# المبادئ القانونية
# والأحكام التشريعية المنظمة
# للعقود والتجارة الالكترونية

إعداد
السيد/ عبد العزيز محمد حمد ساتي
المستشار القانوني بوزارة العدل بجمهورية السودان
والمحاضر بجامعة الخرطوم "سابقاً"
مستشار وخبير قانوني بدولة الإمارات العربية المتحدة

## المبادئ القانونية والأحكام التشريعية
## المنظمة للعقود والتجارة الالكترونية

**مقدمة:**

أصبح استخدام التقنيات الحديثة في جميع أو معظم التعاملات اليومية ضرورة من ضرورات العصر الحديث الذي يشهد تطورات متسارعة وغير مسبوقة في مجالات التكنولوجيا وفروعها المختلفة. هذا الوضع جعل الدول النامية بالذات أمام مواجهة كبرى، حيث لا بديل للانخراط في مسيرة تلك التطورات، وامتلاك جميع ما يتيسر لها من أدوات المعارف والوسائل والأدوات المرتبطة بالاستخدامات الحديثة للتكنولوجيا.

ومن أهم الوسائل التقنية الحديثة التي تفرض نفسها بإلحاح و بصورة متكررة هي، الاستخدامات الالكترونية في المعاملات اليومية. وهذه تشمل مجالات الأعمال والأنشطة التجارية على اختلافها وتنوعها، أو تقديم الخدمات المختلفة للجمهور على مستوى شامل أو محدد. وكما هو معلوم، فان العقد يعتبر الوسيلة القانونية المعروفة لإجراء مختلف أنواع المعاملات ونقل السلع والخدمات سواء على النطاق الداخلي في إقليم الدولة، أو على النطاق الذي يتجاوز إقليم الدولة إلى دول أخرى، وهو ما يدخل في نطاق التجارة الدولية. ومعلوم أيضاً أن العقد قد نشأ في أول الأمر بصورته الورقية التقليدية، وهو عبارة عن مستند يعبر فيه عن إرادة الطرفين، ويشتمل على كافة ما تم الاتفاق عليه من بنود وأحكام بشأن تعامل فيه مصلحة معينة يرغب الطرفان في تحقيقها.

ومع ولوج البشرية مرحلة أخرى من مراحل التطور والتقدم المذهل، فقد أصبحت جميع المعاملات التي كان يتم انجازها حصرياً بصورة تقليديةً في الماضي، يمكن انجازها الكترونياً من خلال التعامل مع جهاز الحاسب الآلي المتصل بشبكة الانترنت والتي تشتمل على عدد غير محدد من المواقع الالكترونية لمختلف الأغراض. وتتيح استخدامها من قبل الكافة لإجراء المعاملات المختلفة من بيع وشراء وغيرها، في سهولة ويسر، والاستفادة من الخدمات التي تقدمها تلك الجهات دون تكبد مشاق الانتقال من مكان لآخر وتحمل الكثير من النفقات والمنصرفات في سبيل الحصول على تلك الخدمات أو إجراء المعاملات المختلفة. بهذا الفهم، فان العديد من المعاملات والإجراءات التي كانت تتم بطريقة تقليدية أو يدوية قد أصبحت تتم الآن الكترونياً.

من أهم مظاهر التطور الالكتروني، أصبح هناك ما يعرف بالمعاملات الالكترونية وهي عبارة عن حزمة من أنواع التصرفات والإجراءات تم رصدها وتعريفها حتى يتسنى التعامل معها بالصورة المثلى من مختلف النواحي التقنية والقانونية من جانب الأطراف المسئولة عن تقديم تلك الخدمات من ناحية، والأطراف المتلقية أو المستفيدة منها سواء على المستوى الفردي أو على المستوى الجماعي، أو على مستوى الشخصيات الاعتبارية من مؤسسات أو هيئات أو غيره من أجهزة الدولة، أو من الشركات الخاصة.

