A/CN.9/WG.IV/WP.91

الأمم المتحدة

Distr.: Limited

9 February 2001
Arabic
Original: English

الجمعيـــة العامـــة

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل المعني بالتجارة الالكترونية
الدورة الثامنة والثلاثون
نيويورك، ١٢-٢٣ آذار/مارس ٢٠٠١

الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية

الأعمال الممكن الاضطلاع بها مستقبلا في مجال التعاقد الالكتروني: تحليل لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع

مذكرة من اعداد الأمانة

المحتويات

		الفقرات	*الصفحة*
مقدمة		١-٧	٢
أولا-	النطاق الدولي والشخصي لتطبيق اتفاقية الأمم المتحدة للبيع	٨-١٩	٤
	ألف- الصفة الدولية لصفقات البيع	٨-١٣	٤
	باء- الأطراف في صفقات البيع	١٤-١٦	٥
	جيم- معايير انطباق اتفاقية الأمم المتحدة للبيع	١٧-١٩	٦
ثانيا-	النطاق الموضوعي للتطبيق	٢٠-٣٠	٧
	ألف- البضائع	٢٠-٢٥	٧
	باء- عقود البيع	٢٦-٢٩	٨
	جيم- غرض المستهلك من المبيعات	٣٠	٩
ثالثا-	الشكل	٣١-٣٨	١٠
	ألف- قضايا عامة	٣١-٣٥	١٠
	باء- تعريف "الكتابة" في اطار المادة ١٣	٣٦-٣٨	١١
رابعا-	القضايا الموضوعية	٣٩-٥٥	١٢
	ألف- تكوين العقد: قضايا عامة	٤٠-٤٤	١٢
	باء- تكوين العقود: العرض والقبول	٤٥-٥٣	١٣
	جيم- سريان أثر البلاغات التي تتم طبقا للجزء الثالث من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع	٥٤-٥٥	١٥
الخاتمة		٥٦-٥٧	١٦

مقدمـــة

١- قامت اللجنة، في دورتها الثالثة والثلاثون، عام ٢٠٠٠، بتبادل أولي للآراء بشأن الأعمال المقبلة في مجال التجارة الالكترونية. واقترحت ثلاثة مواضيع تشير الى المجالات التي قد يكون عمل اللجنة فيها مستصوبا ومجديا. وكان أول موضوع تناولته هو التعاقد الالكتروني، منظورا اليه من زاوية اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المشار اليها فيما يلي بـ "اتفاقية الأمم المتحدة للبيع" أو بـ "الاتفاقية" التي كانت تعتبر بصورة عامة اطارا يسهل قبوله للتعامل مع العقود الالكترونية المتعلقة ببيع البضائع. وأشير، على سبيل المثال، الى أنه قد يكون من الضروري القيام بالمزيد من الدراسات لتحديد مدى امكانية استنباط قواعد موحدة من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، وذلك لتنظيم الصفقات المتعلقة بالخدمات أو "السلع غير المادية"، أي البنود (من قبيل البرامجيات الحاسوبية) التي يمكن شراؤها وتسليمها عن طريق الفضاء السيبراني. وساد شعور عام بضرورة ايلاء الاهتمام التام، عند القيام بهذه الدراسات، لعمل المنظمات الأخرى مثل المنظمة العالمية للملكية الفكرية والمنظمة العالمية للتجارة.

٢- أما الموضوع الثاني فكان تسوية المنازعات. ولوحظ أن الفريق العامل المعني بالتحكيم قد شرع فعلا في مناقشة السبل التي يمكن بواسطتها تعديل أو تفسير الصكوك القانونية الحالية ذات الطبيعة التشريعية للاذن باستخدام المستندات الالكترونية، وعلى وجه الخصوص الغاء الشروط القائمة المتعلقة باتخاذ اتفاقات التحكيم شكلا كتابيا. واتُفق عموما على امكانية الاضطلاع بالمزيد من العمل لتحديد ما اذا كان الأمر يتطلب قواعد محددة لتيسير الاستخدام المتزايد لآليات تسوية المنازعات. وفي هذا السياق، اقتُرح ايلاء أهمية خاصة لدراسة السبل التي يمكن بواسطتها اتاحة وسائل تسوية المنازعات مثل التحكيم والتوفيق، للأطراف التجارية والمستهلكين. وكان هناك شعور واسع النطاق بأن الاستخدام المتزايد للتجارة الالكترونية يتزع الى طمس التمييز بين المستهلكين والأطراف التجارية وتم التذكير، رغم ذلك، بأن استخدام التحكيم، في عدد من البلدان، لتسوية المنازعات بين المستهلكين أمر مقيد لأسباب تتعلق باعتبارات السياسة العامة وقد لا يساعد المنظمات الدولية على تنسيقه. وكان ثمة شعور أيضا بوجوب ايلاء الأهمية الى العمل الذي تضطلع به في ذلك المجال منظمات أخرى، مثل الغرفة الدولية التجارية، ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية، التي تعنى بالكثير من حالات تسوية المنازعات الخاصة بأسماء المجالات الحاسوبية على شبكة الانترنت.

٣- وكان الموضوع الثالث يتعلق بتجريد مستندات الملكية من طابعها المادي، ولا سيما في صناعة النقل. واقترح الاضطلاع بالعمل لتقييم استصواب أو جدوى وضع اطار تشريعي موحد لدعم اعداد المخططات التعاقدية التي يجري وضعها حاليا، للاستعاضة عن مستندات الشحن الورقية التقليدية برسائل الكترونية. وساد شعور واسع النطاق بأنه لا ينبغي قصر هذا العمل على مستندات الشحن البحري، بل ينبغي أيضا أن يتناول وسائل النقل الأخرى. واضافة الى ذلك، ربما أمكن أيضا لمثل هذه الدراسة أن تتناول، خارج نطاق قانون النقل، مسائل الأوراق المالية ذات الطابع غير المادي. وأشير الى أنه ينبغي أيضا رصد عمل المنظمات الدولية الأخرى بشأن هذه المواضيع.

٤- وبعد المناقشة، رحبت اللجنة بالاقتراح الداعي الى القيام بدراسات تتناول المواضيع الثلاثة. واذا كانت اللجنة لم تستطع البت في مسألة نطاق الأعمال المقبلة الى أن يتم اجراء المزيد من المناقشات في اطار الفريق العامل، فقد كان ثمة اتفاق عام على أنه يتوقع من الفريق العامل، لدى الانتهاء من مهمته الحالية، وهي اعداد مشروع قواعد موحدة بشأن التواقيع الالكترونية، في سياق وظيفته الاستشارية العامة بخصوص مسائل التجارة الالكترونية، أن يدرس في أول اجتماع يعقده عام ٢٠٠١ بعض المواضيع الآنفة الذكر أو كلها، أو أي موضوع آخر، بغية تقديم المزيد من المقترحات الخاصة المتعلقة بعمل اللجنة في المستقبل.

