تكون هناك عادات جارية بين الطرفين تسمح بوجود عادات بين الطرفين تؤكد إعتبار السكوت والتنفيذ الفعلي للعرض قبولاً مطابقاً في هذه لا يمكن لـ ب أن يطالب أ بدفع المقابل النقدي لإعداد البرنامج إذا رفض الأخير قبول البرنامج .

- يذهب أنصار القانون الإلكتروني إلى القول بأن تسوية منازعات التجارة الالكترونية يجب أن تتم بعيداً عن المحاكم الوطنية بواسطة قضاء متخصص قضاته من رجال التجارةالإلكترونية ذوى الخبرة بفروعها المختلفة ووفقاً لهذا الاتجاه فإن أفضل وسيلة لتسوية تلك المنازعات الإلكترونية هى التحكيم والوساطة الالكتورنية على أساس أن هذه الوسيلة متاحة بين مستخدمى الإنترنت علاوة على سرعتها وملائمتها للتطورات التى تواكب التجارة الالكترونية .والواقع أن نجاح هذه الدعوه مازال محدواداً حتى اليوم غير أن هناك حكم تحكيم صدر عن قضاء التحكيم الالكترونى يؤكد هذه الوجهة من النظر وهو الحكم الصادر فى قضية TIERNEY AND EMAIL AMERICA .فى هذه القضية مقدم الشكوى طالب بإلغاء إعلان عرض بواسطة شركة AOLقد تم إرساله عن طريق EMAIL AMERCAووفقاً لمقدم الشكوى فإن موضوع الإعلان كان بيع قائمة بعناوين البريد الإلكترونى التى بيع الإعلانات الإلكترونية وهذا قد يؤثر على مصالح مستخدمى الإنترنت لأن الإعلان أقنعهم بأنه مقدم بواسطة جماعة الإنترنت PAR LA COMMUNAUTE CYBERNETIQUE بالإضافة إلى ذلك فإن طريقة عرض الإعلان مضللة وتشجع على التعدى

على الحياة الخاصة .بناءً على ذلك طلب القاضى من شركة AOL سحب الإعلان مستنداً فى ذلك إلى الحجج التى سبق أن قدمها مقدم الشكوى .هذا الحكم يشير ألى وجود قواعد مادية تصدر داخل مجتمع الإنترنت وهى حظر أو منع الإعلانات الإلكترونية غير المشروعة أو التى يقال عنها BULK E_MAITING والأكثر من ذلك أنه يشير إلى مصالح مستخدمى الإنترنت داخل المجتمع الالكترونى .

- **الخلاصة** : أن المصادر التنظيمية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية تتكون من خمسة عناصر أساسية تتمثل فى : الاتفاقيات الدولية والتوصيات الدولية الاساسية وتقنينات السلوك والعقود النموذجية وقرارات التجكيم الإلكترونية .وبجانب هذه المصادر ذات النشأة التنظيمية النابعة عن الجهات والهيئات المعنية للتجارة الإلكترونية توجد مصادر أخرى ذات نشأة تلقائية تتمثل فى العادات والممارسات المستقرة داخل السوق الإلكترونية

إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل تكوين العقد على الرغم مما يقول به جانبمن الشراح بأفول ضابط محل إبرام العقد فقد رأينا عدداً من التشريعات تستند إليه لتعيين قانون العقد فى حال انتفاء الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف فى هذا الشأن لاسيما إذا لم يكن لهم جنسية مشتركة كما هو الحال بالنسبة للقانون المدنى الأسبانى والقانون الإيطالى أو إذا لم يكن لهم موطن مشترك كما هو الشأن فى القانون المصى والقانون البرتغالى .

ومن جانبه يعتد القضاء الفرنسى بمكان إبرام العقد كمعيار هام لتحديد القانون الذى يحكم العقد حال انتفاء اختيار الأطراف لهذا

القانون كما أن قواعد التنازع الفرنسية تنظم شكل التصرف فى القانون فى الغالب وفقاً لقاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف وقد قيل فى تأييد إسناد الرابطة العقدية لقانون محل تكوين العقد الآتى : أنه إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقة وجادة بين القانون والعقد أنه يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلاً عن غيره ._أنه يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون لذى يحكم العقد ومن ثم يكفل لهم الأمان القانونى المنشود ويصون لهم توقعاتهم حيث يمكنهم إبرام عقدهم فى بلد معين يعترف بصحة التوقيعات الالكترونية ويعترف كذلك بصحة التصرفات القانونية التى تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية ذاتها .

- أنه يضمن وحدة الحلول القانونية التى تطبق على الرابطة العقدية[1] على أن يحجج التى ساقها أنصار الرأى المؤيد لإسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد يمكن أن توجه إليها بعض سهام انقد على النحو التالى : أن إبرام العقد فى بلد ما قد يم بناءً على ظروف عرضة لا تكفى لقيام رابطة حقيقية وجادة بين العقد وقانون محل إبرامه حيث يمكن للشخص أن يتعاقد من خلال جواله الخاص أو حاسوبه الشخصى وهو ينتقل من دولة إلى أخرى أو يتواجد فى أماكن ل تخضع لإقليم دولة معينة ._أن إسناد الرابطة العقدية لقانون محل الإبرام قد يبدو ملائماً

(١) انظر د.هشام على صادق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية المرجع السابق بند ٣٧٤ ص ٥٥٣ ومايليها .

obeikandl.com

للروابط العقدية التى كانت تتم بين التجار فى مدن وغرب أوروبا غير أنه لم يعد مناسباً للمعاملات الت تتم عبر الشبكة الإلكترونية التى لاتسمح طبيعتها بتركيز تلك المعاملات تركيزاً مكانياً .

دور التراضي في وجود العقد إن العقد محل الدراسه عقد رضائي بحيث يكفي التراضي وحده لوجود العقد دون حاجة إلي وضع هذا الرضاء في وعاء مكتوب " لكن هذا التراضي وحده لا يكفي لوجود بعض الشروط العقدية كشرط التحكيم الإلكتروني

كفاية التراضي لوجود العقد إذا كان العقد محل الدراسة عقد رضائي لا يلزم إفراغه في شكل معين إلا أن الأمر لايبدو سهلاً بالنسبة للعقود الإلكترونية التي تبرم عبر الأنترنت نظراً للطبيعة غير المادية لهذا الأخير بإعتباره الوسيلة التي يبرم من خلالها العقد . من هنا فإن تحديد كيفية تبادل التراضي بين المتعاقدين عبر الأنترنت خطوة أساسية كي يمكن الحصول علي الرضاء المطلوب لإبرام العقد " إلا أنه يحسن أن نبين إبتداءاً مفهوم التراضي في العقود الدولية وفقاً لمبادئ UNIDROIT "مفهوم التراضي في العقود الدوليه وفقاً لمبادئ UNIDROIT .التراضي هو إظهار الإرادة من الأطراف إزاء عملية إبرام العقد بحيث يعلن كل طرف إدارته بخصوص ما يعرضه الطرف الآخر وهذا ما يعبر عنه تقليدياً بعملية الإيجاب والقبول فالإيجاب هو إظهار للإرادة المنفردة من جانب الشخص تعبر عن رغبته في الدخول في عملية عقدية مع الطرف الآخر الموجه إليه الإيجاب بحيث أن القبول من هذا الأخير يمثل المحطة النهائية لإبرام العقد . لهذا يجب أن يكون هذا الإيجاب باتاً وكاملاً بحيث يتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد . وإذا كانت بعض العناصر – كتحديد الثمن وصف محل العقد سواء أكان شيئا أو خدمة معينة

ومكان وزمان التسليم وتبدو أساسية في الإيجاب كي يكون مستوفياً شروط إبرام العقد إذا ما إقترن به قبول مطابق إلا أن هذا الحكم لا يكون دواماً مطابقاً لحقيقة الواقع لأن ظروف التعاقد قد تسفر عن عدم أهمية تحديد مثل تلك العناصر السابقة كي يبدو العرض مستوفياً شروط الإيجاب اللازم لإبرام العقد . خذ المثال التالي " A أبرم عقد مساعدة فنية مع B لصيانة النظام المعلوماتي من حاسوب وغيره من البرامج الموجودة في منشأته وقام الأول بإضافة عناصر معلوماتية جديدة إلي منشأته " من حاسوب وبرامج " وطلب من الثاني أن يتولي تزويده أيضاً بالمساعدة الفنية للعناصر الجديدة الذي وافق علي هذا العرض دون تحديد الثمن أو مكان أو زمان تنفيذ العقد الجديد . رغم هذا النقص إلا أن العقد لا يعوزه شئ كي يتم إبرامه وذلك لأن مثل هذه العناصر التي لم يتم الإتفاق عليها يمكن إفتراضها من العقد الأول . يتحقق للإيجاب الوجود المادي منذ لحظة خروجه من الموجب ولكن لاينتج أثره القانوني إلا بعد الإتصال بعلم الموجه إليه الإيجاب معني ذلك أن الموجب يكون في حل من إيجابه قبل أن يتصل بقبول مطابق من المستفيد من هذا الإيجاب من خلال إرسال ما يفيد القبول ولكن مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص قد أوردت استثنائين بتوافرهما لايمكن للموجب أن يفض إيجابه حتي قبل وصول القبول من المستفيد هاتين الحالتين هما : إذا أوضح الموجب في إيجابه بفواتها يخلع يده من هذا الإيجاب الحالة الثانية إذا كان هناك سبب معقول يجعل المستفيد يتعتقد أنه لن يسحب الإيجاب إلا بعد وصول القبول وكما لو كانت هناك معاملات سابقة بين الطرفين تؤكد حدوث ذلك أو كما لو كانت طبيعة الأيجاب نفسه تقتضي الإنتظار فترة زمنية معينة كي يستطيع

المستفيد أن يعلن موقفه من الإيجاب كما لو أعلنت إحدي الجهات أو الشركات الكبري عن رغبتها في إنشاء نظام معلوماتي داخلها موجهة هذا الإيجاب إلي شركة أخري معينه متخصصة في نظام المعلومات لا شك أن إقامة مثل هذا المشروع الكبير يحتاج إلي عمل دراسة جدوي وإلي دراسي سوق المعلومات " أثمان الكمبيوتروأثمان إعداد البرامج اللازمة للمشروع وغيرها من العناصر المادية اللازمة له " كل هذه الإجراءات تحتاج إلي فترة زمنية معقولة ووقت كاف كي يمكن القيام بها .من ناحية أخري يجب أن يتصل الإيجاب بقبول مطابق متفقاً تماماً مع جميع عناصر الإيجاب وذلك دون تغيير وذلك حتي يمكن الحديث عن إبرام العقد . هذا يعني أن الموجه اليه الإيجاب إذا عدل في العناصر الجوهرية للإيجاب أو أضاف أموراً أخري جوهرية هنا ينقلب القبول إلي إيجاب مستلزماً قبولاً مطابقاً من الطرف الأول كما ذهبت إلي ذلك إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ولكن كيف يمكن التفرقة بين الأمور الثانونية وغيرها الجوهريه ؟ في الحقيقة إذا كان لايمكن الجزم كما ذهبت إلي ذلك المعلقين علي نصوص العقد الدولي الموحدة الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بوجود معيار ثابت لما يعد من الأمور الجوهرية وغيرها تلك التي لاتحوز هذه الصفه حيث ذلك يتوقف علي ظروف كل حالة عقديه إلا أنه يمكن إعتبار من قبيل المسائل غير الجوهرية التعديلات البسيطة المتعلقة بالثمن مكان التسليم وقت تنفيذ العقد وغيرها من الأمور التي يمكن إعتبارها عادية ومألوفة في الوسط التجاري الذي ينتسب إليه العقد أي يمكن الإحتكم إلي العادات والأعراف السائدة في الوسط الذي ينتسب اليه طرفا العادات والأعراف السائدة في الوسط الذي ينتسب اليه طرفا التبادل لتقرير ما يعد من

التعديلات البسيطة التي لاتشكل تغييراً جوهرياً ومن ثم لا تؤثر علي وجود الإيجاب وعلي القول بتلاقي القبول الصادر عن الموجه إليه الإيجاب معه فمثلا عرض A علي B ما كينة معينة فوافق الأخير علي الشراء مرسلاً خطاباً بما يفيد القبول ولكن كان متضمناً شرطاً يفيد بضرورة حضوره إختبارات الماكينه في موقع البائع قبل تصديرها إليه في منشأته مثل هذا العنصر الإضافي لا يعد تغييراً جوهرياً ولا يؤثر علي إبرام العقد إذ يندمج في شروطه العقدية ولكن بشرط ألا يعلن البائع عدم موافقته علي الشرط عكس ذلك يعد تعديلاً جوهرياً مؤثراً علي وجود الإيجاب إذا إشترط B أن يتم الفصل في التراع وفقا للتحكيم إضافة مثل هذا العنصر يشكل تغييراً جوهرياً يؤثر علي وجود الإيجاب الصادر من الطرف الأول ويمنع إبرام العقد نفس هذه الإضافة لا تعد تعديلاً ذا أثر علي إبرام العقد إذا كانت هناك تعاملات سابقة بين الطرفين تم اللجوء فيها إلي التحكيم أو كان الوسط التجاري الذي ينتمي اليه المتعاقدان يشهد كثيراً اللجوء إلي التحكيم كوسيلة لفض المنازعات .