ولما كان القانون والتشريع هما دائماً في طليعة المعنيين بكل تطور جديد، فان هذا الوضع المتطور يتطلب المواكبة لمختلف النظم القانونية

والتشريعات، حتى يتسنى لها تلبية الاحتياجات والمتطلبات الجديدة التي يفرضها هذا الواقع المعاصر، من التطور المتسارع غير المسبوق. حيث أننا نحتاج إلى كم معتبر من التشريعات التي تحدد الاستخدامات الالكترونية ومن ضمنها التجارة الالكترونية، والجهات التي تنظمها والإجراءات الواجب إتباعها من قبل تلك الجهات المنظمة ومن قبل المستخدمين. كما ونحتاج أيضاً إلى قوانين توضح الأوضاع القانونية المختلفة لتلك المعاملات مثل ماهية العقد الالكتروني، والتكييف القانوني لمختلف المعاملات التي تدخل في إطار العقد الالكتروني من حيث حجيتها وقوتها الملزمة، وتوضيح أن التعامل قد تم بالفعل من عدمه[1].

وتعتبر التجارة الالكترونية هي حجر الزاوية في المعاملات الالكترونية، حيث تحتل المرتبة الأولى في تلك المعاملات نظراً لشيوعها وكثرة المعاملات التي تنجز من خلالها، وحجم تأثيرها الكبير على المفاهيم الالكترونية السائدة. حيث أنه يمر عبر شبكة الانترنت يومياً الآلاف من العقود التي تبرمها الأطراف المتعاقدة من بيع و شراء واستئجار لمختلف السلع والخدمات. والعقد الالكتروني أيضاً وبطبيعة الحال يعتبر الوسيلة أو الأداة القانونية الهامة التي بواسطتها تتحقق التجارة الالكترونية وتصبح واقعاً، لأن العقد هو وسيلة التواصل من الناحية العملية، إضافة إلى كونه الوسيلة المعترف بها قانوناً كصيغة لإضفاء المشروعية على التبادل الذي يتم في نطاق التجارة الالكترونية. هذا الأمر يدعوا إلى إمعان النظر في طبيعة وماهية تلك العقود، إضافة إلى تصنيفها كعقود إذعان لا

يكون لأحد الطرفين فيها حرية الإرادة، أو كعقود رضائية تقوم على مبدأ سلطان الإرادة والتراضي، حيث يكون لكل من الطرفين الحرية في التعاقد وفقاً للشروط التي يتم التفاوض على أساسها. إضافة إلى مسائل القانون الواجب التطبيق ووسائل فض النزاعات في العقود الالكترونية.

هذا البحث يعتبر محاولة لإلقاء الضوء على المفاهيم القانونية للمعاملات الالكترونية والتشريعات المنظمة لها. التركيز في الدراسة سيكون على التعاقد الالكتروني بصفته الوسيلة الرئيسة للتجارة الالكترونية التي تتفرع عن المعاملات الالكترونية بمفهومها الشامل. حيث سيركز البحث على استجلاء بعض الأمور المتعلقة بالعقود الالكترونية من حيث ماهيتها وطريقة تكوينها، وما قد يترتب عنها من مشكلات في القانون الواجب تطبيقه والمحاكم المختصة، والتشريعات المنظمة لها على المستوى الدولي وعلى مستوى الدول منفردة، مع التركيز على الدول العربية.

## المبحث الأول
## التجارة الالكترونية والعقد الالكتروني

التجارة الالكترونية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالشبكة الدولية (الانترنت)، حيث تحتضن شبكة الانترنت كل أنشطة التجارة الدولية كوسيط مستضيف لتلك النشاطات. أما العقد الالكتروني، فهو الوسيلة التي من خلالها وجدت التجارة الدولية طريقها إلى التفعيل، وذلك لأنه الأداة التي عن طريقها يتم إبرام الصفقات وإجراء التعاملات التي ينوي العارضين إبرامها مع المستهلكين، والتي تنتهي إلى صيغة العقد الالكتروني.