٥- وركزت اللجنة بشكل خاص على ضرورة كفالة تنسيق العمل فيما بين مختلف المنظمات الدولية المعنية. ونظرا للتطور السريع الذي شهدته التجارة الالكترونية، يجري التخطيط أو الاضطلاع بعدد كبير من المشاريع التي قد يكون لها أثر على هذه التجارة. وقد طُلب من الأمانة العامة الاضطلاع بالرصد الملائم وتقديم تقارير الى اللجنة بشأن كيفية انجاز وظيفة التنسيق لتفادي الازدواجية في العمل وكفالة التساوق في اعداد المشاريع المختلفة. ورئي عامة أن مجال التجارة

الالكترونية يشكل مجالا يمكن فيه الاضطلاع بولاية التنسيق التي أسندتها الجمعية العامة الى الأونسيترال بموجب القرار الذي أصدرته بإنشائها، لما فيه خير المجتمع العالمي خاصة، وأنه لذلك يستحق أن يولى الاهتمام اللائق من جانب الفريق العامل والأمانة العامة.[1]

٦- والقصد من هذه المذكرة هو تقديم معلومات أولية الى الفريق العامل بشأن قضايا التعاقد الالكتروني. وهي تستقصي بشكل أولي ما اذا كان التعاقد الالكتروني يتطلب وضع قواعد قانونية جديدة، أو ما اذا كانت القواعد المطبقة على العقود التقليدية يمكن أن تستجيب لحاجة تقنيات الاتصال الجديدة (إما بشكلها الحالي دون تغيير أو بادخال بعض التعديلات عليها). ولهذا الغرض، تستعرض المذكرة بعض القواعد التي وضعتها اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، التي تلقى اعترافا واسعا من الأكاديميين والممارسين، لا باعتبارها تغطي أحد الأشكال الرئيسية للعقود التجارية فحسب، بل بالنظر أيضا الى أنها ترسي قواعد تتعلق بالقانون العام للعقود (فيما يتصل، مثلا، بقضايا مثل تكوين العقود، والأضرار، الخ.).

٧- وقد يرغب الفريق العامل في استخدام التحليل الذي أُجري في هذه المذكرة لاتفاقية الأمم المتحدة للبيع كأساس لمداولاته، واضعا في الاعتبار أن الأمر قد يتطلب مزيدا من الدراسات بشأن القواعد والصكوك الأخرى الموجودة أو المعدة كمشروعات سعيا الى تنسيق جوانب معينة من القانون المنظم لمعاملات التجارة الالكترونية. وكمثال لهذه القواعد التي قد تحتاج الى مزيد من الدراسة، أعد القانون الموحد لمعاملات النواتج والمعلومات الحاسوبية في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث رئي أن نهج صفقات "بيع السلع" الذي تضمنه القانون التجاري الموحد لا يكفي لمعالجة الطريقة التي تباع بها الخدمات والعناصر التكنولوجية مثل برامجيات الحاسوب. وقد يتطلب الأمر أيضا أن توضع في الحسبان الجهود الأخرى الرامية الى توفير قواعد موحدة للتجارة الالكترونية مثل مشروع القواعد والمبادئ التوجيهية الموحدة للتجارة الالكترونية والتسويات (URETS) والعقد النموذجي للبيع الالكتروني (وتقوم الغرفة التجارية الدولية حاليا باعداد الصكين كليهما).

أولا- النطاق الدولي والشخصي لتطبيق اتفاقية الأمم المتحدة للبيع

ألف- الصفة الدولية لصفقات البيع

٨- لا تنطبق اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، كما هو موضح في المادة ١، الا على العقود التي تبرم بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة. وطبقا للمادة ١ (٢)، لا يلتفت الى هذه الصفة الدولية "اذا لم يتبين ذلك من العقد أو من أي معاملات سابقة بين الأطراف، أو من المعلومات التي أدلى بها الأطراف قبل انعقاد العقد أو في وقت انعقاده". ونظرا لأن التجارة الالكترونية تنزع الى طمس التمييز بين الصفقات الداخلية والصفقات الدولية، فانه يصبح من الضروري النظر بمزيد من التدقيق في الأحكام المذكورة أعلاه.

٩- وحيثما يبين الأطراف في عقد يبرم الكترونيا، مكان عملهم بشكل واضح، يؤخذ مكان العمل هذا في الاعتبار عند تحديد الصفة الدولية لصفقة البيع. ولا يكاد التعاقد الالكتروني يختلف، في هذه الحالة، عن العقد الذي يتم بوسائل أكثر تقليدية. وتنطبق نفس الملاحظة حتى في الحالات التي يكون فيها لطرف من الأطراف أكثر من مكان عمل واحد (وتلك مسألة تعالجها المادة ١٠ من الاتفاقية). والواقع أن بيان هذا الطرف للمكان الوثيق الصلة بالعقد، من بين عدة أماكن، فيما يتعلق بصفقة معينة، هو، وفقا لعدد من الكتاب القانونيين، معيار مهم، ان لم يكن هو الأهم، في تحديد الطابع الدولي للعقد طبقا للاتفاقية حيثما يكون للطرف أماكن عمل متعددة. كما أن البيان الواضح لمكان العمل المقصود يتفادى أي صعوبة في تحديد ما اذا كان الطابع الدولي للصفقة قد تبين للأطراف بشكل كاف، حسب ما تشترطه المادة ١ (٢) لتطبيق الاتفاقية.

---

(١) *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الرابعة والخمسون، الملحق رقم ١٧* (A/54/17)، الفقرات ٣٨٤-٣٨٨.

١٠- واذا لم يبين الأطراف بوضوح أماكن عملهم المعنية قبل أو عند ابرام العقد، ثار التساؤل عما اذا كانت هناك ظروف يستدل منها على مكان العمل المعني. وقد يكون من المناسب، في هذا السياق، النظر في أخذ العنوان الذي أرسلت منه الرسائل الالكترونية في الحسبان. وعندما يستخدم طرف من الأطراف عنوانا مقرونا باسم حقلي يرتبط بدولة معينة (مثل عنوان ينتهي بـ "at" اشارة الى النمسا (Austria) أو بـ "nz" اشارة الى نيوزيلندا، الخ.)، يمكن القول بأن مكان العمل يوجد في ذلك البلد. وهكذا فان عقدا للبيع يبرم بين طرف يستخدم عنوانا للبريد الالكتروني يبين بلدا معينا وطرف يستخدم عنوانا يبين بلدا مختلفا، ينبغي أن يعتبر دوليا. وللاعتراف بالدلالة القانونية لعنوان للبريد الالكتروني يرتبط ببلد معين مزية الجزم بأن الأطراف يدركون أن العقد ليس داخليا. وبالتالي فانه لا يمكن تجنب تطبيق اتفاقية الأمم المتحدة للبيع بدعوى أن الأطراف لم يكونوا مدركين الطابع الدولي لصفقتهم، وهو ما تناولته المادة ١ (٢).

١١- ويحدد الحل المذكور أعلاه مكان عمل الأطراف (اذا لم يكن مبينا أو لا يمكن تحديده بطريقة أخرى) بالبلد الذي يشير اليه عنوان البريد الالكتروني. وذلك الحل لا يحسم الحالات التي لا يسمح فيها العنوان بتحديد البلد المعني. ويمكن القول، في مثل هذه الحالات، بأنه يجب دائما افتراض أن العقد دولي؛ ويمكن تبرير ذلك بأن استخدام عنوان لا يرتبط ببلد معين يفترض أنه يعزى الى أن ذلك الطرف لا يريد أن يحدد مكانه ببلد معين أو أنه يريد أن يكون الاتصال به ممكنا في أي مكان. ويمكن ضم هذا النهج الى المادة ١ (٢) من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، شريطة امكان افتراض أن أي فرد يتعاقد الكترونيا مع طرف يستخدم عنوانا من هذا القبيل لا يمكن ألا يكون مدركا أنه يتعاقد "دوليا". وبينما قد يكون هذا النهج متساوقا مع اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، فان الأمر قد يتطلب قواعد اضافية لارساء هذه القرائن.