كيفية تبادل التراضي عبر شبكة الأنترنت العنصر الجوهري اللازم لعملية إبرام العقد هو تبادل التراضي بين المتعاقدين وهذا يتم من خلال عملية الإيجاب والقبول وفي هذا الصدد لا يختلف العقد موضوع الدراسة الذي يتم من خلال شبكة الأنترنت عن نظيره الكلاسيكي حيث يجب أن يتوافر الإيجاب والقبول كمعبر أساسي عن توافر التراضي من جانب المتعاقدين إزاء العملية العقدية غالباً ما يتم العقد في صورته التقليدية من خلال مجموعة عناصر مادية أهمها هو تلاقي الأطراف المتعاقدة علي مائدة المفاوضات توصلاً إلي إبرام العقد ويتم تثبيت العناصر اللازمه لإبرام العقد علي دعامة ورقية ولكن خصوصية

العقد الذي يتم علي شبكة الأنترنت تتجلي بخصوص هاتين النقطتين إذ يغيب هذا الوجود المادي عن العقد : فمن ناحية يكون طرفي عمليتي الإيجاب والقبول متباعدين بحيث يتم الإلتقاء بينهما من خلال تبادل المعلومات المعالجة بلغة الكمبيوتر من خلال شبكة الأنترنت والتي تعد بيئة غير مادية حيث يتم تبادل التراضي من خلال تبادل الرسائل عبر شبكة الويبو WEB بمعني أن وسيلة التعبير التقليدية وهي الكتابة لا يكون لها وجود إزاء هذه الوسيلة الحديثة في مجال التعاقد .الواقع أن قانون الإلتزامات العقدية التقليدي " في القوانين الوطنية أو الدولية " يستطيع مواكبة وسائل العصر الحديثة في هذا الصدد وذلك لأن العقد محل الدراسه كما أوضحنا أعلاه ذا طبيعة رضائية بحيث لا يحتاج إلي الكتابة لتعبير كل طرف عن إرادته لإبرام العقد هذا يعني أن العقد يتم إبرامه بمجرد تلاقي الإرادتين بغض الطرف عن وسيلة التعبير أي يستوي أن يكون هذا الرضاء ثابتاً علي دعامة ورقية مكتوبة أو مسموعاً " من خلال التيلفون " أومرئي مسموع " من خلال الأنترنت " وهناك طريقة أخري أكثر تداولاً علي شبكة الأنترنت يمكن من خلالها إبرام عقد الأشتراك في بنوك المعلومات عبر الأنترنت وهي الإعلانات إن عملية الإعلان التي تتم من خلال شبكة الأنترنت يمكن أن تحدث بواحد من الطرق التالية : الأولي يكون من خلال أحد المواقع المخصصة للإعلانات مثل تلك المواقع تكون معروفة اذ يكفي الضغط علي أحد الكلمات أو الصور والتي تكون معروفة وملفتة للعين وذلك لنفاذ الزائر إلي هذا الموقع أما الطريق الثاني فإن يكون من خلال شغل الإعلان جزء من أحد المواقع أو في صفحة الإستقبال منه بحيث أن متابع الموقع يقابله عند الدخول إلي الموقع والطريق الثالث يمكن أن يكون الإعلان عن منتج

معين موجود بإختصار في صفحة الإستقبال في أكثر من موقع ونهاية يمكن أن يكون الإعلان موجه إلي شخص محدد من خلال البريد الإلكتروني حيث أن هذا الأخير يسمح بتوجيه رسالة مصحوبة بإعلان إلي أحد أو مجموعة أشخاص والسؤال هو هل يمكن أن يكون الإعلان بمثابة إيجاباً كافياً لإبرام العقد ؟ لقد عرفت القواعد الأوربية المتعلقة بالتلفازالعابر للحدود الصادرة في ١٩٩٧ الإعلان بأنه " مجموعة الرسائل التي يبثها شخص عام أو خاص في إار نشاطاته التجارية أو الصماعية أو المهنية والتي يهدف من خلالها الترويج لمنتجاته أو خدماته " واضح من هذا التعريف أن الإعلان الدولي يستهدف أساساً حث الزبون علي التعاقد أي أنه مجرد دعوة إلي التعاقد وليس إيجاباً به يتم إبرام العقد إذا ما اقتران بقبول مطابق من جانب الزبون وذلك لأنه غير موجه إلي شخص محدد وهذا ما ذهبت اليه إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع إلا أن هذا التكييف ليس مطلقاً في جميع الأحوال إذ يمكن أن يقلب إلي إيجاب وذلك إذا وجدت نية لدي المعلن في الإرتباط بالعقد إذا ما صادفه قبول مطابق وهذا يتحقق إذا كان الإعلان متضمنا ما يفيد إلتزام الشخص بإبرام العقد إذا ما صادفه قبول من أحد الأشخاص هكذا فإن الإعلان الذي يتم عبر شبكة الأنترنت يمكن أن يشكل ايجاباً إذا ما كان متضمناً إعطاء الزبون الحق في إرسال رد عبر شبكة الويبو يفيد برغبته في التعاقد بناء علي العناصر الواردة في الإعلان أو إرسال الرد عبر البريد الإلكتروني إلي الموجب وفي الحقيقة إن هذا التكييف ينسجم أيضاً مع مبادئ UNIDROIT حيث ذهبت إلي أن الإعلان إذا كان متضمناً الخصائص الجوهرية به لموضوع العقد ومشيراً إلي إبرام العقد إذا ما أقترن به قبول مطابق في هذه الحالة ينقلب إلي إيجاب ينعقد به العقد من

خلاله لإبرام العقد وفقاً للعناصر الصادرة من الموجب . وفي هذا الصدد يمكن أن يكون القبول من خلال الضغط علي مؤشر " نعم " الوارد علي صفحة الويبو . فالقبول يجب أن يكون واضحاً ومحدداً ويمكن ألا يتم الإكتفاء بمجرد الضغط علي كلمة " نعم " وإنما يتم تزويد النظام المعلوماتي لدي العميل بما يمنع من إرسال القبول بمجرد الضغط علي هذه الكلمة إلا بعد التأكد من أنها تعبر جدياً عن رغبته في التعاقد . فمثلاً بعد أن يضغط العميل علي " نعم " يظهر له بعد ذلك علي شاشة الكمبيوتر عبارة " هل انت تريد فعلا الإشتراك في بنك المعلومات وفقا لعناصر الإيجاب الموجهه اليك من المورد " كما يمكن الإنفاق علي ضرورة بث رسالة تؤكد وصول الرسلة الإلكترونية الموجهة من المورد وقبول مضمونها بما يفيد إبرام العقد . ومن هنا فإن إرسال ما يفيد وصول الإيجاب دون إشارة إلي الموافقة علي مضمونه أو يكون القبول معلقاً علي شرط أو يكون من خلال الإرتباط الفعلي بالعقد حيث يقوم العميل أو الزبون بدفع الثمن الكترونياً مستخدماً الكارت البنكي وذلك بالضغط علي رقمه البنكي ولكن القبول لا يمكن أن ينتج من السكوت إلا إذا كانت هناك مؤشرات تدل علي إتجاه إرادة الشخص نحو القبول كما لو كان هناك إتفاق مسبق من جانب الأطراف علي أنه في حالة مرور مدة معينة دون أن يتلقي الموجب قبولاً فإن فوات المدة قرينة علي قبول الإيجاب الموجه اليه أو إذا كانت هناك عادات جارية فيما بينهما تعتبر السكوت قبولاً خذ المثال التالي أطلب من ب تصميم برنامج لأجل الدخول إلي بنك المعلومات قام الأخير بتنفيذ هذا البرنامج تلقائياً دون أن يعلن قبل ذلك موافقته علي العرض أو دون أن تكون هناك عادات جارية بين الطرفين تسمح بوجود عادات بين الطرفين تؤكد

إعتبار السكوت والتنفيذ الفعلي للعرض قبولاً مطابقاً في هذه لا يمكن لـ ب أن يطالب أ بدفع المقابل النقدي لإعداد البرنامج إذا رفض الأخير قبول البرنامج .

عدم كفاية التراضي لوجود شرط التحكيم الإلكتروني إذا كان اللجوء إلي التحكيم أصبح أمراً متزايداً في التجارة الدولية التي تتم بوسائل تقليدية نظراً لما يتميز به من سرعة وسهولة بعيداً عن الإجراءات المعقدة والطويلة أمام القضاء العادي فإن اللجوء إلي الحكيم في التجارة الإلكترونية يكون أدعي وذلك لأنه يتفق مع طبيعة هذه التجارة وهي السرعة في الإبرام والتنفيذ خاصة بالنسبة للعقود التي تبرم وتنفذ عبر شبكة الأنترنت بل الأكثر من ذلك يقدم التحكيم الإلكتروني مميزات غير موجودة في التحكيم العادي ألا وهي أنه لايستلزم إنتقال الأفراد المتخاصمة إلي مكان بعيد عن محل إقامتهما إذ أن إستماع المحكمة إلي المتخاصمين لا يستلزم التواجد المادي لكلاهما وإنما يمكن أن يتم من خلال المحادثات التليفونية والإتصالات اليت تتم عبر الأقمال الصناعية كما أن الوصول إلي حكم في التراع يكون أسرع وذلك لسهولة وسرعة تقديم الأوراق والمستندات المطلوبة من خلال البيد الإلكتروني أو من خلال الإتصال المباشر بالخبراء علي عنوانهم الإلكتروني أو بتبادل الحديث معهم من خلال شبكة الويبو من هنا قامت بعض الموئسسات بإنشاء محكمة تحكيم الكترونيه مثل جامعة مونتريال بكندا وأيضا محكمة التحكيم الإلكترونيه التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية OMPI وكذلك في الولايات المتحدة الأمريكية . وبالتالي من المتصور في عقد الإشتراك في بنوك المعلومات أن يتم ادراج شرط داخل العقد يتضمن اتفاق الأطراف علي إختيار

التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات التي تنشأ فيما بينهما مدي اعتبار الوثيقة الإلكترونية كالكتابه لوجود شرط التحكيم الإلكتروني :إن تحليل القوانين التي تنظيم شروط وجود شرط التحكيم يكشف عن أن هذه القوانين تستلزم بصفة أصلية كأي شرط عقدي ضرورة توافر التراضي بين الطرفين علي هذا الشرط أما بخصوص إذا كان هذا التراضي يكفي وحده أم لا لوجود شرط التحكيم بمعني استلزام أن يكون مكتوباً أم لا فإن التشريعات المختلفة تنقسم إلي إتجاهين :المذهب الأول يعبر عن الإتجاه المتحرر الذي لا يفرض شكلاً معيناً لشرط التحكيم حيث لا يستلزم الكتابة لصحته وهذا ما ذهبت إليه إتفاقية جنيف للتحكيم الدولي إذ أنها تستلزم أن يكون شرط التحكيم مكتوباً ولكنها تعود في المادة ١ – ٢ وتقرر أن شرط التحكيم غير المكتوب يكون صحيحاً إذا تم بين أطراف يجيز القانون الخصا بهما أن يكون إتفاق التحكيم غير مكتوب أي أنها تجيل في مسألة شكل شرط التحكيم إلي القوانين الداخلية ومن هذه القوانين القانون الألماني الذي لايبغي شكلاً معيناً لإتفاق التحكيم إذا كان مبرماً بين التجار وفي نفس الإتجاه المتحرر لم يستلزم المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية أن يكون شرط التحكيم الدولي مكتوباً كل ما هنالك أن المادة ١٤٩٩ تتطلب لتنفيذ شرط التحكيم أن يكون مقروناً بالعقد الأصلي المصاحب لإتفاق التحكيم ومن ثم يمكن الجزم بأن القانون الفرنسي لم يتطلب لوجود شرط التحكيم الدولي بأن يكون مكتوباً .أما الإتجاه الثاني فهو يستلزم أن يكون شرط التحكيم مكتوباً وفقاً لقواعد التحكيم التقليدية إذ يجب حسب القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن الأمم المتحدة في ٢١ يونيو ١٩٨٥

أن يكون اتفاق التحكيم في شكل مكتوب وكذلك تستلزم أيضاً اتفاقية نيويورك للتحكيم الدولي أن يكون هذا الإتفاق مكتوبا ولكي يتم وضعه موضع التنفيذ يجب أن يكون مع الشخص الذي يطالب بالتنفيذ أصل الإتفاقية التي تتضمن إتفاق الأفراد علي اللجوء إلي التحكيم كذلك أيضاً قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ يستلزم أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً اذ ينص علي " يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ... " معني ذلك أن غالبية النصوص التي تنظم عملية التحكيم تستلزم أن يكون شرط التحكيم مكتوباً فهل الكتابة الإلكترونية التي تتم من خلال الأنترنت تلبي هذا الشرط ؟ هذا يقتضي منا أن نبين مفهوم الكتابة ومدي إنطباقها علي الكتابة الإلكترونية التي تتم من خلال الأنترنت ؟ إن الكتابة يتم تفسيرها تقليدياً علي أنها مجموعة الحروف والأرقام والرموز والإشارات التي تدل علي معني معين وتكون ثابتة علي دعامة قوية . يقصد هذه الدعامة تقليدياً بأنها الدعامة الورقية التي تحوي معلومات معينه وتكون ممهورة باتفاق المتعاقدين فالأثر اليدوي يلقي بظلاله علي مفهوم الكتابة إذا أنها تكون مكتوبة باليد أو بماكينة ولكنها تكون في جميع الأحوال ممضاه يدوياً ولكن التطور المستمر في وسائل الإتصال أدي ضرورة إعادة النظر في هذا المفهوم التقليدي للكتابه إن الهدف من إستلزام أن يأخذ عقد أو إتفاق شكل الكتابة ليس هو الدعامة الورقية في ذاتها وإنها كوسيلة لثبوت المعلومات التي تتضمنها . لذلك فإنه لا يوجد ما يمنع من قبول الدعامات الأخري الحديثة طالما تحقق الهدف وهو استيفاء شكل معين يسمح بتأكيد ثبوت نسبة المعلومات التي تتكون منها إلي شخص معين . لذلك فإن

نصوص اتفاقيتا جنيف ونيويورك بعد أن اشترطت الكتابة لوجود شرط التحكيم ذهبت إلي الأخذ بمفهوم واسع للكتابة بحيث يشمل تلك التي تكون ثابتة علي دعامة ورقية تقليدية وكذا وسائل الإتصال الحديثة الأخري كالبرقيات ولكن هل يقتصر ذلك علي الوسائل الحديثة المنصوص عليها أم أن ذلك يشمل جميع وسائل الإتصال الحديثة الأخري التي لم تكن معروفة وقت إبرامها ؟ يذهب الإتجاه الغالب إلي أن نصوص هذه وحيث أن وظائف الكتابة قد تم الإشارة اليها تفصيليا بموجب التعليق الوارد علي المادة ٦ الواردة في القانون النموذجي الصادر ١٩٩٦ عن لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة وهي ١ – ضمان وجود دليل ملموس علي نية الإلتزام لدي الطرفين وعلي طبيعة هذه النية . مساعدة الطرفين علي ادراك تبعات ابرامها العقد .– كفالة أن يكون المستند مقروء للجميع – كفالة بقاء المستند بلا تجريف بمرور الزمن وأن يوفر سجلا دائماً للمعاملة . – أتاحة المجال لأستنساخ المستند لكي يحتفظ كل طرف بنسخة من البيانات نفسها .– اتاحة المجال لتوثيق البيانات بواسطة التوقيع . – كفالة أن يكون المستند في شكل مقبول لدي السلطات العامة والمحاكم .– تجسيد قصد محرر " الكتابة " وتوفير سجل بذلك القصد .– اتاحة المجال لتيسير تخزين البيانات في شكل ملموس – تيسير المراقبة والتقيق اللاحق لأغراض محاسبية أو ضريبية أو تنظيمية .– ادخال الحقوق والإلتزامات القانونية إلي حيزالوجود في الحالات التي تكون فيها " الكتابة " مطوبة لأغراض اثبات الصحة " أنظر وثائق اليونسترال المتعلقة بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ص ٣٢ وحيث أن الإتفاقيات كانت حريصة علي الأخذ في الإعتبار جميع وسائل الإتصال الناتجة عن التقدم التكنولوجي لإبارم