الانترنت كلمة انجليزية الأصل تتكون من مقطعين، وتعني في مجملها عند ترجمتها من

[1]- أنظر د.عباس العمودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 35.

الانجليزيـــة " الشـــبكة المتصـــلة أو البينيـــة"[2]. ويعـرف الانترنـت بأنـه "مجموعـة مـن أجهـزة الحاسب الآلي مرتبطة ببعضها بطريقة تمكن من تبادل المعلومات باستخدام التكنولوجيا الحديثة". وبداية الانترنت كانت في نهاية الستينيات حيث عهـدت وزارة الـدفاع الأمريكيـة إلـى وكالـة مشروعات الأبحاث المتقدمة بمهمة إنشاء شبكة حواسيب تتصل بعضها ببعض، وكان هدف هذه الوكالـة أساسـاً إجـراء أبحـاث فـي مجـال الـدفاع لضمان تفوق الولايات المتحدة في مجال أبحاث الـدفاع خاصـة بعـد أن أطلـق الـروس مـركبتهم الفضائية (سبوتنيك) في العام 1957[3].

وتتميـز الانترنـت بقلـة التكلفـة إذا مـا قورنـت بوسائل الاتصال الأخرى، واستغنائها عن الورق في الكتابة ، فضلاً عن دمجها للوسائط المتعددة من تلفاز وحاسوب وهاتف معاً (صوت وصورة ونص) وتوفيرها لإمكانيات مذهلة في التواصل بين البشر أينما كانوا متجاوزة بذلك حدود الزمان والمكان.

وكـان لا بـد للوسيلة الجديدة مـن دور هـام فـي تطوير التجارة وانسيابها، وهذا ما حدث اعتباراً مـن العـام 1992. فقـد ظهـرت فـي ذلـك العـام المواقع التي تروج للسلع والخدمات، ومن هنا بدأ إقبـال رجـال الأعمـال وأصـحاب المؤسسـات والشركات التجارية على تلك المواقع وأصبحوا

يبرمـون الصـفقات عـن طريـق مراسـلاتهم عبـر البريـد الالكترونـي، ثـم عـن طريـق عـرض منتجـاتهم وخـدماتهم مـن خـلال مواقـع لهـم علـى شبكة الانترنـت. ولقد مر استخدام الإنترنـت فـي التجـارة الالكترونيـة بعـدة خطـوات ارتبطـت بـالتطورات التقنيـة التـي طـرأت علـى اسـتخدام الشبكة، ويمكن إجمالها في المراحل التالية[4]:

**المرحلـة الأولـى:** اسـتخدام مواقـع إعلانيـة فـي الشبكة لتعريف العملاء ومستخدمي الويب بنشاط المنشأة ومنتجاتها.

**المرحلـة الثانيـة:** وهـي أكثـر تقدماً، حيث قامت المنشات التجارية بنشر المعلومات عن نشاطاتها التجاريـــة كمـــا امـــتلأت المواقـــع بالصـــور والرسومات الجذابة لمنتجات وخدمات المنتجين.

**المرحلـة الثالثـة**: نتيجـة لاسـتخدام أحـدث أنـواع التقنيـة أصـبح مـن السـهل علـى العميـل التعـرف على مواقع الانترنت من خـلال عناصـر التصـفح البسيطة، وبـذلك تخطـى رجـال الأعمـال مرحلـة الإعلان والترويج إلى مرحلة إتمام عمليات البيع عن طريق الانترنت. حيث أصبح المشتري يقوم بإخطار البائع بما يرغب في شرائه بعد اختيـاره، ويقوم البائع بإرسال السلعة إليه ويتم الدفع عبر انظمـه الـدفع الالكترونـي ومـن أهمهـا بطاقـات الائتمان، كما يتم التوقيع على العقد الالكتروني عن طريق شفرة معينة يستحيل تزويرها.