١٢- ويمكن استخدام نهج آخر لتحديد الصفة الدولية لصفقة بيع تعقد الكترونيا، طبقا للاتفاقية. ويرتكز هذا النهج البديل على تعريف "لمكان العمل" للحالات التي يتم فيها التعاقد الكترونيا. ولا ينبغي بالطبع لتعريف كهذا أن يستبعد المعنى المدرك عامة لمفهوم "مكان العمل" طبقا للاتفاقية، كما تفسره الكتابات القانونية في غياب تعريف لـ "مكان العمل" في الاتفاقية. وينبغي أيضا أن يستجيب للحاجة الى سهولة تحديد مكان عمل كل طرف. ولهذا الغرض يجب بذل كل جهد لتفادي خلق وضع يعتبر فيه مكان عمل أي طرف في بلد معين عندما يتعاقد الكترونيا وفي بلد آخر عندما يتعاقد بوسائل أكثر تقليدية.

١٣- ولهذا النهج البديل مزية اخضاع صفقات البيع التي تعقد الكترونيا لجميع القواعد (الخاصة بالصفة الدولية وبتعدد أماكن العمل (المادة ١٠) وبادراك كل طرف للصفة الدولية للصفقة) الواجبة التطبيق على صفقات البيع التي تعقد بوسائل أكثر تقليدية. وقد يرغب الفريق العامل في بحث ما اذا كان ينبغي اجراء مزيد من الدراسة بشأن المضامين الممكنة لتعريف لـ "مكان العمل" لأغراض صفقات التجارة الالكترونية. وقد تثور، في هذا السياق، أسئلة بشأن كيفية امكان نقل مفاهيم نجدها عامة في الكتابات القانونية بشأن مكان العمل في التجارة الدولية، مثل "الاستقرار" أو "الطابع المستقل" لمكان العمل، في الفضاء السيبراني. وبينما قد يرغب الفريق العامل في المحافظة على نهج "التكافؤ الوظيفي" المتبع في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، قد يتطلب الأمر أيضا الاستعانة بفكر قانوني أكثر تجديدا.

باء- الأطراف في صفقات البيع

١٤- على الرغم من أن الصفة الدولية للصفقات، ومن ثم وجوب تطبيق اتفاقية الأمم المتحدة للبيع عليها، تتوقف على وجود أماكن عمل "الأطراف"، فان مفهوم "الطرف" لم يحدد في الاتفاقية. ومن ثم يثور تساؤل عمن هو الطرف في العقد. بيد أن هذا التساؤل لا يقتصر على التعاقد الالكتروني، اذ أنه يثور أيضا حيث يعقد العقد بوسائل أكثر تقليدية، وعلى سبيل المثال حيث يستعين البائع بوسيط.

١٥- وحيث ان الاتفاقية لا تتناول مسألة الانابة،[٢] فانه يجب تطبيق القانون الداخلي الواجب التطبيق عند تحديد من يعتبر "طرفا" في عقد. وهكذا يحدد هذا القانون الداخلي، على سبيل المثال، ما اذا كان الأصيل أو نائبه طرفا في عقد معين. وينبغي أن يطبق نفس الحل (انطباق القانون الداخلي على مسألة الانابة) على النائب في العقد الالكتروني كذلك.

١٦- وينبغي أن يوضع في الاعتبار، لدى بحث ما اذا كان الحل المذكور أعلاه ملائما، أن مسألة النائب في العقد الالكتروني ناقشها الفريق العامل التابع للأونسيترال في سياق اعداد قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية، حيث رؤي بصفة عامة أنه لا ينبغي أن يصبح الحاسوب موضوع أي حق أو التزام (انظر دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، الفقرة ٣٥). فالشخص (سواء كان شخصا طبيعيا أو قانونيا) الذي يبرمج الحاسوب لحسابه، ليصدر أوامر الشراء مثلا، ينبغي في نهاية المطاف أن يكون مسؤولا عن أي رسالة تصدرها الآلة. ورؤي أيضا أنه ينبغي، مع ذلك، ورهنا بمراعاة المبدأ سالف الذكر، أن تتوفر للأطراف امكانية أن ينظموا بحرية أي مخطط مؤتمت للاتصال. وقد يجدر بالذكر، في هذا الصدد، أن مثل هذا المخطط المؤتمت لا يتعارض مع الاتفاقية، حيث انها تجيز بصراحة للأطراف وضع قواعدهم الخاصة (المادة ٦). وقد يرغب الفريق العامل في استكشاف امكانية اجراء مزيد من الدراسة لمتضمنات تشغيل مخطط اتصال مؤتمت بالكامل في سياق تكوين العقود.

جيم- معايير انطباق اتفاقية الأمم المتحدة للبيع

١٧- لكي تنطبق الاتفاقية على عقد بيع دولي، لا يكفي أن تكون أماكن عمل الأطراف في بلدان مختلفة، بل يلزم أيضا أن تكون هذه البلدان دولا متعاقدة أطرافا في الاتفاقية في وقت معين (المادة ١٠٠) أو، حيثما لا يكون معيار الانطباق المحدد في المادة ١ (١) (أ) مستوفى، أن تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص للبلد المعني الى تطبيق قانون دولة متعاقدة، كما هو موضح في المادة ١ (١) (ب).

١٨- وبقدر ما يتعلق الأمر بالمعيار الأول للانطباق، لا يوجد فرق بين ما اذا كان العقد مبرما الكترونيا أو مبرما باستخدام وسائل أخرى، طالما أن ما يشترط هو أن تكون البلدان التي توجد بها أماكن عمل الأطراف دولا متعاقدة. والواقع أنه بمجرد أن يحدد المكان الذي يوجد به مكان العمل يصبح من السهل تحديد ما اذا كان البلد الذي يوجد به مكان العمل، وقت ابرام العقد، دولة متعاقدة. وهذه النقطة تلقي مزيدا من الضوء على أهمية وضع تعريف عملي لـ "مكان العمل" في بيئة الكترونية.

١٩- وبقدر ما يتعلق الأمر بالمعيار الثاني للانطباق، يصبح استخدام الوسائل الالكترونية (بدلا من الوسائل الأكثر تقليدية) لدى ابرام عقود البيع الدولي، وثيق الصلة بالموضوع، حيثما تحيل قواعد القانون الدولي الخاص للبلد المعني الى مكان انعقاد العقد، كعامل للربط. وفي هذه الحالة قد يثير تحديد مكان انعقاد العقد صعوبات، وذلك، خاصة، بسبب عدم وجود قواعد محددة بشأن هذه المسألة. غير أنه حيث تحيل قواعد القانون الدولي الخاص للبلد المعني الى عوامل ربط مختلفة عن مكان انعقاد العقد، كما هو الحال مثلا في اتفاقية الدول الأمريكية لعام ١٩٩٤ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، واتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، يكون من المفروض ألا يؤدي استخدام الوسائل الالكترونية الى مشكلات تختلف عن تلك التي تنشأ باستخدام الوسائل الأكثر تقليدية. ولذلك لا يبدو، في هذا المجال أنه ينبغي معاملة العقود التي تبرم الكترونيا معاملة تختلف عن العقود التي تبرم بأية وسائل أخرى. وقد يرغب الفريق العامل في بحث امكانية اجراء مزيد من التقصي لمفهوم "مكان انعقاد" العقد الى جانب مفهوم "مكان العمل".