إتفاق التحكيم ومن ثم فإن تفسير هذه النصوص يجب أن يتم في هذا الإطار ألا وهو ضرورة التأقلم مع وسائل الإتصال الحديثة التي يكشف عنها التطور التكنولوجي في كل زمان وليس تلك التي كانت معروفه وقت إبرامها فقط . لأجل هذا لقد ذهب القضاء الفرنسي إلي أن اتفاق التحكيم يمكن أن يكون مبرماً بالفاكس وذلك قياساً علي البرقيات المنصوص عليها في إتفاقية نيويورك .وكذلك أيضا ذهبت المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكمها الصادر في ١٦ يناير ١٩٩٥ إلي صحة شرط التحكيم الوارد في إتفاقية إطار أو نصوص عامة غير ممهورة بإمضاء الأطراف . وقد أوردت المحكمة من الحجج التي إعتمدت عليها في حكمها وهو سلوك الأفراد المتعاقدة ومبدأ حسن النية عند تفسير النصوص الخاصة بشكل إتفاق التحكيم الوارد في إتفاقية نيويورك وكذلك اعتمدت المحكمة علي " ضرورة الأخذ في الإعتبار الوسائل الحديثة في مجال الإتصال ... حيث أن إستلزام التوقيع يكون أمر نسبي في مجال التجارة الدولية . أشارت أيضاً بعض الإتفاقيات الدولية إلي وسائل الإتصال الحديثة تلك وأعتبرتها كالكتابة في مفهوم الشكل الذي يجب أن يصب فيه شرط التحكيم فها هي إتفاقية نيويورك تشير إلي ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ونجدها تقرر أن مفهوم الكتابة يشمل بعض وسائل الإتصال الأخري كالبرقيات والفاكس. وذهبت محكمة النقض الفرنسيه في موضع آخر في حكمها الصادر في ٢ ديسمبر ١٩٩ إلي إعطاء هذا المفهوم الواسع للكتابة حيث أكدت أن الكتابة يمكن أن تنشأ وتحفظ بجميع الدعامات وهذا يتضمن الفاكس إذا ما كانت نسبته إلي شخص محدد ليست محل نزاع .ولكن إذا كنا نأخذ بالتفسير الواسع لنصوص الإتفاقيات الدولية

وقياس وسائل الإتصال الحديثة التي نتجت بعد ظهورها علي تلك المنصوص عليها في هذه الإتفاقيات فإن الأمر بالنسبة لوثيقة الإلكترونية والتي تبرم عبر الإنترنت يختلف وذلك لأن الفاكس والبرقيات المنصوص علهيا سلفاً إذا كانت قد تتميز عن فكرة الوثيقة المكتوبة التقليدية إلا أنه يجمعها طبيعة واحدة مشتركة ألا وهي التواجد المادي للوثيقة الورقية في حين أنه بالنسبه للوثيقة الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت فإنها تتميز بالطبيعة غير المادية حيث أن مكونات الإتفاق لا تكون ثابتة في ورقة ممهورة بتوقيع الأطراف لذلك فإن قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لا تفرض شكلا معيناً لشرط التحكيم وذلك لأن نصوصها لا تنطبق إلا علي إجراءات التحكيم نفسها أي عندما يتم تنفيذ شرط التحكيم حيث أن الإتفاقية أجازت للأفراد أن يدرجوا داخل العقد الرئيسي شرط يفيد إتفاقهم علي التحكيم وذلك لعقد الإختصاص لها . فوفقاً لهذه النصوص تكون الكتابة أمر إختياري وهذا يعني أن الأطراف يمكنهم أن يستخداموا وسيلة إلكترونية لإبرام الإتفاق كالأنترنت . كذلك فإن نصوص القانون النموذجي للتحكيم الدولي الصادر عن الأمم المتحدة قد وردت في صورة أكثر عمومية حيث نصت علي إمكانية إبرام إتفاق التحكيم من خلال بعض وسائل الإتصال الحديثة كالفاكس والبرقيات تم أشارت إلي أية وسيلة إتصال عن بعد أخري يمكن أن يكشف عنها التطور التكنولوجي وتسمح بإثبات وجود إتفاق التحكيم ولقد هجت مبادئ معهد توحيد القانون الخاص التابع للأمم المتحدة هذا النهج وتبنت المفهوم الواسع بالنسبة لفكرة الكتابة . فلقد أوردت في المادة العاشرة عدة تعريفات لما أوردته من بعض الكلمات مثل " المحكمة و المدين " ثم في فقرتها الثالثة المقصود بمفهوم الكتابة الوارد بها حيث

أشارت إلي أنه يشمل جميع وسائل الإتصال والتي تسمح بحفظ المعلومات المتبادلة والإبقاء علي مكوناتها في وثيقة يمكن أن تترك أثراً مادياً وذلك لأجل إمكانية إسترجاع هذه المعلومات والإحتكام اليها عند الخلاف فهي كما أشار التعليق الوارد علي هذه المادة قد أعتنقت مفهوم وظيفي لفكرة الكتابة والتي يتم من خلالها تجسيد المعلومات المتادلة بين الأطراف في وثيقة مادية محسوسة كي تكون مرجعاً يسمح بالرجوع اليها عند الضرورة . وهذا المفهوم ينطبق ليس فقط علي الوثيقة الورقية التقليدية أو تلك التي تكون في صورة الوثائق الحديثة كالبرقيات والفاكس وإنما تشمل جميع وسائل الإتصال الحديثة ومنها الوثيقة الإلكترونية ولقد آمنت التشريعات الوطنيه هذا المفهوم الواسع لفكرة الكتابة بخصوص إتفاق التحكيم فيها هو القانون السويسري الجديد في مادته رقم ١٧٨ فقرة ١ قد إستوحي هذا المفهوم الواسع لفكرة الكتابة إذا تنص علي أنه " بالنسبة لشكل اتفاق التحكيم فإنه يكون صحيحاً إذا تم بالكتابة أو الفاكس .... أو بأية وسيلة إتصال عن بعد يمكن أن تسمح بوجود الإتفاق " واضح أن هذه النصوص قد أجازت الإعتماد علي وسائل الإتصال الأخري التي يكشف عنها التطور العلمي غير الكتابة وبالتالي فهي تقبل إمكانية إبرام اتفاق التحكيم من خلال الكتابة الإلكترونية عبر الأنترنت وكذا قانون التحكيم المصري وذلك لأنه بعد أن استلزم أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وذكر في الشق الثاني من النص أن " يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من وسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة " تفسير العبارة الأخيرة في ضوء المصدر الدولي لهذا القانون النموذجي

الصادر عن اليونسترال في مجال التحكيم – يؤدي إلي القول بضرورة اعتبار الكتابة الإلكترونية كالكتابة الورقية وذلك لأن المادة ١٢ استخدمت ألفاظ عامة تسمح بإمكانية مساواة الكتابة الإلكترونية بالكتابة العادية ولقد أصدرت اللجنة التابعة للأمم المتحدة أخيراً القانون النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية الصادر في ١٤ يونيو ١٩٩٦ والذي أكد أن التصرفات المبرمة عبر الأنترنت لا يمكن الطعن في صحتها المجرد أنها تمت عبر الأنترنت إذ أن الوثيقة الإلكترونية كالورقة المكتوبة العادية في مجال إبرام العقود الإلكترونية بشرط أن يكون من السهل الوصول إلي هذه الوثيقة الإلكترونية فيما بعد ومن ثم فإن شروط صحة شرط التحكيم يحكمها نفس المبدأ الذي يحكم عقدنا الرئيسي ألا وهو مبدأ حرية الإختيار المعهودة إلي الأفراد في إختيار القالب الذي تحخيا فيه بنودهم العقدية الفرع الثاني : مضمون شرط التحكيم الإلكتروني يتضمن إتفاق التحكيم الإجراءات المتعلقو بعملية التحكيم من حيث تحديد إجراءات الوصزل إلي محكمة التحكيم " أولاً " أو من حيث كيفية تحديد المحكمين " تحديد إجراءات التحكيم إجراءات التحكيم هي تحديد القواعد التي تتضمن إحترام مبادئ المواجهة والدفاع والإثبات أو القواعد المتعلقة بإجتماعهم عبر الإنترنت . يمكن للأفراد أن يحددوا بأنفسهم هذه الإجراءات داخل شرط التحكيم كما يمكن أن يتم ذلك بطريق غير مباشر من خلال الإحالة إلي قانون معين . في هذا الصدد يمكن للأفراد إعتناق نصوص الإتفاقيات الدولية في مجال التحكيم التقليدي ولكننا نجد أنها لا تواجه التفصيلات التي تتعلق بطبيعة الإتصال عبر الأنترنت فعلي سبيل المثال تحديد كيفية إجتماع الأفراد مع محكمة التحكيم عن بعد عبر

شبكة الأنترنت وكيفية إتصال المحكمة بالوثائق التي ترغب في الوصول اليها وكيفية الحفظ علي ما قد يعتبره الأطراف من سرية يالنسبة لبعض المعلومات التجارية أو الصناعية الهامة وخصوصا أننا نعلم أن من أهم خصائص التحكيم التي تدفع الأفراد للجوء اليه ألا وهو السريه من هنا يمكن للأفراد أن يبرموا إتفاقاً يتضمن مواجهة هذه المسائل الفنية التي ترتبط بالأنترنت والتي تغيب عن هذه النصوص ويكون مكملاً لقواعد التحكيم التقليديه ولهذا يفضل أن يختار الأطراف قواعد محاكم التحكيم الألكتروني وذلك لأنها تواجه مثل هذه المشاكل إذ تضع أرقاماً مشفرة لهذه المعلومات بحيث لا يستطيع الوصول إلي هذه المعلومات إلا أصحابها بل أنها تحفظ سرية هذه المعلومات في مواجهة الأفراد أنفسهم بحيث لا يمكن للفرد إلا الدخول إلي الدوسيه الخاص به فقط كما أنها تؤكد المبادئ الأخري التي تحكم التحكيم التقليدي كمبدأ المواجهة وإحترام النظام العام .ولكن ما هو القانون الذي يحدد هذه الإجراءات في حالة غياب اتفاق الأطراف علي تحديد القانون الذي يحكم اجراءات التحكيم ؟ في الحقيقة إن النصوص التقليدية الوردة في مجال التحكيم الكلاسيكي لا تقدم إجابة شافية في هذا الصدد وذلك لأن الحلول الواردة بها ترتبط بالتحكيم العادي المادي الذي يرتبط بإقليم دولة معينة . فالمادة ٥ - ١ من إتفاقية نيويورك للتحكيم الدولي تذهب إلي تطبيق إجراءات التحكيم الواردة في قانون مكان التحكيم أي قانون الدولة التي تنعقد علي إقليمها محكمة التحكيم مثل هذه الإجابه لا تتفق مع طبيعة التحكيم عبر الأنترنت والذي يتميز بالطبيعة غير المادية والذي لا يترتبط بإقليم دولة معينة بالإضافة إذا حاولنا أن نركز علي مزيا محكمة

التحكيم علي إقليم دولة معينة إذ يثور الخلاف حول ما إذا كان القانون المطبق هو قانون محل إقامتة الأفراد أو محل عملهم أو موطنهم . وتتعقد المشكلة أكثر إذا كانت المحكمة مكونه من عدة أشخاص . ولكن يمكن أن يتم تركيز محكمة التحكيم جغرافياً في دولة مقدم خدمة الوصول إلي صفحة الويبو والتي تتركز عليها محكمة التحكيم وبالتالي يتم تطبيق قانونها ولكن تثور المشكلة إذا كان مقدم الخدمة عدة شركات فأي قانون يتم إعتناقه لتحديد إتفاق التحكيم ؟ وإذا ما تم تطبيق جمعي لهذه القوانين فإن هناك احتمال وقوع تصادم أو تعارض بين مضمون مثل هذه القوانين في هذا الخصوص يمكن يعهد إلي الأفراد تحديد مكان محكمة التحكيم وذلك وفقاً لما ذهبت اليه المادة ١٤ من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس والتي تنص علي أن المحكمة لا تحدد مكان محكمة التحكيم إلا إذا لم يتفق الأطراف علي ذلك " وكذلك المادة ٢٠ من القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة في تحديد مكان التحكيم وعلي ذلك إذا حدد الأفراد قانون مكان محكمة التحكيم كقانون واجب التطبيق علي إجراءات التحكيم الإلكتروني دون أن يتم تحديد مكان التحكيم في الشرط المندمج في العقد يمكن لهم أن يحددا ذلك المكان في إتفاق لا حق وفي حالة عدم اتفاق الأفراد ويمكن للمحكم أن يقوم بتطبيق القواعد التي تنظم الإجراءات التي تتم أمام محاكم التحكيم الإلكتروني الكنديه وتلك التابعه للمنظمة العالمية للملكية الفكرية علي أساس أنها تشكل القانون الإجرائي للمعاملات الإلكترونيه .- تعيين محكمة التحكيم يمكن للمتعاقدين تعيين أشخاص المحكمين داخل شرط التحكيم أو بالإحالة إلي القواعد المنظمة لمؤسسة التحكيم أو أن يعهدوا إلي شخص

ثالث هذه المهمه هذا التحديد يمكن أن يتم داخل شرط التحكيم المدرج في العقد كما يمكن أن يتم في وقت لاحق بعد إبرام العقد الرئيسي ولكن إذا ما قام الأطراف بالإحالة إلي القواعد المنظمة لمؤسسة التحكيم هلي يمكن لهم إختيار الأشخاص الذين يشكلون المحكمة من بين المدرجين داخل قائمة مؤسسة التحكيم وفقا للقواعد المنظمة لمحكمة التحكيم الإلكترونية الكندية إذا ما تمت الإحالة اليها من قبل الأطراف فإن سكرتارية المحكمة هي التي تتولي تعيين أعضاء المحكمة حيث تتكون المحكمة غالباً من قانونيين وخبراء في مجال تكنولوجيا المعلومات وهذا بعكس القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية بباريس والتي تعطي للأفراد حرية إختيار الأعضاء الذين يشكلون المحكمة بحيث لا تتدخل مؤسسة التحكيم إلا في حالة عدم إتفاق الأطراف في هذا الخصوص .بالنسبة لإجراءات رد المحكم وفقا لقواعدCCI يكون ذلك عن طريق إرسال اعلان كتابي إلي السكرتاريه في حين أن قواعد القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن الأمم المتحدة أكثر مرونة حيث تترك للأفراد حرية إختيار الطريقة التي يتم بها إعلان الرد دون إستلزم الإعلان الكتابي للسكرتارية إلا في حالة عدم إتفاق الأفراد علي ذلك ولقد إتخذت قواعد محاكم التحكيم الإلكتروني " المادة ٣ و ٢٣ من قواعد محكمة التحكيم الإلكتروني التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية OMPL والمادة ٨ من قواعد محكمة التحكيم الإلكتروني الكندية " موقفا يتفق مع الطبيعه الإلكترونيه لعملية التحكيم وذلك حيث يكون الرد من خلال إعلام السكرتارية بذلك عن طريق وثيقة الكترونية .فقه قانون تجارة الإلكترونيه إلي تطبيق قانون العقد علي مسألة تكوينه هذا يعني أن