ولقد وردت عدة تعريفات للتجـارة الالكترونيـة منهـا علـى سـبيل المثـال التعريـف الصـادر عـن منظمـة التجـارة العالميـة وهـو يعـرف التجـارة

الالكترونيـة علـى أنهـا: " مجموعـة متكاملـة مـن عمليـات إنتـاج وتوزيـع وتسـويق المنتجـات والخدمات بوسائل الكترونية". وهنـاك تعريـف آخـر للتجـارة الالكترونيـة بأنهـا هـي " اسـتخدام

---

[2]- لمزيـد مـن التفاصـيل راجـع هشـام القطـان، التجـارة الالكترونية استثمار مضمون، اقتصاديات، الرياض العدد 37، مارس 2000، ص 80.

[3]- أنظـر محمـد أمـين الرومـي، التعاقـد الالكترونـي عبـر الانترنـــت، دار المطبوعـــات الجامعيـــة، الإســـكندرية، 2004، ص 25.

[4] في عرض هذه التطورات بالتفصيل أ نظر د. خالد ممـدوح إبـراهيم، إبـرام العقـد الالكترونـي، دار الفكـر الجامعي، 2006،ص 15.

التقنيات الحديثة في الاتصالات من أجل نقل المعلومات لإبرام الصفقات وعقد المبادلات التجارية والخدمات من أجل تطوير التجارة العالمية وتنمية المبادلات التجارية". وعليه فان تعريف التجارة الالكترونية يقوم في الأساس على استخدام وسائل تقنية حديثة في ممارسة التجارة، إذ أن تقنية المعلومات في عصر الحوسبة والاتصال هي التي خلقت الوجود الواقعي والحقيقي للتجارة الالكترونية باعتبارها تعتمد على الحوسبة والاتصال ومختلف الوسائل التقنية للتنفيذ وإدارة النشاط التجاري.

وقد صنفت التجارة الالكترونية عالمياً، في إطار مسعى منظمة التجارة العالمية إلى إيضاح طبيعتها و إطارها القانوني، ضمن مفهوم الخدمات وفقاً للتقرير الصادر عن مجلس منظمة التجارة الدولية الخاص بالتجارة في الخدمات في العام 1999. حيث ذهب التقرير إلى أن "تزويد الخدمات بالطرق التقنية يقع ضمن نطاق الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات"، باعتبار أن الاتفاقية تطبق على كافة الخدمات بغض النظر عن طريقة تقديمها، ولأن العوامل المؤثرة على التزويد الالكتروني للخدمات هي نفسها التي تؤثر على تجارة الخدمات. وعليه تخضع عمليات تزويد الخدمة بالطرق التقنية إلى كافة نصوص اتفاقية التجارة العامة في الخدمات (الجاتس) سواء من ناحية المتطلبات أو الالتزامات، بما فيها الالتزام بالشفافية، التنظيم الداخلي، المنافسة، الدفع والتحويلات النقدية، دخول الأسواق، المعاملة الوطنية، والالتزامات الإضافية. هذا مع مراعاة أن هناك حاجة لتحديد الموقف من عملية تسليم البضائع المنتجة بطرق تقنية، وهناك حاجة لتصنيف البضائع وذلك لتحديد ما إذا كانت هذه الأنشطة تخضع للاتفاقيات العامة للتجارة في البضائع والسلع (الجات) أم اتفاقية التجارة في الخدمات (الجاتس).

لقد شهد حجم التجارة الالكترونية زيادة غير مسبوقة في الآونة الأخيرة. وقد خلصت دراسة إلى آن الدلائل تشير إلى أن 60% من النمو الاقتصادي خلال السنوات الأولى من القرن الحادي والعشرين سيرجع في المقام الأول إلى التجارة الالكترونية والتعامل في تكنولوجيا المعلومات عموماً[5]. كما تؤكد الإحصائيات أن حركة التجارة الدولية الالكترونية في ازدياد مستمر، ففي عام 2000 حققت التجارة الالكترونية فائضاً يبلغ 275 مليون دولار وهذا الفائض وصل في عام 2003 إلى 100 مليار دولار لتعاملات الأفراد و 1000 مليار دولار لتعاملات الهيئات[6].