---

(٢) انظر e.g., OGH, 20 March 1997, Österreichische Juristenzeitung 829 (1997) = CLOUT case n. 189; AG Tessin, 12 February 1996, Schweizerische Zeitschrift für europäisches und internationals Recht 135 (1996); AG Alsfeld, 12 May 1995, Neue juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 120 (1996); KG Berlin, 24 January 1994, Recht der internationalen Wirtschaft 683 (1994) = CLOUT case n. 80; LG Hamburg, 26 September 1990, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts 400 (1991) = CLOUT case n. 5.

ثانيا- النطاق الموضوعي للتطبيق

ألف- البضائع

٢٠- تنطبق اتفاقية الأمم المتحدة للبيع فقط على عقود البيع الدولي "البضائع"، ولكن الاتفاقية لا تتضمن تعريفا لما يعتبر "بضائع". غير أن ذلك لا يعني أن مفهوم "البضاعة" في اطار الاتفاقية ينبغي أن يفسر بالرجوع الى المفاهيم الداخلية. فكما هو الحال بالنسبة لمعظم المفاهيم في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع (المادة ٧)، يجب أن يفهم المقصود بـ "البضائع" فهما "مستقلا"، أي بمنأى عن الاسترشاد بأي نظام قانوني داخلي، ضمانا للاتساق.

٢١- ويبدو أن الاتفاقية تتضمن بالأحرى مفهوما محافظا لـ "البضائع" حسبما ينظر اليها في الكتابات القانونية وفي قانون الدعوى (السوابق من الأحكام القضائية) على أنها تنطبق أساسا على السلع المادية المنقولة.[٣] وهكذا فان الحقوق غير المادية مثل حقوق البراءات والعلامات التجارية وحقوق المؤلف، والحصة في شركة ذات مسؤولية محدودة،[٤] وكذلك الدراية الفنية لا تعتبر "بضائع" وفقا لمعظم الشَراح. ويصدق ذلك أيضا على الممتلكات الثابتة.

٢٢- ومن الواضح أن التفسير سالف الذكر لمفهوم "البضائع" صالح بصرف النظر عن اذا كان عقد البيع مبرما الكترونيا أو بوسائل أخرى. وهذا يبدو أنه ليس ثمة حاجة لتعديل مفهوم البضائع حسبما هو مدرك حاليا في اطار الاتفاقية حتى يتواءم مع حاجات خاصة للتعاقد الالكتروني. غير أن السؤال يظل مطروحا بشأن ما اذا كانت الاتفاقية تغطى (وفي حالة النفي، ما اذا كان ينبغي أن تغطى) ما يعرف أحيانا بأنه "بضائع افتراضية" ويمكن أن يندرج أيضا تحت تعريف "الخدمات". قد يكون من المفيد في هذا الصدد النظر في كيفية معالجة البرامجيات في اطار الاتفاقية من جانب الشراح وكذلك المحاكم. فوفقا لكثير من الكتاب القانونيين، يمكن أن يندرج بيع البرامجيات في النطاق الموضوعي لتطبيق الاتفاقية، على الرغم من أن البرامجيات ليست سلعة مادية، بقدر ما هي غير مصنوعة خاصة للعميل، أو حتى حيث تكون برامجيات قياسية، بقدر ما لا تجري عليها تعديلات كبيرة لملاءمة احتياجات العميل. وجرى تبرير وجهة النظر هذه على أساس أنه في هذه الحالات (وهي لا تختلف عن حالات بيع الكتب أو الأقراص)، يكون النشاط الفكري مضمنا في بضائع مادية محسوسة. غير أن وجهة النظر هذه تفضي في النهاية الى استبعاد بيع البرامجيات من النطاق الموضوعي لتطبيق الاتفاقية كلما كان غير مضمن في سلعة مادية، كما في حالات ارسال البرامجيات الكترونيا.

---

(٣) انظر OLG Kőln, 26 August 1994, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs- Report 246 (1995) = CLOUT case n. 122.

(٤) انظر Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, 20 December 1993, = CLOUT case n. 161.

٢٣- كذلك أيدت عدة محاكم مؤخرا وجهة النظر القائلة بأن اتفاقية الأمم المتحدة للبيع يمكن أن تغطي بيع البرامجيات. ففي سياق احدى القضايا أعلنت محكمة استئناف ألمانية أن بيع البرامجيات القياسية يمكن اعتباره بيعا لبضائع، على الأقل حيثما لا تكون البرامجيات مصنوعة خصيصا للعميل.(٥) وكانت محكمة ألمانية من محاكم الدرجة الأولى قد خلصت الى نفس النتيجة في مناسبة سابقة.(٦)

٢٤- ومن الواضح، بالنظر الى قانون الدعوى المشار اليه أعلاه، أن توضيحا لما اذا كان ينبغي اعتبار البرامجيات "بضائع" بالمعنى المقصود في الاتفاقية سيكون مفيدا لضمان التساوق. فاذا أريد توسيع نطاق تطبيق الاتفاقية ليشمل البرامجيات، فينبغي ايلاء اهتمام حذر لنطاق هذا التوسيع. وقد يحتاج الأمر في هذا الصدد الى قرار سياساتي بشأن ما اذا كان من المناسب ألا تغطي الاتفاقية بيع البرامجيات الا حيث تكون مجسدة في بضاعة محسوسة أو ما اذا كان من الأفضل أن تشمل البرامجيات عموما بصرف النظر عن الكيفية التي تسلّم بها.

٢٥- وحتى اذا كان يجب اعتبار البرامجيات "بضائع" بالمعنى المقصود في الاتفاقية، فان الأمر سيقتضي على الأرجح استبعاد بيع "البرامجيات المعدة خصيصا للعميل" من نطاق تطبيق الاتفاقية، نظرا لأنها، طبقت لمادتها ٣ (٢)، "لا تنطبق على العقود التي يتضمن الجزء الأساسي فيها التزام الطرف الذي يقوم بتوريد البضائع تقديم اليد العاملة أو غير ذلك من الخدمات". وقد يود الفريق العامل النظر فيما اذا كان ينبغي اجراء مزيد من الدراسة لاستجلاء امكانية ادخال قواعد تعد لصيغة موسعة لنطاق الاتفاقية كي تغطي بيع البرامجيات أو غيرها من النواتج غير المادية في الفضاء السيبراني، ولاستكشاف النطاق الممكن للتوسيع المطلوب.

باء- عقود البيع

٢٦- ان مسألة ما اذا كان ينبغي شمول "البضائع الافتراضية" (التي يمكن أيضا أن تعتبر خدمات) في مفهوم "البضائع" في اطار الاتفاقية، ليست هي القضية الوحيدة المطروحة عندما يكون علينا أن نقرر ما اذا كان ينبغي أن تغطي الاتفاقية الصفقات الخاصة بـ "بضائع افتراضية". فهناك مسألة أخرى فائقة الأهمية هي "عقد البيع".