القانون الذي يحكم تنفيذ إلتزامات الأطراف هو الذي سيحكم كيفية التعبير عن الإرادة وقيمة السكوت في هذا التعبير في تحديد مدي القوة الملزمة للإيجاب وأثر وفاة من وجه اليه الإيجاب أو فقده لأهليته في سقوط الإيجاب وهو الذي يبين ما إذا كانت الإرادة الظاهرة هي التي يعتد بها أم الإرادة الباطنة كما يبين كيفية تلاقي الإيجاب بالقبول وعلي الأخص في حالة التعاقد بين غائبين كالعقد محل الدراسة وهذا الإتجاه يجد من يسانده في الفقه المصري الذي يري تطبيق القانون الذي يحكم آثار العقد علي مرحلة تكوينه إنطلاقاً من نص المادة ١٩ من القانون المدني المصري الذي يأخذ بمبدأ وحدة العقد حيث لا يسري فقط علي آثار العقد وانما أيضا علي تكوينه أي أن قانون العقد يجب أن يسري علي كافة المراحل العقدية مؤيداً رأيه بأن هذا يتمشي مع إتفاقية روما المتعلقة بالإلتزامات العقديه ١٩٨٠ والتي تنص في المادة ٨ فقره ١ بأن وجود العقد وصحته أو أحد النصوص العقدية يكون خاضعاً لقانون العقد . ولكن هذا الإتجاه مردود عليه بما ذكره الأستاذ Droz الذي يصف إسناد مسألة وجود التراضي إلي قانون العقد بإننا نقلب العقد إذا نجعل النهاية تحكم البداية وذلك لأن قانون العقد يسري علي الآثار الناجمة عن العقد بما يفترض أن لدينا عقداً قد سبق إبرامه فلا يصح أن يحكم اللاحق السابق لأن وجود للشق الأخير من العقد " آثار العقد " يفترض صحة الشق الأول من الناحية القانونية بما يؤدي إلي ضرورة البحث عن القانون الذي نشأ في ظله هذا الجزء الأول . فإذا كان قانون العقد هو ذلك القانون الذي تم إختياره من جانب الأفراد فإن هذا الإختيار لا يؤخذ في الإعتبار إلا إذا كان العقد قد أبرم صحيحاً أي أن فعالية قانون العقد تتوقف علي صحة العقد الذي سيحكمه هذا القانون

كذلك ما يقوض هذا الرأي أيضاً أن نص المادة ١٩ كان صريحاً في تناول " الإلتزامات العقدية " فقط وذلك دون الإشارة إلي مسألة تكوين العقد فيما يتعلق بوجود التراضي فالحديث عن آثار العقد يفترض أن هناك عقداً قد تم إبرامه بما يجعله جزءاً من الفكرة المسندة فكان مسألة إنعقاد العقد تعد مسالة تكييف أولي بما يجعلها تخضع لقانون قاضي العقد ومن هنا فإن القانون الذي يحكم تكوين العقد يجب أن يكون غير ذلك الذي ينظم إلتزامات الأطراف أما الحجة المتعلقة بإتفاقية روما فهي غير مقبولة وذلك لأن هذا الرأي لم يتتبع نص المادة ٨ في فقرتها الثانية التي تورد استثناءاً علي القاعدة الواردة في الفقرة الأولي بخصوص التعاقد بين حاضرين حيث أن الحكم المنصوص عليه في هذه الفقرة لا ينطبق بخصوص العقود بين غائبين كالعقد محل الدراسة إذا يمكن أن يتم الإتفاق علي بعض البنود العقدية كمواصفات المعلومات المطلوبة علي شبكة الويبو ولكن يتم تحديد الثمن في فترة لاحقة من خلال البريد الإلكتروني أو من خلال وسيلة من وسائل الإتصالات الحديثة الأخري دون أن يقابله قبول صريح من العميل من هنا يثور التساؤل هل قبل العميل أو الزبون هذا الثمن أم لا أم أنه أدخل بعض التعديلات علي الرسلة الموجهة من المورد ؟ فالخلاف يدور هنا حول مسألة وجود التراضي من جانب العميل فما يتعلق بالثمن المحدد من جانب المورد فإذا كان قانون العقد يجعل السكوت قبولاً فإن هناك من الخطر الذي يمكن أن يهدد العمل نتيجة قانون يمكن أن يجهله أو إذا كان قانون دولته لا يكيف هذا السلوك علي أنه قبول هنا أوردت اتفاقية روما إستثناءاً في المادة ٨ فقرة ٢ وهو أنه إذا نازع أحد الطرفين في رضاؤه حول بعض البنود العقدية في هذه الحالة يمكن أن يتم الرجوع

إلـي قـانون محـل إقامتـه لتحديـد مـاذا يـدل عليـه تصـرفات العميـل أو سكوته الملابس لهذا فإن مسالة الحفاظ علي وحدة القانون الذي يحكم العقد ليست خيراً في جميع الأحوال وإنما يمكن أن تهدد العلاقة العقدية ومن ثم يبدو لنا أنه يجب التفرقة بين حالتين إذا كان قانون العقد قد تم إختياره من جانب الأفراد متضمنا صراحة بأنه يحكم أيضاً تكوين العقـد في هـذه الحالـة يكـون تطبيـق هـذا القـانون واجبـاً حفاظـاً علـي توقعـات الأفـراد حيـث يكونـوا قـد أبرمـوا العقـد وفقـاً لأحكامـه إذ أن إعتناق قانون معين يفترض غالباً العلم بـه أمـا إذا لم يحدد الأفـراد قـانون العقد أو لم يرد نص صريح في الإختيار بأنه أيضاً يحكم مسألة تكوين العقد في هذه الحالة فلا مجال لتطبيق قانون العقد وإنما يجب تطبيق قـانون محـل إقامـة الأفـراد إذ يكيـف الشـخص تصـرفاته وفقـاً للبيئـة القانونيـة التـي يمـارس نشـاطه بهـا القـانون الواجـب التطبيـق علـي شـكل العقد تنص المادة ٢٠ من القـانون المـدني المصـري " العقـود مـا بـين الأحيـاء تخضـع في شـكلها لقـانون البلـد الـذي تمـت فيـه ويجـوز أيضـاً أن تخضـع للقـانون الـذي يسـري علـي أحكامهـا الموضـوعيه كمـا يجـوز أن تخضـع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك " . وكما هو واضح من النص أن المشـرع لم يفـرق بـين التعاقـد الـذي يـتم بـين حاضـرين وذلـك الذي يتم بين غائبين فالنص جاء عاماً ومن ثم يمكن القول أن المشرع قد أورد قاعـدة إسـناد واحـدة لـتحكم الحـالتين وذلـك علـي عكـس الحـال بالنسبه للقـانون الـدولي الخـاص الفرنسـي الجديـد إتفاقيـة رومـا إذ يفـرق بـين الحـالتين :إذا يفـرد قاعـدة إسـناد للتعاقـد الـذي يـتم بـين حاضـرين وأخـري لـذلك الـذي يـتم بـين غـائبين فبخصـوص التعاقـد بـين حاضـرين يكون العقد صحيحاً سواءاً تم وفقاً لقانون محل ابرام العقد أو تم تبعاً

لذلك الذي يحكم موضوع العقد في حين أن قاعدة الإسناد التي تحكم التعاقد بين غائبين تجعله صحيحاً وفقا لقانون أيا من الطرفين هكذا فإن القانون يكون صحيحاً من حيث الشكل إذا تم وفقاً لقانون العقد أو قانون محل الإبرام "

" – تطبيق القانون الذي يحكم موضوع العقد يتبين لنا من نص المادة ٢٠ أن العقد يكون صحيحاً وفقا لقانون العقد والمشرع المصري في ذلك قد إتبع الإتجاه الذي كسر إحتكار قانون محل الإبرام يحكم الشكل علي إعتبار أن مكان إبرام العقد لا يعبر في جميع الأحوال عن وصال حقيقي بينه وبين العقد ومن ثم فإن قاضي العقد يستطيع أن يرجع في ذلك إلي القانون الذي يحكم موضوع العقد إنطلاقاً من فكرة أن الرجوع إلي قانون العقد من شأنه أن يضمن وحدة العقد ويتفادي تجزئته واضح أن الخطاب موجه في هذا النص إلي القاضي فكان رجوع القاضي إلي قانون العقد ليس وفقاً علي إرادة الأفراد في هذا الصدد نفس التفسير نجده في نصوص إتفاقية روما إذ أنها أوردت نفس قاعدة الإسناد المصرية بخصوص شكل العقد حيث تنص المادة ٩ علي أن شكل العقد يكون صحيحاً إذا إستوفي الشروط التي يستلزمها القانون الذي يحكم العقد أو ذلك الذي أبرم فيه فالقاضي يستطيع الرجوع إلي قانون العقد أو قانون بلد الإبرام وذلك دون توقف علي إرادة الأطراف وذلك علي عكس إتجاه القضاء الفرنسي السابق علي إتفاقية روما ولكن لا يوجد هناك ما يمنع الأفراد من النص صراحة علي خضوع شكل العقد لقانون العقد . هذا الإتفاق يمكن أن يكون صريحاً بإدراج شرط صريح داخل بنود العقد يؤكد علي خضوع شكل العقد لقانون العقد ويمكن أن يكون هذا الإتفاق ضمنياً بحيث أن إتفاق الأفراد علي

قانون معين لحكم العقد ويعني أن إرادتهم إتجهت إلي تطبيق قانون العقد علي شكل العقد . لكن لا يخفي أن هذا التكييف يتم بناءاً علي الإستناد للإرادة المفترضة للأفراد إرادة مصطنعة لاتعبر عن حقيقة إختيارهم ولقد سبقهم إلي هذا التأكيد القضاء الفرنسي حيث أكد أن قانون العقد لا يحكم الشكل إلا إذا كانت هناك إرادة صريحة في هذا الخصوص إن الحدود بين فكرة الإرادة الضمنية وتلك المفترضة تبدو غير واضحة أو مصطعنة فيجب إذن أن يكون الإختيار صريحاً أو واضحاً من خلال قرائن محددة في العقد وإلا أصبحنا أمام حالة غياب إتفاق الأطراف إزاء هذه النقطة يظهر ذلك من أحكام القضاء في مجال قريب من موضوع الدراسة حيث نزاعاً كان يتعلق بعقد تنازل عن إستغلال فيلم سينمائي أمريكي بين طرفين أمريكي وفرنسي العقد أبرم في فرنسا ومع ذلك لم يتبع الشكل الذي يستلزمه القانون الفرنسي بخصوص عقود حق المؤلف وهو الكتابة وإنما تم إبرام العقد وفقاً للقانون الأمريكي الذي لا يستلزم شكل معين لإبرام العقد حيث رفضت محكمة النقض الفرنسية إبطال العقد بحجة عدم إحترام الشكل الذي يحكم العقد وذلك لأن للأفراد الحق في إبرام العقد وفقاً للقانون الذي يحكم موضوع العقد .

تطبيق قانون محل إبرام العقد يجب لتحديد قانون محل إبرام العقد مواجهة مسألتين علي جانب كبير من الأهمية الأولي تتعلق بتحديد طبيعة العقد محل الدراسه وهل هو تعاقد بين حاضرين أم تعاقد بين غائبين ؟ ثم تحديد مكان الدولة التي يتم فيها إبرام العقد كي نعهد إلي قانونها تولي شكل العقد عقد بين حاضرين أم غائبين ؟إن التعاقد من خلال شبكة الأنترنت يفترض أن يكون بين أشخاص

متباعدين مكانياً وهذا يمكن أن يدرج العقود المبرمه من خلال شبكة الأنترنت في مصاف العقود بين غائبين كالتعاقد بالتيفون ولكن هناك من الأنظمة القانونية التي إعتبرت التعاقد بالتيفون من صور التعاقد بين حاضرين علي أساس أن الأطراف يكونوا علي إتصال مباشر من خلال وسيلة الإتصال ويتبادلون وجهات النظر فيما يتعلق بالعملية العقدية .وهذا المنطق يمكن أن ينطبق علي التعاقد الذي يتم من خلال شبكة الأنترنت حيث يكون طرفي العلاقة العقدية علي إتصال دائم من خلال تبادل المعلومات المعالجة بلغة الكمبيوتر عبر شبكة مفتوحة تجعلهم علي إتصال مباشر في نفس التوقيت وعلي نفس المكان ألا وهو شبكة الأنترنت ففكرة الفروق الزمنية والمكانية التي تفترضها عملية التعاقد بين غائبين غير متواجدة بالنسبة للتعاقد الذي يتم من خلال شبكة الأنترنت حيث يتميز الأنترنت بأنه وسيلة يمكن إستعمالها من أكثر من شخص ينتسبون إلي أكثر من دولة في آن واحد أي أن فكرة الإنفصال الجغرافي التقليدية التي تفترضها عمليات تبادل التراضي بين المتعاقدين الغائبين والتي تتم من خلال تبادل الخطابات والرسائل التي تعبر الحدود غير متواجده كما أن فكرة الفروق الزمنية التي يعرفها التعاقد بين غائبين التقليدي غير متوافرة أيضاً إزاء الوسيلة التي يتم بها العقد محل الدراسه وذلك لأن أطراف التعاقد لا يتبادلون عملية الإيجاب والقبول من خلال الوسائل المادية التقليدية كالخطابات والتي تقتضي عبور الحدود ومن ثم إستغراق فاصل زمني بين إرسال الإيجاب ووصوله إلي المستقبل وإنما من خلال رسائل متبادلة عبر شبكة الأنترنت يتحقق لهم الإتصال المباشر في نفس الوقت فإن غاب الإلتقاء المادي للمتعاقدين عبر الأنترنت إلا أنه يتحقق نوع من الإلتقاء الأفتراضي المتزامن الذي يسهل حدوث

نقاش ومفاوضات حول العقد الذي سوف يتم إبرامه وبذلك " يضمهما مجلس واحد حكمي إفتراضي " كما في التعاقد الذي يتم بين المتعاقدين الذين يتحقق لهم الإلتقاء الفعلي أو الواقعي . وحتي علي فرض أن هذا التواجد المادي لا يمكن أن يتم استبداله بالتواجد الإفتراضي عبر الأنترنت كي يمكن إعطاء وصف التعاقد بين حاضرين للعقد محل الدراسه فإن فكرة التعاقد بين غائبين لايمكن أن تنطبق علي التعاقد الذي يتم عبر الأنترنت وذلك لأن القانون التقليدي للتعاقد بين غائبين يفترض فكرة تفاوت المسافات والزمن معاً في حين أنه من المتفق عليه أن هذا التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الذي يتم عبرالأنترنت حيث يكون الطرفان علي إتصال في وقت واحد ومن ثم لا ينطبق أيضا علي التعاقد الذي يتم عبر الأنترنت وصف التعاقد بين غائبين ولكن يبدو أن هذا المنطق لايتفق مع إتفاقية فيينا للبيع الدولي والتي تجعل التعاقد من خلال التليفون تعاقد بين الغائبين متفقة في ذلك مع التقنينات والقوانين الدولية الموحدة التي تنظم التعاقد من خلال تبادل المعلومات المعالجة بلغة الكمبيوتر والتي إعتبرت التعاقد بهذه الوسيلة تعاقداُ بين غائبين وهذا هو الإتجاه الغالب في الفقه إذ يكيف التعاقد الذي يتم عبر الأنترنت علي أنه تعاقد بين غائبين من طبيعة خاصة من هنا كان لابد من تحديد مكان إبرام العقد وذلك وصولاً إلي قانون محل إبرام العقد الذي يحكم شكل العقد .