يتضح مما سبق أن العقد الالكتروني هو صنيع الشبكة الدولية (الانترنت) حيث نشأ وترعرع في كنفها. كما أن العقد الالكتروني يمثل من جهة أخرى أحد أذرع التجارة الالكترونية ووسيلة هامة من وسائلها في إبرام الصفقات والعقود بالنسبة للمهنيين والمستهلكين على حد سواء.

## المبحث الثاني
## مفهوم العقد الالكتروني

**تمهيد:**

يعتبر العقد أول مصادر الالتزام في القانون وأكثرها أهمية، حيث يحظى بعناية خاصة

[5]- أنظر د. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2002، ص 11.

[6]- أنظر د. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عبر الانترنت،دار النهضة العربية، 2000، ص 9.

تتناسب و مكانته في تسهيل جميع أشكال التعاملات اليومية على كافة مستوياتها. للوصول إلى تعريف محدد للعقد الالكتروني، يجدر بنا أن نبدأ بتعريف العقد من الأساس. لأنه يجب الإشارة إلى حقيقة هامة وهي، أن العقد الالكتروني يحمل بصفة عامة نفس خصائص وشروط وأركان العقد العادي. ولا تعد العقود الالكترونية مختلفة بشكل أساسي عن العقود التقليدية إلا في بعض النواحي المحددة التي سيتم التطرق إليها لاحقاً. ومصدر الخصوصية للعقد الالكتروني هي طريقة إنشاؤه، حيث تستخدم الوسائل الالكترونية في الإتيان بالأركان والشروط التي يقوم عليها العقد، دون أن يكون ذلك مدعاة لأي خصوصيات أخرى تميز العقد الالكتروني عن العقد التقليدي، على الأقل من وجهة النظر القانونية البحتة.

لقد وضعت التشريعات المختلفة العديد من التعريفات للعقد بصفة عامة، وأفردت له العديد من الأبواب ضمن قوانينها باختلاف الأنظمة القانونية للدول المختلفة. فنجد أن العقد قد تم تعريفه في المادة (125) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة لسنة 1985 على أنه:" العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر". وقد ورد هذا التعريف بشكل مماثل تقريباً وبذات المضمون في القوانين المدنية لمختلف الدول العربية[7].

للوصول إلى تحديد دقيق لمفهوم العقد، لا بد من التفرقة بين العقد والاتفاق[8]. فالعقد هو رابطة بين طرفين لتحقيق نتائج قانونية، أي أن العقد يحمل مفهوم الإلزام والالتزام. ومناط العقد هو أن يهدف إلى تحقيق نوع من التبادل بين طرفيه، وهذا التبادل هو الذي يضفي صفة الإلزام على العقد. فما دام هناك التزامات متبادلة يهدف إليها الطرفان كنتيجة للعقد،فان ذلك يترتب عنه حق أي من الطرفين في أن يلجأ إلى حماية القانون للمطالبة بحقه في التعويض أو التنفيذ في حالة الإخلال بالعقد. بينما الاتفاق من ناحية أخرى، يتضمن مفهوماً أشمل من العقد، عليه فليس بصحيح اعتبار أن العقد والاتفاق يحملان ذات المعنى أو يدلان على المفهوم نفسه. لأن الاتفاق كما أسلفنا يحمل صفة أكثر عمومية وشمولاً، فهناك العديد من أنواع الوعود في إطار اجتماعي مثلاً تحمل صفة الاتفاق ولكنها ليست عقوداً مثل اتفاق الصديق مع صديقه على دعوته إلى وليمة، أو الأب مع ابنه على مكافأته إذا نجح في الامتحان، فهذه أنواع من الاتفاقات ولكنها ليست عقوداً لأنها لا تحمل معنى الإلزام لأي من الطرفين ولا يحق لأي منهما اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض أو بالتنفيذ في حالة الإخلال. والفيصل في التفرقة بين العقد والاتفاق هو ظروف التعاقد وما يحيط به من ملابسات. وهذا يعني كخلاصة أن كل عقد هو اتفاق بينما ليس كل اتفاق هو عقد.