٢٧- وعلى الرغم من أن الاتفاقية لا تعرّف بنص صريح "عقد البيع"،(٧) فانه يمكن استنتاج مفهوم لما يعتبر "عقد بيع" يدخل في نطاق تطبيق الاتفاقية، من الحقوق والالتزامات المختلفة للطرفين. وهكذا يمكن (وقد تم بالفعل) تعريف "عقد البيع" في قانون الدعوى بأنه عقد يجب بمقتضاه أن يسلّم البائع البضائع وأي

(٥) OLG Köln, 26 August 1994, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs- Report 246 (1995) = CLOUT case n. 122.

(٦) انظر أيضا = OLG Koblenz, 17 September 1993, Recht der internastionalen Wirtschaft 934 (1993) . CLOUT case n. 281

(٧) انظر OGH, 10 November 1994, österreichische Juristische Blätter 253 (1995) = CLOUT case n. 106.

مستندات تتعلق بها وينقل ملكية البضائع المباعة الى المشتري، بينما يلتزم المشتري بدفع ثمن البضائع وتسلمها.

٢٨- وبالنظر الى مضامين مفهوم "عقد البيع" المذكورة أعلاه، قد يثور سؤال بشأن ما اذا كانت صفقات "البضائع الا فتراضية" (أو الخدمات) تندرج فعلا تحت هذا التعريف. ويرى بعض الشراح أن هذه الصفقات لا تندرج في هذا التعريف، نظر لأنها تأخذ شكل تراخيص، لا بضائع. والاختلافات في هذه النهوج كبيرة. فعقد البيع، على سبيل المثال، يحرر المشتري (أي المستخدم) من القيود فيما يتصل باستخدام المنتج المشترى، ومن ثم يضع حدا للرقابة التي قد يمارسها مالك براءة أو حق تأليف على استخدام المنتج الذي يتضمن العمل موضوع البراءة أو حق التأليف. وبالمقابل فان الاتفاق الذي يتضمن ترخيصا يسمح لمنتج أو مطور "البضاعة الافتراضية" (أو الخدمة) أن يمارس رقابة على المنتج من خلال التراخيص (بينما البيع، كما ذكرنا، يحرر المستخدم من هذه الرقابة).

٢٩- ومن ثم يتضح أنه لا يكفي تقرير ما اذا كان ينبغي أن تتسع اتفاقية الأمم المتحدة لـ "بيع" "بضائع افتراضية" (أو خدمات)، فتلك قضية يمكن ببساطة حلها بتوسيع نطاق الاتفاقية. وانطلاقا من الافتراضات المختلفة للصفقات المرتكزة على الشبكة بشأن البرامجيات (أو النواتج الأخرى غير المحسوسة التي تتضمن حقوقا للملكية الفكرية)، قد يحتاج الفريق العامل الى اجراء مناقشات أولية تشمل، على الأقل، المجموعات الثلاثة التالية من القضايا: (١) اذا كانت تلك الصفقات ستعتبر عقودا لـ "بيع بضائع" (ربما كنتيجة لوضع قاعدة تستند الى صيغة معدلة للمادة ٣ من الاتفاقية)، فهل القواعد الموضوعية المقررة في الاتفاقية تلائم الاحتياجات العملية لتلك الأنواع من الصفقات ؟ (٢) اذا رغب الفريق العامل أن يوصي اللجنة بوضع قواعد للصفقات التي تتم عن طريق الشبكة والتي تتضمن مباشرة بيع الخدمات، فهل يمكن أن تستمد هذه القواعد من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع ؟ (٣) واذا كانت التوصية الموجهة الى اللجنة تتضمن الاضطلاع بعمل فيما يتعلق بالصفقات التي تتم عن طريق الشبكة والتي تتضمن عقود بيع وعقودا أخرى (للترخيص مثلا) لبضائع وخدمات (ولأي أنواع وسيطة أو اضافية أخرى يمكن أن تنشأ)، فهل يمكن أن تقدم الاتفاقية أي الهام في اعداد مجموعة من القواعد لهذه المجموعة الواسعة ؟ ولعل الفريق العامل يود أن يضع في الاعتبار، في هذه المناقشة، النقاش الجاري في منظمة التجارة العالمية بشأن طبيعة البضائع أو البضاع الافتراضية أو الخدمات التي يجري تبادلها في الفضاء السيبراني.

جيم- غرض المستهلك من المبيعات

٣٠- لا تنطبق اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، طبقا لمادتها ٢ (أ)، على بيع "البضائع التي تشترى للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي، الا اذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، ولا يفترض فيه أن يعلم، بأن البضائع اشتريت لاستعمالها في أي وجه من الوجوه المذكورة". وبالنظر الى هذا الاستبعاد، لا يبدو أن مسألة ما اذا كان انعقاد العقد يتم الكترونيا، لا بالوسائل الأكثر تقليدية، تثير أي اختلاف. فكما هو الأمر في الحالات التي يتم فيها التعاقد بالوسائل الأكثر تقليدية، يكون المشتري هو الطرف الوحيد الذي يعرف الغرض من الشراء. وحيثما يُعلم المشتري البائع بغرضه ويكون هذا الغرض هو الاستخدام

الشخصي أو العائلي أو المنـــزلي، لا تنطبق الاتفاقية. بيد أنه في الحالات التي لا يُعلم فيها المشتري البائع بهذا الغرض، تتوقف امكانية انطباق الاتفاقية، وفقا للأدبيات القانونية، على امكانية البائع التعرف على ذلـــك الغرض. ولتحديد ما اذا كانت هذه الامكانية قائمة، كما هو الحال في العقود التي لا تتكـــون الكترونيـــا، ينبغي أن توضع في الاعتبار عناصر مثل عدد وحدات السلع المباعة وطبيعتها، وما الى ذلك.

ثالثا- الشكل

ألف- قضايا عامة

٣١- على الرغم من أن الاتفاقية لا تتناول بصفة عامة مسائل صحة العقد أو شروطه، كما هو مبـين في المادة ٤ (أ)، فانها تتناول بصراحة صحة عقود البيع الدولي للبضائع من حيث الشكل. ذلك أن المـــادة ١١ تقرر أن "لا يشترط أن يتم انعقاد عقد البيع أو اثباته كتابة، ولا يخضع لأي شروط شكلية. ويجوز اثباتـــه بأي وسيلة بما في ذلك الاثبات بالبينة". وهكذا ترسي المادة ١١ المبدأ القائل بأن تكوين واثبات عقد خاضع للاتفاقية غير مقيد بأي اشتراطات شكلية،[٨] وأنه يمكن من ثم أن ينعقد شفهيا أو كتابة[٩] أو بأي شـــكل آخر. والمفروض، نتيجة لذلك، أن تبادل الرسائل بالبريد الالكتروني ينبغي أن يكون كافيا لتكوين عقـــد في اطار اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، وذلك رأي أيده معظم الكتاب القانونيين.

٣٢- ومع ذلك فان تحرير عقد البيع من القيود الشكلية يخضع لتأثير التحفظ الذي يجوز للدول اعلانـــه وفقا للمادة ٩٦. اذ تنص هذه المادة على أن "لكل دولة متعاقدة يشترط تشريعها انعقاد عقود البيع أو اثباتها كتابة أن تصدر في أي وقت اعلانا وفقا للمادة ١٢ مفاده أن أي حكم من أحكام المادة ١١، أو المادة ٢٩، أو الجزء الثاني من الاتفاقية، يجيز انعقاد عقد البيع أو تعديله أو انهاءه رضائيا أو اصدار الايجاب أو القبول أو أي تعبير آخر عن النية بصورة غير الكتابة، لا ينطبق على الحالات التي يكون فيها مكان عمل أحد الطرفين في تلك الدولة".