- تحديد مكان إبرام العقد إن محاولة تركيز العقد لتحديد مكان إبرامه في العقود التي تنم بين غائبين التقليديه التي تتم من خلال تبادل الوثائق والخطابات المكتوبه يبدو سهلاً نظراً للطبيعة المادية لوسيلة تبادل التراضي بين المتعاقدين في حين أن تحديد مكان إبرام

العقد في التعاقد محل الدراسة من خلال محاولة تركيزه في دولة معينة أمر ليبدو صعباً علي التحقيق نظراً للطبيعة الدولية لشبكة الأنترنت وإتصالها بجميع الدول في آن واحد وذلك ناتج عن طبيعة غير المادية لوسيلة التعاقد تلم التي من شأنها أن تتجاهل الحدود الجغرافيه ومما زاد من هذه الصعوبة أن القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة ١٩٩٦ بخصوص التجارة الإلكترونية قد جاء خلواً من النص علي تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني ولقد برر التعليق علي المادة ١١ هذا الإغفال " بغية عدم المساس بالقانون الوطني الساري علي تكوين العقد فقد رئي أن أي نص كهذا قد يتجاوز الهدف من القانون النموذجي الذي ينبغي أن يقتصر علي النص بأن الرسائل الإلكترونية تحقق نفس درجة الدقة القانونية التي تحققها وسائل الإبلاغ الورقية وادماج القواعد القائمة حالياً بشأن تكوين العقود بالأحكام الواردة في المادة ١٥ بهدف إلي تبديد عدم اليقين بشأن زمان ومكان تكوين العقود في الحالات التي يتم فيها تبادل العرض أو القبول الكترونياً ولكننا سوف نحاول التقريب بين العقد محل الدراسة والعقود التقليدية بين غائبين لنري مدي إمكانية تطبيق الحلول المتداوله لدي هذه الأخيرة علي العقد الأول هناك نظريتان لتحديد مكان إبرام العقد في العقود بين غائبين : الأولي تبرم العقد لدي الموجب في اللحظة التي يتصل بها بقبول مطابق من الموجه اليه الإيجاب هذا العلم يتحقق من خلال بث المستقبل رسالة تفيد بعمله بالرسالة الموجهة اليه من الموجب ولقد أخذت إتفاقية فيينا للبيع الدولي بهذا الإتجاه في المادة ٢٤ ولكن هذه النظرية لا تتفق مع جميع صور القبول الذي يمكن أن يصدر عن الموجه اليه الإيجاب فلقد رأينا أن القبول يمكن أن يتم دون إعلان من المستقبل إلي المرسل وإنما يمكن أن

يستنتج من سلوكيات العميل كما لو قام بالأعمال التي تنفذ العقد مباشرة دون إعلان لإرادته في هذا الشأن ومن هنا لا يتحقق إتصال القبول بإرادة الموجب وهذا يتحقق كثيراً عندما تكون هناك عادات جارية بين الأطراف المتعاقدة أو يكون هناك إتفاق مكتوب بذلك فيما بينهما سلفاً إلي جانب أنه قد يثور الخلاف حول تحديد أي دولة صدر عنها الإيجاب فقد يصدر من محل إقامة الموجب أو حيث توجد مشروعاته التي بها النظام المعلوماتي التي من خلالها يقيم اتصالاته وتعاقداته كما يمكن أن تصدر من أي مكان توجد بها وسيلة اتصال من هنا فإن إتفاقية فيينا قد طرحت في هذه الحالة نظرية العلم بالقبول من جانب المستقبل وبالتالي لا ينعقد العقد علي إقليمه وإنما ينعقد العقد علي إقليم الموجه إليه الإيجاب منذ اللحظة التي يشرع فيها بتنفيذ العقد ومن ثم فإن صعوبة تحقيق العلم بالقبول من جانب الموجب في جميع الأحوال يمكن أن تقف حجرة عثر في سبيل انعقاد العقد علي إقليم الموجب .وهذا يمكن أن يعزز النظرية الثانية التي تبرم العقد لدي المستقبل في اللحظة التي يعلم فيها بالإيجاب ويقوم بالتوقيع علي العقد أو اللحظة التي يقوم فيها بإرسال ما يفيد قبول العقد ولقد أخذت مبادئ UNEDROIT بهذا الإتجاه حيث قد أعتبرت العقد منعقداً في اللحظة التي يتم فيها القبول .ولكن هذه النظرية يعيبها إهمال مصلحة الموجب إذ كيف يتسني له العلم بحدوث القبول من المستقبل بالإضافة إلي أن الموجه اليه الإيجاب قد يؤجل إرسال القبول لحين إنخفاض الأسعال مثلا كما يلقي علي عاتق الموجب المخاطر التي تتعلق بالعيوب الفنية التي يمكن أن تصيب الرسالة المرسلة عبر الأنترنت بالإضافة إلي أنه يبدو لنا أن هناك تناقضاً بين نص المادة ٢ – ١ من مبادئ UNEDROIT الذي

يعتبر العقد قد أبرم بمجرد القبول وبين نص الماده ٢- ٦ الذي لا يجعل للقبول أثراً إلا إذا إرتبط بعلم الموجب مبررين ذلك المعلقين علي هذا النص أن المستفيد هو الذي يجب أن يتحمل المخاطر التي تكتشف عملية وصول رسالته التي تحمل القبول إذ أن إختياره للأنترنت كوسيلة لتبليغ موافقته إلي الطرف الآخر يفرض عليه ضرورة توقع حدوث بعض المشاكل الفنية التي يمكن أن تمنع من وصول رسالته أو عدم وصولها في الموعد المحدد لهذا يجب عليه الإنتظار لحين إتصال قبوله بعلم الموجب ومن ثم فإن النظرية التي تبرم العقد لدي الموجب في اللحظة التي يتحقق له فيها القبول من خلال خطاب علم الوصول الموجه من الطرف الآخر تبدو منطقية اذ توزع المخاطر التي تتعلق بتبادل الرسائل علي عاتق الطرفين ومن ثم يمكن أن نعتبر قانون الموجب " سواء أكان قانون المورد أو قانون العميل" هو القانون الذي يحكم شكل عقد الإشتراك في قواعد المعلومات الذي يتم من خلال شبكة الأنترنت .

اللجوء إلي التوقيع الإلكتروني لمواجهة المشاكل الفنية المتعلقة بتحديد شخصية المتعاقدين تتميز الوسيلة التي يتم من خلالها تبادل التراضي بأنها مفتوحة أمام مستخدمي شبكة الأنترنت في العالم كله وذلك إذا ما تم بث الإيجاب والقبول من خلال صفحة الويبو أو الشبكة العنكبوتية كما يطلق عليها . وهنا تثور مشكلة كيفية تحديد شخصية طرفي العمليات العقدية وذلك لتحديد الأمان القانوني للعمليات العقدية التي تتم من خلال شبكة الأنترنت في هذا الصدد يجب علي صاحب الموقع تحديد الأشخاص الذين يستخدمون الموقع وذلك إذا كان الطرفان غير مالكين للمواقع التي يتم من خلالها تبادل الإيجاب والقبول أما لو أنهما مالكين للمواقع التي من خلالها يتم بث المعلومات اللازمه

لعملية الإيجاب والقبول فإن تعيين الموقع يجب أن يتضح من خلال عناصر الإيجاب والقبول ولا تثور هذه المشكلة عندما يتم إرسال الرسالة من خلال البريد الإلكتروني حيث أن مثل هذه الرسالة تكون ذات طبيعة شخصية بمعني أن مرسلا الإيجاب والقبول يكونان شخصين محددين وعنوانها الإلكتروني واضح بين عناصر الرسائل المتبادله ولكن رغم ذلك تبدو هذه الوسائل غير فاعلة ولا تقدم الضمان الكافي إذ أنهما تعتمد علي إرادة الشخص الذي يقوم ببث الرسالة دون رقابة بحيث يمكن أن يكتب عنواناً الكترونياً غير صحيح كما يمكن أن يذكر إسم موقع آخر غير الذي إستخدمه من هنا تظهر أهمية التوقيع الإلكتروني في عملية تحديد شخصية المتعاقدين – والتوقيع هو علامة أو إشارة مميزة تتعلق بشخص محدد فهو يقوم بوظيفتين هما : تحديد شخصية المتعاقد وإثبات رضاؤه بما ورد في الوثيقة التي تحمل توقيعه بما يكون له دور هام في مرحلة الإثبات عند نشوء منازعات بين الأطراف المتعاقده وما يعنينا هنا ليس هو تحديد القيمة القانونية للتوقيع الإلكتروني ومدي إعتباره معادلاً للتوقيع التقليدي المثبت علي دعامة ورقية في مجال الإثبات ولا الإعتماد عليه كوسيلة متطلبة للتعبير عن التراضي وذلك لأن عقد الأشتراك في بنوك المعلومات ذا طبيعة رضائية لا يستلزم وعاء خاص له كي يصب الرضاء فيه وإنما إعتمادنا هنا عليه كوسيله لتعيين الأطراف المتعاقدة نظراً للطابع غير المادي لوسيلة التعاقد وحيث يغيب التواجد المادي للأطراف المتعاقدة الأمر الذي يرتب صعوبة حول تحديد من يصدر عنه الأيجاب أو القبول علي إعتبار أن شبكة الإنترنت مفتوحة أمام كل الأفراد في كل الدنيا مما قد يفترض تدخل أشخاص غير جادين ومن ثم تظهر أهمية الوظيفة الأولي للتوقيع ولكن

هذا الرأي لم يترك أثراً في التشريعات المقارنه إذ تم إعداد مشروع قانون في فرنسا يعطي للوثيقة الإلكترونية نفس القيمة القانونية للوثيقة الورقية في مجال الإثبات .

تعريف التوقيع الإلكتروني عرفه المشرع الفرنسي في المادة ٢- ١ بأنه توقيع رقمي يرتبط بالمعلومات التي يرغب المرسل في إرسالها إلي الطرف الآخر إشتمال التوقيع علي هذه المعطيات يدل علي إرتباط صاحبه وإعترافه بما ورد في الوثيقة الإلكترونية المرسله يجب أن يتضمن هذا التوقيع الشروط التاليه : أن يكون مرتبطاً بشخص واحد مما يسمح بتعيينه وأن يتم التوقيع من خلال وسائل تخضع للسيطرة المباشرة من صاحب التوقيع موضحاً إرتباطه بمضمون الوثيقة الإلكترونية المرسله بحيث لا يكون هناك أية قيمة للتغييرات التي قد تحدث بعد ذلك واضح أن هذا التعريف قد ركز علي تحديد وظيفة التوقيع " تعيين المتعاقد وإثبات إتجاه إرادته إلي الإلتزام بمضمون الرسالة " ولكنه لم يبين لنا العناصر الفنية التي يتشكل منها التوقيع كما لم يحدد الوسائل التي تضمن فعالية التوقيع في إثبات شخصية المتعاقد .من هنا كان تعريف أعمال لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة الـ CNUDCI الصادر عنها في ١٩٩٦ بخصوص عقود التجارة الإلكترونيه أكثر تفصيلاً في هذا الخصوص إذ عرفت التوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن مجموعة أرقام تمثل توقيعاً علي رسالة معينة يتحقق هذا التوقيع من خلال إتباع بعض الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل ومن ثم فإنه بالضغط علي هذه الأرقام الخاصه لمستخدم الأنترنت يتكون التوقيع الألكتروني ويمكن أن يتم تحديد هذه الأرقام الخاصه من خلال إتفاقية جماعية لمستخدمي الأنترنت في

المعاملات التجارية أو من خلال عقد مبرم بين الطرفين يحدد الرقم السري الخاص بكليهما بحيث أن إقتران الرسالة المرسلة هذه الأرقام يستطيع الشخص أن يحدد شخصية المتعاقد الذي أرسل الرسالة وهذا يعني إمكانية تعدد التوقيع الإلكتروني بتعدد المعاملات التي يقوم بها الشخص والمثال الواضح للتوقيع الإلكتروني هو التوقيع الناتج عن إستعمال الكارت البنكي الذي تسلمه البنوك للعميل إذ من خلال الضغط علي بعض الأرقام السرية علي دعامة ممغنطة بذاكرة حافظة لهذا الرقم يتم إدخالها داخل جهاز يتم تسوية المعاملات التي قام بها الشخص إذ البنك من خلال هذا الرقم السري يستطيع تعيين الشخص مالكه وبالتالي تسوية المعاملات التي أتمها علي حسابه الثابت لدي البنك .هكذا فإن التوقيع الإلكتروني يكون بمثابة توثيق للرسالة الإلكترونية الصادرة عن المرسل ولكن يجب مراعاة عدم الخلط بين التوقيع الإلكتروني وبين تشفير الرسالة الإلكترونية صحيح أن كليهما يقوم علي عملية حسابية يتم من خلالها تفشير مضمون التوقيع أو الرسالة ولكن هناك فرق وهو أن تشفير الرسالة يشملها بأكملها في حين أن التشفير في التوقيع الإلكتروني يقتصر فقط علي التوقيع دون بقية الرسالة بحيث أنه يمكن أن يكون مرتبطاً برسالة غير مشفرة .فعالية التوقيع الإلكتروني في تحديد شخصية المتعاقدين .إذا كان التوقيع الإلكتروني يمكن للشخص أن يخلقه بنفسه فإن التوقيع الإلكتروني لايكون فاعلاً في تحديد الشخص الذي يصدر عنه وذلك إذ يمكن للشخص أن ينكره ومن هنا فإن المشكلة تظل قائمة وهي كيفية تعيين المتعاقد حتي مع وجود التوقيع الإلكتروني ؟ في هذا الصدد تظهر أهمية تحديد هذا التوقيع الرقمي من خلال شخص آخر يسمي بهيئة الإقرار أو