هذه التفرقة بين العقد والاتفاق هي الخطوة الأولى التي يجب أن توضح لدى المتلقي. لأن المعاملات التي تتم الكترونياً تحمل ذات التفرقة،أي انه يجب تطبيق ذات المبدأ في اشتراط أن يكون التبادل قائماً على أساس الالتزام، أي أن إرادة الطرفين قد اتجهت نحو ترتيب آثار قانونية تكون مقصودة من التبادل.

[7]- ويعتبر هذا هو تعريف العقد في الفقه الإسلامي. نفس هذا التعريف أخذ به القانون السوداني والعراقي وقانون التجارة الكويتي القديم والقانون الأردني.

[8]- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ص 117-119.

يترتب عن هذه القاعدة أن جميع العقود التي يتم إبرامها الكترونياً لبيع السلع، أو العروض التي يتم تقديمها يقصد بها ترتيب آثار قانونية لأنها تأتي في سياق تبادلي يقوم كل طرف فيه بتقديم وعد بمنفعة للطرف الآخر، وفي ظرف يغلب عليه أن قصد الطرفين ينصرف إلى أن تترتب آثار قانونية من ذلك التصرف.

رغم استخدام تعبير "التعاقد الالكتروني" بصفة متكررة في مداولات لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[9]، إلا أنه لم يوضع تعريف محدد له، ومع ذلك يظهر من مداولات اللجنة أن هذا التعبير يستخدم للإشارة إلى تكوين العقود عن طريق الاتصالات الالكترونية أو "رسائل البيانات" بالمعنى الوارد في المادة 2 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996. وهذا المفهوم لتعبير التعاقد الالكتروني يتوافق أيضاً مع المعنى المقصود في الكتابات الالكترونية[10].

## المطلب الأول
## العقد الالكتروني بين الرضائية والإذعان

من الأهمية بمكان أن يتم توصيف العقود الالكترونية نظراً لما أصبحت تشغله من حيز كبير، إذ أنها تمر عبر شبكة الانترنت بلا قيود وبأعداد لا يمكن حصرها. ومن النقاط التي أثارت الكثير من الجدل هي الوصف السليم الذي يمكن إسباغه على العقود الالكترونية من حيث كونها عقوداً رضائية أم عقود إذعان [11].

توجد وجهة نظر في القانون الانجليزي تذهب إلى أن العقود الالكترونية هي عقود إذعان، وان لم يتم وصفها بذلك صراحة. وحجة هذا الرأي هي أن المتعاقد الذي هو بصدد التعاقد الكترونياً، لا يوجد أمامه من خيار سوى أن يضغط في عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع البائع أو المشتري. هذه الخانات تحتوي على المواصفات التي يرغب فيها من السلعة، وعلى الثمن المحدد سلفاً، الذي لا يملك مناقشته أو المفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر، وكل ما هو متاح هو إما قبول العقد برمته أو رفضه كلية. كما أن هذا الوضع يثير مسألة عدم المساواة في المعرفة بالسلعة موضوع العقد، فقد يكون البائع أو العارض من أهل الدراية والاختصاص ويكون المشتري مستهلكاً عادياً، وبالتالي يكون الوضع التعاقدي غير متوازن. لذلك يرى مؤيدو هذا الرأي أن اعتبار العقد الالكتروني عقد إذعان هو ضرورة لازمة لتطبيق الحماية المقررة للطرف الضعيف في عقد الإذعان وتعديل الشروط التعسفية وتدخل

[9] - موقع بوابة الانترنت، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية.
[10]- نفس الموقع السابق.