٣٣- ويفسر بعض الكتاب القانونيين هذا الحكم بأنه يعني انه اذا ما كان مكان عمل أحد الطرفـــين في دولة أصدرت اعلانا وفقا للمادة ٩٦، فانه لا يجوز للمحاكم أن تغفل الاشتراطات الشكلية. ووفقا لهـــؤلاء الكتاب، ينبغي أن تأخذ هذه المحاكم في الحسبان الاشتراطات الشكلية الداخلية للدولـــة الـــتي أصـــدرت الاعلان. وهكذا فانه اذا قبل هذا الرأي، فسيعني ذلك أن امكان عقد العقود أو اثباتها بالوسائل الالكترونيـــة سيتوقف على القانون الداخلي للدولة التي أصدرت الاعلان. فالتعاقد الالكتروني لا يصبح ممكنا الا حيـــث يجيز القانون الداخلي لتلك الدولة التحرر من قيود الشكل.

---

(٨) انظر = OGH, 6 February 1996, österreichische Zeitschrift für Rechtsvergleichung 248 (1996) .CLOUT case n. 176.

(٩) For this statement, see, e.g., OLG München, 8 March 1995, CLOUT case n. 134.

٣٤- ويرى كتّاب قانونيون آخرون أن تأثيرات الاعلان المشار اليه في المادة ٩٦ تختلف عن ذلك، بمعنى أن التحفظ لن يؤدي تلقائيا الى تطبيق الاشتراطات الشكلية التي ينص عليها القانون الداخلي للدولة التي أصدرت الاعلان. بل المفروض بالأحرى أن يكون لقواعد القانون الدولي الخاص للدولة المعنية أن يحدد القانون الذي يطبق على مسألة الشكل. وهكذا فانه اذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تؤدي الى تطبيق قانون دولة متعاقدة لم تصدر اعلانا من هذا القبيل، فان مبدأ عدم اشتراط الشكل المقرر في المادة ١١ يكون واجب التطبيق بالرغم من وجود مكان عمل أحد الطرفين في دولة أبدت تحفظا طبقا للمادة ٩٦. واذا كانت قواعد تنازع القوانين تؤدي الى تطبيق قانون دولة أصدرت اعلانا، طبقت قواعد تلك الدولة بشأن الاشتراطات الشكلية.

٣٥- وكنتيجة للتفكير الاستنتاجي أعلاه قد تبقى هناك حالات تظل فيها الأشكال الالكترونية للاتصال مجردة من الآثار القانونية رغم انطباق الاتفاقية. وأنجع طريقة لحل هذه المشكلة هي سحب الاعلانات المختلفة الصادرة طبقا للمادة ٩٦، نظرا لأنه باجراء ذلك يمكن توسيع مبدأ عدم التقيد بالشكل ليشمل جميع عقود البيع الدولي للبضائع، التي تنطبق عليها الاتفاقية. وقد يرغب الفريق العامل استكشاف الطرق التي يمكن بها تشجيع الدول المتعاقدة التي أصدرت اعلانات طبقا للمادة ٩٦ على سحب هذه الاعلانات.

باء- تعريف "الكتابة" في اطار المادة ١٣

٣٦- بينما تتناول المادة ١١ مسألة الاشتراطات الشكلية فيما يتعلق بكيفية تكوين العقد وبالشكل الذي يمكن به اثبات عقد البيع الدولي للبضائع، تقدم المادة ١٣ حكما لتفسير مصطلح "الكتابة". فوفقا لهذه المادة يشمل مصطلح "كتابة"، في حكم هذه الاتفاقية، "الرسائل البرقية والتلكس". فاذا لم يتخذ الطرفان تدابير أخرى غير ذلك، فان الرسائل البرقية والتلكس تكون كافية للوفاء باشتراطات الكتابة. ويرى كثير من الكتّاب أن من المفروض أن المادة ١٣ تنطبق كذلك، بطريق التماثل، على الاتصالات بالفاكس على أساس أنه يشكل مجرد تطوير تقني للتلكس. ويقول بعض الكتّاب الذي يؤيدون هذا الرأي، بأن الرسائل المرسلة عن طريق الحاسوب لا تفي بشروط الكتابة، وذلك أساسا على اعتبار أنه ليست هناك نسخة مادية يجري تسلمها. وهذا الرأي يعارضه كتّاب آخرون يقولون بأن الأشكال الالكترونية للاتصال (كتلك التي يغطيها قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية) ينبغي أن تعتبر هي أيضا "كتابة" في اطار اتفاقية الأمم المتحدة للبيع. ويؤسس هؤلاء الكتّاب رأيهم على حقيقة أن هذه المسألة لم تحسم صراحة في الاتفاقية، حتى وان كانت محكومة بالاتفاقية، وأنها يجب من ثم أن تحسم في اطار المادة ٧ بما يتفق والمبادئ العامة للاتفاقية، وبالتحديد مبدأ عدم التقيد بالشكل الذي يسمح بتفسير موسع للمادة ١٣.

٣٧- وحتى اذا وافق الفريق العامل على هذا الرأي الأخير، فلن يؤدي ذلك بالضرورة الى اجابة موحدة للسؤال عما اذا كانت الأشكال الالكترونية للاتصال تفي دائما باشتراطات الكتابة حيثما تنطبق الاتفاقية، اذ تظل هناك وجهات نظر مختلفة بشأن آثار المادة ١٣ في الحالات التي تكون فيها الدولة قد أصدرت اعلانا طبقا للمادة ٩٦ يستبعد تطبيق المادة ١١. ويرى بعض الشراح أنه بالنظر الى أنه لا يجوز ابداء أي تحفظ على المادة ١٣، فان هذه المادة تكفل، حتى في الحالات التي يكون فيها قانون الدولة التي أصدرت اعلانا

واجب التطبيق، أن تفي الرسائل البرقية والتلكس، وكذلك أشكال الاتصال الالكترونية، بالشروط الشكلية لهذه الدولة، على الأقل اذا اعتبرنا أن المادة ١٣ تغطي أيضا هذه الأشكال من الاتصال.

٣٨- ويقول رأي مخالف بأن آثار المادة ١٣ أكثر محدودية، أي أنها تنطبق فقط على الحالات التي تشير فيها الاتفاقية ذاتها الى شروط لـ "الكتابة". فاذا اعتمد المرء هذا الرأي، فانه لا يمكن أن يكون على ثقة من أن الأشكال الالكترونية للاتصال تفي دائما بشروط الكتابة. ذلك أنه اذا كان القانون الداخلي لدولة أصدرت اعلان طبقا للمادة ٩٦ بشأن المادة ١١، واجب التطبيق، فان الاجابة تعتمد على ما اذا كانت أشكال الاتصال الالكترونية تعتبر، طبقا لذلك القانون الداخلي، "كتابة". وقد يرغب الفريق العامل استكشاف ما اذا كان تعزيز قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية يمكن أن يعالج بشكل كاف مسألة تعريف "الكتابة" في اطار الاتفاقية (انظر دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، الفقرة ٥).