التي تقدم خدمة التصديق أو الغير الموثق وهو قريب من وظيفة الموثق المعروفه في القانون الفرنسي وهذا يعني ضرورة إنشاء هذه الوظيفة أيضا بالنسبة للمعاملات التي تتم من خلال شبكة الأنترنت بحيث يوجد أيضاً الموثق الإلكتروني إننا أيضا يمكن أن تشبه هذه الجهة أيضا بما تقوم به البنوك إذ تسلم عملائها الكارت البنكي متضمنا إسم الشخص وعنوانه وكذلك تزوده برقمه السري علي إعتبار أن الكارت البنكي يشكل المثال الواضح التوقيع الإلكتروني حيث يتم الضغط علي الكود السري الخاص بحامله بإستعمال دعامة مزودة بذاكرة حافظة لهذا الرقم من خلال هذه الأرقام يتم معرفة الشخص المتعامل ويتم تسوية المعاملات التي قام بها علي حسابه الشخصي الثابت لدي البنك فالبنك هو الذي يخلق هذه الأرقام الإلكترونيه ويفتح ملف خاص بكل عميل لديه ومن ثم فإن البنك يكون ضامناً لسلامة هذا التوقيع الإلكتروني في مواجهة غيره من المؤسسات التي يتعامل معها العميل .هذه الجهة الموثقة أو هذا الشخص المصدق يجب إذن أن يقدم وثيقة إلي مستخدم الأنترنت تتضمن إسمه عنوانه وإذا كان شخص معنوي يتم تحديد سلطاته وكذلك رقمه السري . هذه الشهادة تحمل التوقيع الإلكتروني لهذه الجهة الصادر عها وهذا من شأنه أن يؤكد العلاقة بين الشخص والرسالة الإلكترونيه الصادر عنه إن بث الرسالة مقترنة بهذه الإجراءات المكونة للتوقيع الإلكتروني يقطع بنسبتها إلي شخص محدد وهذا من شأنه إضفاء نوع من الثقة علي التعامل الذي يتم من خلال شبكة الأنترنت إذ يضمن للمستقبل سلامة المعلومات المرسلة من الطرف الآخر كما صدرت عنه تماماً دون تحريف ناتج عن تدخل شخص آخر علي الشبكة وفي سبيل إضفاء الثقة علي هذه الوسيلة يجب علي هذه الهيئة

أن تخلق لديها نظام رقمي خاص بالتوقيع الإلكتروني بما يمنع الخلط بين مستخدمي الأنترنت وكذلك خلق أرشيف إلكتروني متضمناً التوقيعات الإلكترونية الصادرة عنها تنشأ هذه الجهه الموثقة إما بتنظيم إتفاقي بين مستخدمي الأنترنت في تعاملاتهم ومن ثم ستكون هيئة خاصة أو من خلال تدخل الدولة في هذا الخصوص بإنشاء هيئة عامة يناط بها هذه المهمة بما يؤدي إلي إضفاء نوع من التنظيم الرسمي لإستخدام الأنترنت في المعاملات التجارية وبالتالي إضفاء نوع من الثقه علي التعامل الذي يتم من خلال شبكة الأنترنت _أن إسناد العلاقة العقدة لقانون محل تكوين العقد قد يؤدى إلى الإخلال باليقين القانونى الذى ينشده أطراف العقد لأنه قد لايعين على تحديد القانون الواجب التطبيق بسهولة لان التعاقد من خلال الإنترنت يفترض معه اتصال العقد أثناء إبرام العقد بكافة الدول المتصلة بالانترنت . ويضاف إلى ذلك أن التوصل إلى تحديد مكان إبرام العقد لايعنى كذلك تحديد القانون الذى يحكم العقد ويرجع ذلك بالطبع لاختلاف النظم القانونية حول المكان الذى يعتد به محلاًلابرام العقد هل هو مكانالمستضيف للموقع أم أنه مكان إقامة البائع أم انه يقصد به مكان إقامة المشترى ، ..... الخ ونفس الامر نجده بالنسبة للعقود بمكان ارسال القبول أم بمكان تسلمه .نخلص من ذلك إلى إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد محل إبرام العقد يصعب تحقيقه فى مجال عقود التجارة الالكترونية التى تتم عبر شبكة الإنترنت .

الإسناد لقانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد:

أوضحنا فيما سبق أن النظريات التى تدعو إلى اعتناق ضابط محل تكوين العقد أو تنفيذه أو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين يصعب تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية التى تتم عبر الانترنت وقد أدت هذه الصعوبات إلى تبنى الفقه والقضاء والتشريع ضابطاً موضوعياً آخر لتعيين القانون الذى يحكم العقد ومن أهم تلك الضوابط ضابط الأداء المميز للعقد فما هو المقصود بهذا الضابط ؟ وماهو موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية منه ؟ وما مدى صلاحيته للتطبيق على عقود التجارة الالكترونية؟ المقصود بفكرة الأداء المميز للعقد :يقوم هذا الضابط على فكرة مفادها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذى يحكم العقد وفقاً للالتزام الأساسى فيه . فعلى الرغم من تعدد الالتزامات فى العقد الواحد إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذى يميز العقد ويعبر عن جوهره وبالتالى يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد فى جملته(١). وتمشياً مع هذا الفهم عرف الأستاذ JEAN_BAPTISTالأداء المميز للعقد بأنه "الأداء الذى يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى "وعرفه أيضاً الأستاذ VAN OVERSTRAETENبأنه "ذلك الأداء الذى بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدى واجباً" ويؤكد نفس الأستاذ عند تعليقه على فكرة الأداء المميز لأنه التزام مشترك فى الكثير من العقود ولايميزها عن بعضها فكرة الاداء المميز تتركز فى البحث عن الاداء الجوهرى والهام فى الرابطة العقدية .وقد نالت فكرة الاداء المميز تأييد العديد من فقهاء التجارة الالكتورنية وه تلتقى مع نظرية التوطين

أو التركيز الموضوعى وفقاً لظروف التعاقد وملابساته التى يعتنقها القضاء الفرنسى من حيث أنه لايلجأ اليها إلا عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح أو الضمنى لقانون العقد .

على أنه يبقى للإسناد وفقا لنظرية الاداء المميز خاصيته الأساسية فى كونه إسناداً مسبقاً يتحدد وقت إبرام العقد فهو ليس إسناداً فضفاضاً أو غير محدد وإنما هو إسناد مقيد يقوم على إفتراض مسبق مؤداه أن محل تنفيذ الاداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الاداء وهو مايكفل لأطراف الرابطة العقدية الأمان القانونى الذى ينشدونه ويصون لهم توقعاتهم المشروعة ويحقق الاستقرار لمعاملاتهم التجارية فيما يتعلق بالقانون الذى يحكم روابطهم العقدية. وهنا تفترق فكرة الأداء المميز من نظرية التوطين أو التكيز الموضوعى للرابطة العقدية والتى يميل أنصارها الى ترك تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد للقاضى الذى ينظر النزاع فى كل حالة على حدة فى ضوء ظروف التعاقد وملابساته فتعيين القانن الواجب التطبيق على العقد يقم وفقاً لنظرية التوطين يتحدد فى مرحلة متأخرة لتسمح للمتعاقدين قبلها بمعرفة القانون الذى سيحكم عقدهم وبالتالى لاتحقق تلك النظرية الامان القانونى لذى ينشده المتعاقدون وبالإضافة على ذلك فإن تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد يقوم وفقاً لنظرية الأداء المميز على أساس الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية وبالتالى لايكون لأطراف العقد دخل فى تحديد القانون الذى سيحكم العقد ، فى حين أن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لنظرية التو طين او التركيز حيث يتم تحديد قانون العقد فى ضوء ظروف التعاقد وملابساته التى تلعب إرادة المتعاقدين دوراً فى تحديدها

ونتيجة لذلك نجد جانباً من الفقه ينعت تركيز العقد وفقاً لنظرية العميد BATIFFOL بأنه تركيز قائم على معيار شخصى يتصل بإرادة الاطراف فى حين يصف التركيز فى نظرية الاداء المميز بأنه تركيز يعتمد على معاير موضوعية بحتة .ويرجع ترجيح ضابط قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز ال أنه يتسم بالوضوح ويساعد أطراف العقد على توقع القانون الذى يحكم العقد بسهولة وبالتالى يؤدى إلى تجنب الصعوبات التى يثيرها تحديد محل إبرام العقد أو تنفيذه أو الموطن المشترك او الجنسية المشتركة للمتعاقدين .وقد ذهب جانب من الفقه فى تأييده لهذا الضابط أيضاً ان الأسناد إليه فى تحديد القانون الواجب التطبيق يحول دون تجزئة العقد ويمنع بالتالى إخضاع تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه الى قوانين تتباين الحولو التى تتضمنها ويبرر البعض الاستناد إلى هذا الضابط فى تحديد القانون الذى يحكم العقد بأنه يسمح بتمييز العقد عن غيره من العقود الاخرى والتالى يكون معبراً عن الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية فى الرابطة العقدية .وتعد نظرية الاداء المميز للعقد وما ينتج عنها من أمكانية توقع القانون الذى سيحكم العقد نظرية ثابتة فى اغلب الانظمة القضائية وتعترف بها ايضاً أغلب الانظمة القانونية كما انها تعد مبدأعاماً معترفاً به فى الا تفاقيات الدولية

موقف القضاء من نظرية الأداء المميز : مرت فكرة الأداء المميز فى الفقه السويسرى فى العقد الثالث من القرن العشرين وكان أول من اقترح فكرة إسناد العقد امحل إقامة المدين بالأداء الجوهرى أو المميز هو القاضى السويسرى STAAUFFER فى الأربعينيات من القرن الماضى وقد كانت اولى المحاكم القضائية فى هذا الصدد حكم

المحكمة الفيدرالية الصادر عام ١٩٥٢ وفى عام ١٩٦٦ سنحت الفرصة مرة أخرى للمحكمة الفيدرالية السويسرية لتؤكد هذه الفكرة حيث قررت أنه " فى حالة سكوت المتعاقدين عن القانون لذى يحكم العقد فإنه يخضع للقانون الذى يرتبط به بأوثق صلة وهو قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز فى العقد .

وقد حاكت محكمة النقض افرنسية مااستقر عليه القضاء فى سويسرا فى عام ١٩٥٢ كما تبنت محكمة استئناف لاهاى فى حكمها الصادر فى ١٩٨٢/٩/١٧ الحلول التى أقرتها المحكمة السويسرية واعتنقت هذا الاتجاه أيضاً محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية فى حكمها الصادر عام ١٩٨٥ وفق التشريعات الوطنية من نظرية الأداء المميزلقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية المعاصرة هذه النظرية لتتأى بنفسها عن اللجوء إلى إسناد الرابطة العقدية لضوابط جامدة فيما يتعلق بتحديد قانون العقد من تطبيقات تلك النظرية نجد المادة (١١٧) من القانون الدولى الخاص السويسرى الصادر عام ١٩٧٨ تتقرر أنه عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذى يحكم العقد يخضع الاخير لقانون الدولة الاكثر ارتباطاً بالعقد وهذه الروابط يفترض وجودها مع الدولة اتى يوجد بها محل الاقامة العادية للطرف المدين بالأداء المميز أو التى يوجد بها منشأة هذا الاخير إذا كان العقد قد أبرم فى إطار ممارسة نشاطه المهنى أو التجارى .كما نصت المادة (٢٨) من القانون الدولى الخاص الألمانى لعام ١٩٨٦ على أنه : عند سكوت إرادة المتعاقدين عن اختيار القانون الذى يحكم العقد يسرى على هذا الأخير قانون البلد الأوثق صلة به . تعتبر تلك الصلة موجودة مع البلد الذى به الغقامة العادية

للطرف الذى يتعين أن يقوم بالأداء المميز أو مركز إدارته الرئيسى إذا كان شخصاً معنوياً ومع ذلك إذا كان العقد يرتبط بنشاط مهنى للطرف المدين بالاداء فيعتبر القانون الاوثق صلة بالعقد هو قانون الدولة التى يوجد بها مقر منشأته الرئيسية ما لم يكن الأداء المميز مناطاً بمنشأة فرعية فينطبق قانون الدولة التى يوجد بها هذه المنشأة .كما تقرر المادة (٢٥) من القانون الدولى الخاص المجرى لعام ١٩٧٩ أنه إذا استحال تحديد القانون الواجب التطبيق "يسرى على العقد قانون موطن ااو محل الإقامة العادية أو مركز منشأة الطرف المدين بتقديم الأداء المميز للعقد بطريقة جوهرية "كذلك نصت المادة ١٢١١ من القانون الروسى لعام ٢٠٠١ على انه " عند سكوت الاطراف عن تحديد القانون الذى يحكم العقد يسرى على العقد قانون الدولة التى يرتبط بها العقد بروابط وثيقة وتوجد هذه الروابط فى قانون الدولة التى يوجد بها الموطن او المركز الرئيسى للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز .

موقف الاتفاقيات الدولية من نظرية الأداء المميز :تعد نظرية أو ضابط الاداء المميز أحد أهم المبادىء الرئيسية لقانون التجارة الدولية كما انها من المبادىء الرئيسية التى قامت على أساسها اتفاقية لاهاى المبرمة فى ١٥ يونيو ١٩٥٥ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية حيث أفردت لها المادة الثالثة وقد اعتدت هذه المادة بمحل القامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسى لتعيين القانون الذى يحكم العقد على أساس ان التزام البائع هو الاداء المميز للعقد فقد نصت تلك المادة فى فقرتها الاولى على ان فى حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذى

سيحكم العقد فإن البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلى للدولة التى يوجد بها محل الإقامة المعتادة للبائع وقت تسلمه الطلب ومع ذلك إذا كان تسليم الطلب بواسطة منشأة البائع فإن البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلى للدولة اتى يوجد بها مقر تلك المنشأة .ومن جانبها تبنت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ ضابط الاداء المميز للعقد حيث تقرر فى المادة الرابعة منها أنه : عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يسرى على هذا الأخير قانون الدولة التى له بها أكثر الروابط وثوقاً ._وتعتبر تلك الوابط موجودة فى الدولة التى يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد فإذا كان هذا الطرف شخصاً معنوياً وكان قد أبرم العقد أثناء ممارسته نشاطه المهنى فإن قانون الدولة التى بها المنشأة الرئيسية لهذا الشخص يكون هو الواجب التطبيق على العقد وإذا كان الاداء المميز للعقد سيتم عن طريق شركة اخرى بخلاف الشركة الرئيسية فإن قانون الدولة التى يتواجد بها مقر تلك الشركة هو الذى سيحكم العقد وهكذا تكون اتفاقية روما قد وضعت قرينة مفادها أن العقج يرتبط بالدولة التى يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالاداء المميز للعقد وهذا ينطبق على دولة البائع او مقدم الخدمة.ولايحول خضوع عقد البيع على هذا النحو لقاون محل إقامة البائع بوصفه المدين بالاداء المميز دون الخروج على هذا القانون حماية للمشترى بوصفه الطرف الضعيف فى العقد

فالمادة (٣/٢) من اتفاقية لاهاى لعام ١٩٥٥ بعد أن أقرت محل الإقامة المعتادة للبائع أو منشأته كضابط إسناد لتعيين قانون العقد تقضى بإن " البيع يكون محكوماً بواسطة القانون الداخلى للدولة

التى يوجد بها محل الإقامة المعتادة للمشترى أو التى يوجد بها مقر منشأته إذا كان هذا الأخير قد تسلم طلب البائع أو نائبه أو وكيله فى منشأته أو محل إقامته " وهذا الاتجاه نحو حماية المستهلك أيدته أيضاً اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ حيث أشارت فى المادة الخامسة منه الى أنه " فى حال تخلف الاطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق تخضع العقود المبرمة لقانون الدولة التى يوجد مقر الإقامة العادية للمستهلك إذا سبق إبرام العقد عرضاً أو إعلاناً وجه خصيصاً له أو إذا قام المستهلك فى هذا البلد بالاعمال الضورورية لإتمام العقد أو إذا كن الطرف الآخر أو نائبه قد استلم الطلب فى محل إقامة المستهلك .مدى تطبيق نظرية الاداء المميز على عقود التجارة الالكترونية :على الرغم من تبنى معظم تشريعات القانن الدولى الخاص والاتفاقيات الدولية وكذلك احكام القضاء فى اغلب الدول لهذه النظرية وعلى الرغم من ان هذا الغتجاه يمثله الفقه الغالب فى مجال التجارة الالكترونية[1] إلا أننا نرى أن إعمال تلك الفكرة فى عقود التجارة الالكترونية التى تم عبر شبكات التصال الالكترونية لايخلو من النقد :فمن ناحية أولى : نجد ان إعمال هذه النظرية يؤدى إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوى فى العقد والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف ونسوق مثالاً لذلك بعقود البيع أو توريد الخدمات التى تتم عبر شبكة الانترنت ففى هذين العقدين يكون قانون دولة البائع أو مقدم الخدمة هو الواجب التطبيق على العقد حيث يعد أداءً مميزاً التزام البائع بتسليم المبيع والتزام المورد بتوريد الخدمة .ومن ناحية ثانية أن الأساس التى تستند إليه تلك

(١) انظر د. أحمد محمد الهوارى حماية العقد الضعيف فى القانون الدولى الخاص المرجع السابقى بند ١١٤، ص، ١٤٥

النظرية يقوم على مرتكزات جغرافية لاتتلائم مع طبيعة المعاملات التى تتم عبر الانترنت والتى تتعدى الحدود الجغرافية .ومن ناحية ثالثة نلحظ ان أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية قد اعتدت بمحل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز أو مقر منشأته وقت إبرام العقد كضابط إسناد رئيسى لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد . وقد حدد التوجيه الاوروبى الصادر فى ٨ يونيو ٢٠٠٠ المتعلق بالتجارة الالكترونية مكان إقامة مؤدى الخدمات عبر الانترنت بالمكان الذى يمارس فيه أنشطته الإقتصادية بشكل دائم مستقر . وهذه الشروط غير متوافرة فى عقود التجارةالالكترونية والتى تتم عبر الانترنت وأساس هذا القول أن أغلب المواقع الالكترونية التى يتم من خلالها التعاقد تتسم بأنها مؤقتة مع انه يشترط فى الإقامة أن تكون دائمة علاوة على أن مسألة إبرام العقد أو تسلم الطلب تنطوى على تفسيرات متباينة فى هذا الصدد فى مختلف النظم القانونية .ومن ناحية رابعة يصعب تطبيق هذه النظريةعلى العقود الالكترونية عندما يقوم الطرف المدين بالأداء المميز بإبرام العقد عن طريق حاسوب يمتلكه مقدم خدمت معلومات مقيم فى نفس البلد التى يمارس نشاطه فيها لأن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون دولة مزود الخدمة لاقانون المدين بالاداء المميز .ومن ناحية خامسة فإن هناك صعوبة فى تطبيق هه النظرية على عقود التجارة الالكترونية فى الحالة التى لايون فيها الانترنت مجرد وسيلة للاتصال أو التفاوض حول بنود العقد وإنما وسيلة لتنفيذ العقد لأنه لايوجد إقليم دولة معينة فيها تنفيذ العقد بسبب البيئة غير المادية التى ينفذ فيها العقد من خلالها وبالإضافة إلى ذلك فإنه يصعب تطبيق هذه النظرية فى الفرض الذى

تستخدم فيه الشبكة كوسيلة للإتصال والتفاوض حول بنود العقد وإبرامه لأن التعاقد من خلال الشبكة يفترض معه اتصال العقد وقت إبرامه بكافة الدول لاتصال الانترنت بها فى ذاك الوقت ومن ثم يصعب تحديد قانون معين يسند إليه حكم العقد.

ومن ناحية سادسة وأخيرة فإن هناك بعض العقود ذات الطبيعة المركبة تتساوى فيها الالتزمات من حيث الاهمية بحيث يمكن اعتبار أياً منها أداءً مميزاً للعقد وقد يحدث ذلك فى عقد مقايضة على الانترنت عندما يقوم احد الأطراف صوراً بينما يقدم الطرف الآخر بيانات عنها بهدف نقل صورة متكاملة ففى هذه الحالة يصعب ايضاً تحديد العمل القانونى المميز للعقد .:بناءًعلى ماتقدم فإننا نؤكد على أنه يجب دائماً أن يكون هناك اختيار صريح للقانون الذى سيحكم العقد حتى نتجنب الصعوبات الت يثيرها تطبيق منهج التنزاع عند إعماله فى عقود الجارة الالكترونية .

على أن الإشكالية التى نواجهها هنا تتمثل عموماً فى مدى ملائمة تطبيق قواعد التنزاع المستقره حالياً على عقود التجارة الالكتورنية التي تتم عبر الانترنت .

المشاكل القانونيةاللاحقة على اختيار قانون العقد :هناك مشكلتان رئيسيتان يمكن توقعهما عقب اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الأولى تتمثل فى صعوبة إثبات اتفاق الأطراف على اختيار قانون معين يحكم العقد أما الثانية فتدور حول اختيار الأطراف لقانون معين لاينظم المعاملات الالكترونية وسف نتناول هاتين المشكلتين على التوالى :المشكلة الأولى :صعوبة التحقق

من جدية التعاقد وإثباته :تعد قواعد الإثبات من أهم القواعد القانونية المنظمة للحقوق والالتزمات بوجعه عام والتصرفات القانونية التى تتم من خلال شبكة الاتصالات الالكترونية بوجه خاص . وقد عبرت المذكرة الإيضاحية الشارحة لقانون الإثبات المصرى رقم (٥٢) لسنة ١٩٨٦ عن تلك الأهمية بقولها "إن الحق يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث الذى يستند إليه فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع فيه ، حتى صدق القول بأن الحق مجرداًمن دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء "فالحق الذى ينكره الخصم ولايستطيع صاحبه أن يقيم الدليل على وجوده يكون عديم القيمة وقد يكون الحق موجوداً منالناحية القانونية لكن عدم إقامة الدليل على وجوده يحول دون حصول صاحبه على طلب الحمايية القانونية ويصبح من الناحية العملية هو والعدم سواء . لذلك تتضح أهمية الإثبات فى مجال التصرفات القانونية بوجه عام .بيد أن تلك الاهمية تبدو أكثر إلحاحاً فى مجال المعاملات الالكتورنية التى تتم عبر الانترنت لاسيما فى ظل غياب العامات المادية الخطية فالتعاقد عبر الشبكة يتم عن طريق وسائل معلوماتية فى صورة بيانات تظهر على شاشات الحواسيب الآلية ويتم تبادل الرضا بين المرسل والمستقبل ويتحدد موضوع المعاملة وكيفية تنفيذها دون دعامة مادية مكتوبة فإذا كان أطراف الرابطة العقدية فى مجال المعاملات التقليدية ملتزمين بتقديم دليل مادى لإثبات التصرف القانونى فإن التعامل عبر شبكة الانترنت يتضمن إلغاء لتلك الأدلة المادية وأيضاً إلغاء لكل توقيع خطى ولعل تلك الخصوصية هى التى ادت إلى وجود عقبلت حقيقة تتعلق بقواعد الإثبات التقليلدية حال

تطبيقها على عقود التجارة الالكترونية .هذه المشاكل أو العقبات يمكن تقسيمها وفقاً لطبيعتها إلى مشاكل فنية وأخرى قانونية

المشاكل الفنية :يظهر هذا النوع من المشكلات فى صور عديدة أهمها حدوث عطل داخل الاجهزة الالكتورنية يؤدى إلى ضياع البانات المخزنة بداخلها أو انتهء فترة الصلاحية المقررة لتخزينها بحيث تهلك أو تصبح غير مقروءة مما يؤثر على استخدامها كوسيلة اثبات علاوة على ذلك قد يكون من الصعب استرجاع تلك البيانات إذا تم تحميل البرنامج على الأجهزة بشكل غير سليم أو إذا تم استخدام أجهزة غير مناسبة وأخيراً قد يتم التلاعب فى مضمون السند الالكترونى أو الاطلاع على البيانات التى يتضمنها بغرض استغلالها على نحو غير مشروع .

المشاكل القانونية :تتمثل هذه المشاكل فى تباين التشريعات الوطنية فى تنظيم أدلة الغثبات من جانب وتبنيها منهجاً فى قبول الأدلة الالكترونية من جانب آخر وتباينها كذلك فى منح الاطراف الحق فى الاتفاق على تعديل تلك القواعد من جانب أخير .

اختلاف الأنظمة القانونية فى تقدير أدلة الإثبات: أثبتت الدراسات التى اجرتها لجنة الاتحادات الأوروبية فى إطار برنامج نظم التبادل الالكترونى للبيانات التجارية والمعنية بالقواعد القانونية لقبول ادلة الإثبات تباين النظم القانونية فى تقدير أدلة الإثبات فهناك نظم قانونية تتبنى قواعد إثبات مرنة نسبياً بمعنى أنهالا تضع طرقاَ قانونية محددة لإثبات تقيد بها القاضى أو الخصوم بل تترك للأطراف حرية تقدير الأدلة التى تقنع القاضى وتطلق للقاضى الحرية امطلقة فى

تكوين عقيدته . وهناك نظم قانونية أخرة تعتمد منهجاً صارماً وتضع طراقاً محددة للإثبات لايستطيع القاضى أو أطراف العقد الحياد عنها وقد انتهت اللجنة فى تقريرها إلى أن القواعد التقليدية المعنية بالإثبات تشكل عقبة حقيقة تعترض تطوير تبادل البيانات إلكترونياً كما خلصت التحقيقات التى اجرتها أمانة الأونسيترال إلى نفس النتيجة وأقرت بوجود مشاكل يثيرها استخدم البيانات المخزنة فى الحواسيب الآلية كدليل إثبات فى المنازعات . ونتيجة لذلك أوصت اللجنة حكومات " بإعادة النظر فى القواعد القانونية التى تعوق استخدام السجلات الالكترونية كأدلة فى الدعاوى القضائية بغية تفادى مايحول دون قبولها من عقبات لا مبرر لها . والتأكد من هذه القواعد تتفق والتطورات فى مجال تكنولوجيا المعلومات وتوفير الوسائل الملائمة لتمكين المحاكم من تقييم مصداقية البيانات الواردة فى تلك السجلات . مدى صلاحية الاتفاقات التعاقدية بين الاطراف فى تعديل قانون الإثبات يعالج الأطراف عادةً مسألة مدى قبول رسائل تبادل المعلومات التى تجرى بينهم فى اتفاقات التبادل المبرمة بينهمومكمن الصعوبة هنا يأتى من أن اتفاقات التبادل النموذجية قد اعتمدت طرقاً متنوعة إزاء تلك المسألة .فبعض هذه الاتفاقات ينص على أن يقبل الأطراف الرسائل الالكترونية كدليل إثبات وثمة اتفاقات أخرى تجيز لأطراف العقد الإتفاق فيما بينهم على إمكانية الطعن فى الأدلة الالكترونية وثمة نوع اخير يوصى بأن تأخذ الأدلة الالكترونية نفس القيمة الثبوتية المعطاة للأدلة التقليدية .وبالإضافة إلى ذلك هناك اتفاقات تبادل نموذجية تقتصر على معالجة قواعد إثبات وطني حددة ومن الأمثلة على ذلك الاتفاق النموذجى لرابطة المحامين الأمريكية .

فهذا الاتفاق يعالج "قاعدة الأدلة السمعية " و"قاعدة أفضل دليل" هاتان القاعدتان تشكلان عقبة تعترض قبول الوسائل الإلكترونية فى الإثبات ويستدل على ذلك من نص الاتفاق الذى يقضى بأن "لا يطعن أى من الأطراف فى مدى قبول نسخ الوثائق الموقعة إلكترونياً كاستثناء من قاعدة الأدلة السمعية " أو "قاعدة أفضل دليل " على أساس الوثائق الموقعة لم تصدر أو لم تحفظ فى شكل وثيقة .وتبدو الصعوبة هنا فى أن صحة الاتفاقات التعاقدية بين الأطراف فى اتفقاق تبادلى يتعلق بمدى قبول الأدلة الالكترونية فى الإثبات فى نظام قضائى معين . وبقدر ماتكون الاحكام المعنية بالأدلة إلزامية فلن تكون هناك فاعلية للاتفاقات التعاقدية وبتالى لايمكن التعويل عليها فى المنازعات الأخرى التى لاتنطوى على أطراف مختلفين ويضاف إلى ذلك أن هذه الأحكم سوف تكون عديمة القيمة حين يوجد شرط قانونى يوجب توافر داعمة مادية مكتوبة أو يتطلب وجود وثيقة أو مستند أصلى أو غير ذلك من الشروط الشكلية اللهم إلا إذا كان القانون الوطنى يسمح بهذا الاتفاق .هذه الحقيقة يقرها اتفاق التبادل النموذجى للجنة الاقتصادية لأوروبا والتفاق النموذجى الأوروبى المعنى بتبادل البيانات الالكترونية فقد نصت المادة (٤) من الاتفاق الأخير على أنه "بقدر مايجيزه أى قانون وطنى قد يكون سارياً يمكن للأطراف الاتفاق على أن سجلات وسائل تبادل البيانات الإلكترونية التى يحتفظ بها وفقاً لأحكام وشورط هذا الاتفاق تكون فى حالة التنزاع مقبولة أمام المحاكم وتشكل أدلة على الوقائع الواردة فيها ما لم تقدم ألة خلاف ذلك .نخلص من ذلك إلى أنه مشاكل التجارة الالكترونية فى مجال الإثبات تنحصر فى الكتابة والتوقيع والمستند وهذه المفاهيم التقليدية

للإثبات لم تعد ملائمة للتطبيق على العمليات الالكترونية التى تتم عبر الانترنت بسبب التقدم الهائل الذى تشهده وسائل الاتصال .