رابعا- القضايا الموضوعية

٣٩- يجب تمييز مسألة ما اذا كانت اتفاقية الأمم المتحدة للبيع تنطبق على عقود البيع الدولي للبضائع التي تنعقد الكترونيا، عن مسألة ما اذا كانت القواعد المحددة في الاتفاقية ملائمة للتعاقد الالكتروني. ويرد في الفقرات التالية بحث لبعض القواعد الرئيسية للاتفاقية في ضوء مدى ملاءمتها في سياق الكتروني. وعلى هذا الأساس قد يرغب الفريق العامل مناقشة ما اذا كانت قواعد الاتفاقية وخاصة القواعد الوثيقة الصلة بقانون العقود بصفة عامة، يمكن أن توضع في الاعتبار لدى محاولة اعداد قواعد للتطبيق على التعاقد الالكتروني عامة.

ألف- تكوين العقد: قضايا عامة

٤٠- تعد القواعد المحددة في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع بشأن تكوين العقود، وهي المواد ١٤ الى ٢٤، من القواعد التي تتناول مسألة تتجاوز قانون البيع، ويمكن من ثم استخدامها كنموذج لدى اعداد القواعد المتعلقة بالتعاقد الالكتروني.

٤١- وتتمثل مزية قواعد الاتفاقية المتعلقة بتكوين العقود في أنها أثبتت طابعها العملي في بيئة دولية. ويدل على ذلك، بين أمور أخرى، أنها تستخدم كنماذج في جهود المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، التي أدت الى وضع "مبادئ العقود التجارية الدولية".(١٠) بيد أنه على الرغم من نجاح قواعد الاتفاقية بشأن العرض والقبول، والذي يرجع الى قدرتها على تجاوز الاختلافات التقليدية في النهوج التي يتبعها القانون المدني والعام، فان أسئلة قد تطرح عما اذا كانت تتناول بشكل كامل جميع القضايا المتصلة بتكوين العقد، وعما اذا كان يمكن اللجوء اليها عند اعداد القواعد العامة بشأن التعاقد الالكتروني.

(١٠) Compare articles 2.1 et seq. of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

٤٢- ان القواعد المحددة في الاتفاقية أعدت أساسا بقصد معالجة الحالات التي يكون فيها العقد عن طريق العرض والقبول. وحقيقة أن هذه الحالات لا تغطي جميع الطرق التي يمكن بها التوصل الى اتفاق تصبح واضحة اذا ما وضع في الاعتبار التعقيد الممكن للمفاوضات التي قد تتضمن قدرا كبيرا من الاتصال بين الأطراف، والتي لا تتواءم بالضرورة مع التحليل التقليدي للعرض والقبول. وترى احدى مدارس الفكر أن الاتفاقات التي يتم التوصل اليها بدون عرض وقبول مميزين بوضوح لا تدخل في نطاق الاتفاقية، ويجب من ثم معالجتها بالرجوع الى القانون الداخلي الواجب التطبيق. وفي اطار هذا النهج قد يكون من غير الممكن استخدام قواعد الاتفاقية الخاصة بتكوين عقد البيع كنموذج لمجموعة قواعد كاملة شاملة بشأن تكوين العقود الالكترونية.

٤٣- وترى غالبية من الشراح أن الاتفاقية تغطي حتى الاتفاقات التي يجري التوصل اليها دون اللجوء الى الأسلوب التقليدي لـ "العرض والقبول". واذا كانت الاتفاقية لا تشير اليها صراحة، فان ذلك لا يرجع الى استبعادها من نطاق الاتفاقية، وانما يعود بالأحرى الى أن محرري الاتفاقية لم يروا ضرورة لتناولها بالتحديد وللتصدي للصعوبات الاضافية التي ربما واجهوها في محاولة ايجاد صياغة مناسبة لهذه الأنواع من الاتفاقات. ومن ثم فان مسألة ما اذا كان يوجد اتفاق حتى بدون عرض وقبول واضحين، مثلها مثل أي مسألة أخرى تحكمها الاتفاقية (وان لم تحسم صراحة فيها)، يجب أن "تنظم وفقا للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية" طبقا للمادة ٧ (١)، ومنها على سبيل المثال مبدأ التراضي الذي يتم به العقد وكذلك المبدأ الذي يقضي بأن وجود العقد يتوقف على ما اذا كان يمكن استبانة العناصر الدنيا المطلوبة لانعقاد العقد (مثل العناصر المحددة لعقد البيع في المادة ١٤).

٤٤- ومن الواضح، بغض النظر عن أي النهجين سالفي الذكر تم الأخذ به فيما يتعلق باتفاقية الأمم المتحدة للبيع، أنه سيكون من اللازم، في اعداد القواعد بشأن التعاقد الالكتروني، أن يؤخذ في الحسبان هذا النقص المتمثل في عدم وجود نصوص صريحة في الاتفاقية بشأن الاتفاقات التي يتم التوصل اليها بطرق أخرى غير ابداء عرض وقبول واضحين

باء- تكوين العقود: العرض والقبول

٤٥- تضع المادة ١٤ من الاتفاقية المعايير الموضوعية التي يجب أن يفي بها اعلان ما لكي يعتبر عرضا: فيجب أن يوجه الى شخص أو عدة أشخاص معينين، وأن يكون محددا بشكل كاف (بمعنى أنه يجب أن يبين البضائع وأن يحدد الكمية والثمن أو بيانات يمكن بها تحديدهما)، وأن يبين عزم مقدم العرض الالتزام به في حالة قبوله.[١١]

(١١) انظر OGH, 10 November 1994, österreichische Juristische Blätter 253 (1995) = CLOUT case n. 106.

٤٦- وبقدر ما يتعلق الأمر بعنصر التحديد الواضح، يبدو أنه ليس ثمة اختلاف يتوقف على شكل الاتصال المستخدم. وفيما يتعلق بهذه السمة الموضوعية، يمكن القول، بعبارة أخرى، أنه ليست هناك مشكلات ترتبط بأشكال الاتصال الالكترونية أكثر مما يرتبط بأشكال الاتصال الأخرى.

٤٧- وهذا أيضا صحيح بشكل أساسي فيما يتعلق بقصد الالتزام المشترط توافره، والذي يميز العرض عن دعوة الى تقديم عرض. وبصفة عامة تعتبر الاعلانات في الصحف والاذاعة والتلفزيون والكتالوجات والنشرات وقوائم الأسعار، الخ.، دعوات الى تقديم عروض (حتى في الحالات التي تكون موجهة فيها الى جماعة معينة من العملاء، حسبما يرى بعض الكتاب القانونيين)، نظرا لأن قصد الالتزام في هذه الحالات يعد مفتقدا. ويمكن توسيع هذا التفسير نفسه ليشمل مواقع الشبكة الالكترونية التي يمكن من خلالها للمشترين شراء البضائع: فحيثما تعلن الشركة عن بضائعها على شبكة الانترنت، ينبغي اعتبار ذلك مجرد دعوة الى من يطلعون على الموقع لتقديم عروض.

٤٨- ولكي يعتبر الاعلان عرضا، يجب أيضا أن يوجه الى شخص أو عدة أشخاص معينين. وهكذا فان نشرات الأسعار، التي ترسل الى جماعة غير محددة من الناس، لا ينظر اليها على أنها تشكل عرضا، حتى اذا كانت مرسلة الى عناوين محددة الأسماء. ويمكن أن تنطبق نفس هذه القاعدة العامة فيما يتعلق بالرسائل الالكترونية: بل انه بالوسائل الالكترونية سيكون ارسال رسائل الى عدد كبير جدا من الأشخاص المحددين أقل اشكالا.

٤٩- وهذا التفكير الاستدلالي أعلاه، والمتعلق بالعرض وشروطه الموضوعية وينطبق، مع تغيير ما يلزم، على القبول.

٥٠- وطبقا للاتفاقية، يصبح العرض والقبول كلاهما ساري المفعول (على الأقل في معظم الحالات) عند تسلمهما، كما هو محدد في المادة ٢٤، التي تقضي بأنه "في حكم هذا الجزء من الاتفاقية، يعتبر الايجاب أو الاعلان عن القبول [...]؛ قد "وصل" الى المخاطب عند ابلاغه شفويا أو تسليمه اليه شخصيا بأي وسيلة أخرى أو تسليمه الى مكان عمله أو في عنوانه البريدي".

٥١- وفيما يتعلق بالأشكال التقليدية للاتصال، مثل الاتصالات الشفوية أو الكتابية الورقية، لا يبدو أن الحكم سالف الذكر يثير أي مشكلات. بيد أن ثمة سؤالا يطرح بشأن الأشكال الالكترونية للاتصال عما اذا كانت المادة ٢٤ يمكن أن تنطبق دون اثارة مشكلات، على الأرجح أنه ينبغي الاجابة عن هذا السؤال بالايجاب. فالقضية تنحصر فقط في تعريف "تسلم" الرسالة الالكترونية وربما يجب اللجوء في هذا الصدد الى القانون النموذجي للأونسيترال بشأن التجارة الالكترونية، الذي يبين في المادة ١٥ (٢) متى تعتبر الرسالة الالكترونية قد تسلمت. وهكذا يمكن أن نخلص الى أن اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، وخاصة المادة ٢٤، تتضمن قاعدة يمكن أن تستخدم كنموذج عام حتى في بيئة الكترونية. وقد يرغب الفريق العامل أن يبحث الى أي مدى ينبغي جعل القاعدة أكثر صراحة حتى تكون لها فائدتها في ممارسة التعاقد الالكتروني.

٥٢- ويمكن الأخذ بنفس النهج فيما يتعلق بنظرية "الارسال" التي تعد (فيما يتعلق بتكوين العقود) وثيقة الصلة على سبيل المثال فيما يتعلق بالمادة ١٦ (١)، التي تنص على أنه "يجوز الرجوع عن الايجاب اذا وصل الرجوع عنه الى المخاطب قبل أن يكون هذا الأخير قد أرسل قبوله". ويمكن أن تكون هذه القاعدة ملائمة حتى في سياق الكتروني، ولكنها لا تبدو صريحة بما فيه الكفاية. فبينما تبدو جلية في حالة ارسال بيان كتابي ورقي، تثور شكوك عندما يتعين اعتبار أن الرسالة الالكترونية قد أرسلت. وفي هذا الصدد يمكن، مرة أخرى، الافادة من القانون النموذجي للأونسيترال بشأن التجارة الالكترونية حيث انه يعرف "الارسال" في المادة ١٥ (١) التي تقضي بأن ارسال رسالة بيانات يحدث عندما تدخل في نظام معلومات لا سيطرة عليه لمصدر الرسالة أو الشخص الذي يرسلها نيابة عنه.

٥٣- ويبدو، مع ذلك، أن ثمة حالة قد تثور فيا مشكلات اذا ما قورنت الرسائل الالكترونية بالرسائل الأكثر تقليدية، مثل البرقيات والخطابات والتلكس، حيث تتضمن الاتفاقية حكما يميز بين هذه الأشكال من الاتصالات. فطبقا للمادة ٢٠ (١) "يبدأ سريان المدة التي يحددها الموجب للقبول في برقية أو رسالة من لحظة تسليم البرقية للارسال أو من التاريخ المبين بالرسالة، أو اذا لم يكن مبينا بها فمن التاريخ المبين على الغلاف. ويبدأ سريان المدة التي يحددها الموجب للقبول بواسطة الهاتف أو التلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري، من لحظة وصول الايجاب الى المخاطب". ومن ثم فانه لتحديد الوقت الذي يبدأ فيه سريان القبول، ينبغي اتخاذ قرار بشأن ما اذا كان ينبغي بالأحرى مضاهاة الرسالة الالكترونية بوسيلة اتصال آني لا برسالة أو برقية.

جيم- سريان أثر البلاغات التي تتم طبقا للجزء الثالث من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع

٥٤- بينما يرتكز الجزء الثاني من الاتفاقية على المبدأ القائل بأن البلاغات تصبح سارية لدى تسلمها،[١٢] يرتكز الجزء الثالث على مبدأ مخالف. فبالنص على أن "أي تأخير أو خطأ في ايصال اخطار يبعث به أحد الطرفين أو عدم وصول ذلك الاخطار لا يحرم هذا الطرف من حقه في التمسك به"، حبذ محررو الاتفاقية، على الأقل وفقا لرأي معظم الشراح، "نظرية الارسال"، نظرا لأن المرسل اليه يتحمل تبعة فقد الرسالة أو تأخيرها أو تغييرها، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، أو حيث لا تنص الاتفاقية على خلاف ذلك.[١٣]

٥٥- والمشكلة هنا، كما هو الحال فيما يتعلق "بنظرية الارسال" هي مشكلة تعريف "الارسال" لأغراض التعاقد الالكتروني؛ فهي ليست مشكلة ملاءمة القاعدة في السياق الالكتروني. ولحل هذه المشكلة، قد يكفي الاشارة الى المقترحات السابقة باللجوء الى التعريف الوارد في المادة ١٥ (١) من القانون النموذجي للأونسيترال بشأن التجارة الالكترونية (انظر الفقرة ٥٢ أعلاه).

(١٢) فيما يتعلق بالاستثناءات، انظر المادتين ١٩ (٢) و٢١ (١).

(١٣) انظر على سبيل المثال، المادتين ٤٧ (٢) و٤٨ (٢) و(٣).

الخاتمة

٥٦- يتضح مما تقدم أن اتفاقية الأمم المتحدة للبيع ملائمة، بصفة عامة، لا للعقود المعقـــودة بالرســـائل التقليدية فحسب، بل وأيضا للعقود التي تنعقد الكترونيا. ويبدو أن القواعد المحددة في الاتفاقية تقدم بـــالفعل حلولا عملية في السياق الالكتروني أيضا. وقد تحتاج بعض القواعد، كتلك المتعلقة بـــاحداث البلاغـــات أثرها، الى أن تواءم للسياق الالكتروني.

٥٧- ويجب التمييز بين مسألة انطباق الاتفاقية على العقود التي تنعقد الكترونيا ومسألة مـــا اذا كـــانت الاتفاقية تغطي أيضا "البضائع الافتراضية". فالمعاملات في هذه الأنواع من البضائع (أو الخدمات)، كما ذكر آنفا، قد تبدو، لا كعمليات بيع، بل بالأحرى كاتفاقات تراخيص. وقد يود الفريق العامل مناقشة مـــا اذا كان ينبغي تطوير القواعد المستمدة من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع من أجل هذه الأنواع من المعاملات.