عدم تنظيم القانون المختار للعمليات الإلكترونية :الواقع أن اتفاق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة على المنازعات التى قد تنشأ بصدد روابطهم العقدية التى تتم عبر الانترنت، تبدو مسألة ضرورية لاسيما فى ظل عدم وجود قواعد خاصة بالمعاملت الالكترونية فى أغلب الأنظمة القانونية فالمتعاقدون عبر الشبكة الدولية للمعلومات يتطلعون دائماً إلى معرفة القانون الواجب التطبيق قبل الدخول فى العلاقة العقدية لمعرفة حقوقهم والتزاناتهم الناتجة عن هذه العلاقة .لهذه الأسباب يحرص المتعاملون عبر الانترنت على ان يضمنوا عقدهم شرطاً خاصاً يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق على العقد وهو غالباً قانون مركز إدارة الشركة الرئيسى التى يمتلكها البائع ومن أمثلة تلك العقود نذكر عقد شركة APPLE STOR الذى نص على ان "يخضع هذا العقد للقانون الفرنسى " وهذا التحديد لقانون العقد ورد النص عليه أيضاَ فى العقد النموذجى للتجارة الالكترونية الذى وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس . كذلك فى عقد استغلال وتراخيص التجارة الالكترونية .ولاتبدو ثمة صعوبة إذا كان القانون المختار يعترف بصلاحية العقود التى تم إبرامها بدون مستند ورقى مكتوب وموقع المتعاقدين حيث يتم الرجوع إلى القانون وتطبق أحكامه.بيد ان الصعوبة الحقيقية تدق فى الفرض العكسى عندما يختار أطراف العقد تطبيق قانون دولة معينة ثم يتضح بعد ذلك ان هذا القانون لايعترف بصلاحية العقود التى تعتمد على الكتابة

الإلكترونية والتوقيعات الرقمية ففى هذه الحالة تظل الكتابة اليدوية والتوقيعات الخطية هى المعتمدة قانوناً.

رفض الاختيار الضمنى لقانون العقد فى العقود الدولية :كانت فكرة الاستناد إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد مثاراً لانتقادات عديدة من جانب بعض الفقهاء القانون الدولى الخاص قبل ظهور الإنترنت والتجارة الإلكترونية ويعنى ذلك ان الصعوبات التي يثيرها الاختيار الضمنى لقانون العقد ليست من خصائص التجارة الالكترونية فقد سبق وأثارت تلك الفكرة صعوبات ومشاكل عند تطبيقها على العقود الدولية التقليدية .ويعبر عن تلك الصعوبات جانب من اشراح موضحاً أنه إذا سكت المتعاقدون عن اختيار قانون صراحة فلا يصح للقاضى أن يبحث عن إرادتهم الضمنية وإنما يتعين عليه تركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأكثر ارتباطاً بالعقد . وأساس تلك الوجهة من النظر ان سكوت الاطراف عن الاختيار الصريح لقانون العقد قد يرجع إلى ان المتعاقدين لم يتنبهوا أساساً للمشكلة أو لأن العنصر الأجنبى قد تطرق إلى العقد فى تاريخ لاحق لعى الانعقاد . وقد يرجع سكوت الأطراف أيضاً إلى اختلاف المتعاقدين حول تحديد هذا القانون أو تخوفهم من أن يؤدى ذلك الخلاف إلى عدم إتمام العقد ويصعب مع هذه الفروض جميعا القول بوجود بوجود إرادة ضمنية للمتعاقدن يمكن على أساسها اختيار قانون العقد.

وقد أسس الاتجاه الرافض لفكرة الاختيار الضمنى لقانون العقد رفضه لهذا الضابط على أساس أن تطبيقه قد يؤدى إلى تحكم القاضى فى تحديد قانون العقد مستتراً وراء مايسمى الإرادة الضمنية

للمتعاقدين وهو فى حقيقتها إرادته هو الامر الذى يخل بتوقعات الأطراف ويهدد الامان الذى تنشده التجارة الدولية .

رفض الاختيار الضمنى لقانون العقد فى عقود التجارة الإلكترونية : الحقيقة أن رفض الاستناد إلى إرادة المتعاقدين الضمنية فى تحديد القانون الذى سيحكم العقد له مايبرروه كذلك فى مجال المعاملات الإلكترونية التى تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية .غير أن أساس استبعاد هذا الضابط ليس تحكم القاضى او الإخلال بتوقعات الأطراف وإنما صعوبة الإعتماد على القرائن أو المعاملات الدالة على هذه الغرادة الضمنية لمتعاقدين ى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية التى تتم عبر الانترنت وهذه الصعوبة تتضح عند مناقشة تلك القرائن او الدلالات التى تشير إلى الإرادة الضمنية وذلك عل النحو التالى :فمن ناحية أولى : مضت الإشارة إلى إرادة المتعاقدين الضمنية فى تحديد تلك الإرادة على أساس أن تلك اللغة الإنجليزية اصبحت لغة التخاطب العالمية فى مجالالمعاملات الالكترونية التى تتم عبر الشبكة الدولية .ومن ناحية ثانية :لايمكن الاعتماد على العملة التى يتم الوفاء بها بعد أن أصبح مقابل الخدمة يؤدى بطريقة آلية عن طريق تحويل النقود إلكترونيا او بواسطة بطاقات الوفاء أأو ماشابه ذلك وبالتالى يستطيع الشخص أن يسدد بهذه الوسائل بأى عنلة وفى أى وقت .ومن ناحية ثالثة :يصعب القول بأن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو قانون الدولة التى توجد بها المحكمة التى تنظر النزاع لأنه لاتلازم بين الاختصاصين القانونى والقضائى من ناحية ولأن تلك المحكمة قد يكون موقعها موجوداً على شبكة الإنترنت من خلال موقع أو عنوان إلكترونى لاينتمى على دولة بعينها

.ومن ناحية رابعة :يصعب القول بتطبيق القانون الذى يحكم العقد الأصلى على العقود الإلكترونية الأخرى المرتبطة به لأن مسألة الارتباط المشار إليها نادرة الحدوث على الشبكة فالغالب فى مجال المعاملات التى تتم عبر الانترنت هو استقلال الروابط القانونية لاسيما وأن المتعاقدين لايعرفون بعضهم فى الغالب ولايوجد دليل مادى على وجودهم الحقيقى .ومن ناحية: يصعب الاستناد إلى قانون الموطن المشترك أوالجنسيةالمشتركة للمتعاقدين لأن هذه الضوابط جميعها تؤدى فى النهاية إلى توطين او تركيز الرابطة العقدية مكانياً فى حين ان توطين العقد وفقاص لهذه المعايير التقليلدة فى العالم الالكترونى لن يكون أمراً سهلاً بل ربما كان افتراضياً كالعالم الالكترونى ذاته وبها الوصف تقترب الارادة الضمنية فى هذا المجال من الغرامة المفروضة بواسطة القاضى إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل تنفيذ العقد :كان اول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل تنفيذ العقد هو الفقيه الألمانى SAVINY باعتبار أن الرابطة العقدية ترتب آثارها فى هذه الدولة وقد كان من شأن ذلك التقليل من اهمية محل إبرام العقد فى تحديد القانون الواجب التطبيق ولقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية للقانون الدولى الخاص هذا الضابط كما أبقت عليه العديد من الاتفاقيات الدولية الاوروبية ويأخذ به القضاء فى ألمانيا كإسناد احتياطى فى حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب على عقدهم وياخذ به القضاء الفرنسى فيما يتعلق بآثار العد ويرجحه القضاء الإنجليزى على قانون محل إبرام العقدعندما يكون تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً واجباً فى مكان غير مكان تكوين العقد

.وينهض الإسناد إلى قانون دولة محل تنفيذ العقد على أساس أنه المكان الذى تتركز فيه مصالح المتعاقدين ففى هذا المكان سيجنى هؤلاء ثمار تعاقدهم وتنعقد فيه مسئولياتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم فمحل التنفيذ يعبر عن مركز الثقل والارتباط الاجتماعى والاقتصادى فى الرابطة العقدية ويسمح بتطبيق قانون البلد التى يتأثر اقتصادها بالعقد أضف إلى ذلك أنه المكان الذىتتجسد فيه الالتزامات التعاقدية لأن قيام الاطراف بإبرام عقد ما يكون دائماً بقصد تنفيذه . وإذا كان تطبيق قانون دولة محل تنفيذ العقد مزاياه سالفة الذكر فإن هنك بعض الصعوبات تثار عند إعمال هذا الضابط المكانى على عقود التجارة الإلكترونية التى تتم عبر الشبكات الإلكترونية يمكننا عرضها من خلال التمييز بين العقود التى تنفذ مباشرةً خارج الحط والعقود التى تنفذ على الخط وذلك على النحو التالى .

العقود التى تنفذ خارج الخط :الأصل أن هذه العقود لا تثير مشكلة حقيقة لأنها تحيل إلى عناصر مادية ندور حول مكان تنفيذ العقد وهذا المكان سيكون غالباً مكان تسليم الطلب أو الخدمة غير أنه من المتصور ان يقوم الاطراف بأداء التزاماتهم فى أماكن مختلفة ومن ثم يخضع العقدلأكثر من قانون وقد يصعب تحقيق الانسجام فيما بين هذه القوانين بسبب اختلاف مفاهيم النظم القانونية حول محل تنفيذ العقد .

العقود التى تنفذ على الخط :إذا كان من السهل تحديد مكان تنفيذ العقد فى حالة إبرام العقود عبر شبكات الاتصال الإلكترونية حين يجرى تنفيذها مادياً فإن ثمة صعبوة تعترض تحديد هذا المكان فى حالة المعاملات التى يتم إنفاذها كلية بالطرق الإلكترونية كما

هو الشأن فى برامج الحاسوب التى يتم إنزالها مباشرةً من على شبكة الانترنت ففى هذه الحالة يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد :هل هو مكان موقع اتحميل على الخط لخطة التنفيذ ام مكان المزود الذى يقدم الخدمة للبائع أم مكان المستضيف الذى يجرى عملية التحميل أم المكان الذى يوجد قيه الحاسب الآلى للمشترى ..... الخ .ولتفادى هذه الصعوبات فإننا ندعو المتعاقدين إلى تحديد مكان التنفيذ فى اتفاقاتهم وذلك أجدى وأنفع .

إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين :تبنت بعض التشريعات الوطنية هذا الاتجاه الذى يقضى بإسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للأطراف إذا اتحدت عند سكوت الاطراف عن اختيار قانون الإرادة صراحةً أو ضمناً ولقد اختلفت تلك التشريعات حول موقع الافضلية لقانون الجنسية المتحدة للاطراف المتعاقدة فالقانون المدنى الإيطالى قد منح لقانون الجنسية المشتركة الموقع الاول فى الترتيب وفضلها على قانون دولة محل إبرام العقد وهو نفس الأفضلية التى منحها القانون المدنى الاسبانى لهذا القانون قبل قانون الموطن المشترك وبالأسبقية على قانون دون محل إبرام العقد .وقد اختلف القضاء فى شأن قانون الجنسية المشتركة فاعتبرته بعض احكام القضاء الفرنسى قرينه على الإرادة الضمنية او مركز الاعمال المشترك.والحقيقة أن إسناد الرابطة العقدية إلى قانون دولة الجنسية المشتركة هو إسناد منتقد يصعب لتعويل عليه فى مجال عقود التجارة الالكترونية لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الأساس والعقد ويؤكد الفقه ان الجنسية الاجنبيةللمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً فى عقود المعاملات الدولية ولاتصلح وحدها

أساساً لإضفاء الطابع الدولى على هذه العقود وعلاوة على ذلك فإن الاعتداد بجنسية المتعاقدين يتطلب التحقق من هوية الاطراف وتحديد اماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد وهو أمر لا تأبه به التجارة الإلكترونية

إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين:

لاتزال بعض التشريعات الوطنية تطبق قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ويفضلونه على قانون محل غبرام العقد . فالتشريع المصرى على سبيل المثال قد منح لقانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الاول فى الترتيب وهى نفس الافضلية التى منحها القانون المدنى البرتغالى لهذا الظابط بينما فضل القانون المدنى الأسبانى تخويل قانون الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الثانى فى الترتيب بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين وقبل قانون محل إبرام العقد

ويدافع أنصار هذا الإسناد عنه بالقول بأن قانون الموطن هو القانون الى يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره وقد اعتادوا على ان ينظموا سلوكهم وفق احكامه وبالتالى يكون فى مقدورهم أن يتوقعوا مايترتب على تطبيقه من آثار سلبية أو إيجابية بالنسبة لهم[1]. والاصل أن تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برباط قانونى ولهذا يعرفه الفقه بأنه المكان الذى يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزاً لأعماله فالأصل أن الموطن يتحدد بمكان حقيقى للمتعاقدين .وعلى الرغم من وضوح هذه الفكرة إلا أنه يصعب تطبيقها

(١) راجع الماده (١/١٩) من التقنين المدنى المصرى .

obeikandi.com

فى مجال المعاملات الإلكترونية التى عبر الإنترنت ذلك أن التعامل عبر شبكة الإنترنت يعتمد على العناوين الإلكترونية لا على العناوين الحقيقية وهذه العناوين لاتعطى دلالة واضحة على العنوان الحقيقى[1]. فهناك مواقع على الشبكة تحمل عناوين ترتبط ببلدان معينة ومع ذلك لايوجد لها مكان عمل حقيقى بالمعنى المتعارف عليه علاوة على أن هناك عناوين لاترتبط ببلدان معينة كما هو الشأن فى العناوين التى يشار اليها فى نهاية المقطع ب COM أو ORG وبالإضافة إلى ذلك فإن مواقع الويب تكون فى حركة دائمة والمتعاقد يمارس أنشطته الاقتصادية بصرف انظر عن توطين مواقع الويب أو مقدمى الخدمات . فالعناوين الإلكترونية لم تصمم أصلاً بمنظور جغرافى ولذلك فهى تتسم بعدم التوطن أنه يجب تفادى الاصطدام بالطابع الإقليمى والمادى لمعايير فض التنازع القانونى باعتبار أن هذه الضوابط يكتنفها الكثير من الغموض والصعوبات عند تطبيقها على عقود التجارة الالكترونية اتى تتم عبر الانترنت ولعل هذا هو السبب فى تبنى الفقه والقضاء المعاصر ضوابط موضوعية أخرى لتعيين قانون العقد ومن أهم هذه الضوابط ضابط الاداء المميز للعقد .

(١)راجع المادة (٤٢) من القانون المدنى البرتغالى .