[11]- عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يستقل أحد أطرافه ويسمى (الطرف القوي) بفرض شروطه ووضع بنود العقد، ولا يكون للمتعاقد الآخر ويسمى (الطرف المذعن) إلا أن يسلم بهذه الشروط دون حق مناقشتها أو المساومة فيها أو تعديلها، وتتحقق عدم المساواة هذه في المراكز العقدية لأسباب مختلفة، إما لأن المتعاقد الأول (القوي) محتكر لسلعة من الضروريات لا يمكن الاستغناء عنها، أو لعدم المساواة في العلم والمعرفة بين الطرفين، لكون أحدهما متعاقد محترف يتعاقد في مجال احترافه، بينما المتعاقد الآخر متعاقد عادي مستهلك إلى آخر ذلك من أسباب عقود الإذعان:- أنظر في طبيعة عقد الإذعان وأحكامه والتنظيم التشريعي له ومعالجته في القانون المدني: د. عبد المنعم فرج الصدة – عقود الإذعان في التشريع المصري- دراسة فقهية وقضائية مقارنة- رسالة دكتوراه- القاهرة 1946. د.السنهوري، الوسيط، الطبعة الحديثة تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، 2004

القاضي لرفع الغبن وعدم التوازن بين الحقوق والالتزامات العقدية المتبادلة[12].

هذا الرأي، من وجهة نظرنا، يقوم على نوع من التبسيط المخل لطبيعة عقود الإذعان، لأنه يتجاهل بعض المعايير الأخرى التي يجب وضعها في الاعتبار لتقرير ما إذا كان العقد المعني هو عقد إذعان أم لا. لأن أهم شرط ينبغي توافره في عقد الإذعان هو أن يكون المستهلك تحت ضغط الضرورة والحاجة الملحة للدخول في التعاقد لأنه لا يستطيع الحصول على السلعة أو الخدمة إلا من هذا المصدر المعين. يعتبر هذا الشرط هو الشرط الحاسم في تقرير أن العقد هو عقد إذعان أم لا. في ظل عدم تحقق هذا الشرط لا نستطيع الحديث عن عقد إذعان. كما أن الحديث عن الاستغلال نتيجة لعدم خبرة أحد المتعاقدين وتفوق الطرف الآخر باعتباره ذو دراية أكبر بالسلعة' فهذا لوحده لا يجعل العقد عقد إذعان في وجود

الكثير من الضوابط القانونية المشددة التي تضع الكثير من الالتزامات على صاحب السلعة في الشفافية ومنح العديد من الضمانات للمتعاقد. وسيأتي الحديث عن تلك الضوابط بشئ من التفصيل. لكن ما يهمنا هنا هو أن القانون لم يترك الحبل على الغارب، إنما وضع الكثير من الضوابط التي تصب في مصلحة المستهلك وتحارب جميع أنواع الاستغلال التي قد تنتج من عدم التعادل في المعرفة والخبرة بين الطرفين، وأي عدم التزام بتلك الضوابط يعرض المتعاقد للمساءلة ويضعه تحت طائلة القانون. لذا لا يمكننا الحديث عن عقد إذعان طالما أن هنالك معالجة قانونية للوضع الذي يمكن أن يحدث.

الرأي الثاني يقول بأن العقود الالكترونية هي عقود رضائية مطلقاً. ولكن هذا الرأي أيضاً لا يمكن التسليم به، لأنه لا يضع في الاعتبار تلك النوعية من العقود التي تمس حاجة المستهلكين وفي نفس الوقت هناك محتكر وحيد لتقديمها،مثل عقود توريد الكهرباء والغاز والمياه، وهي عقود الإذعان. أي أن هذا الرأي لا يضع في الاعتبار وجود هذا النوع من العقود عند الحديث عن التجارة الالكترونية لأسباب لا يمكن الجزم بها.

يركز هذا الرأي على أن مبدأ الرضائية يسود العقود الالكترونية على اختلاف أنواعها، ولا يقتصر دور الأطراف على القبول بشروط معدة سلفاً كما يدعي أصحاب الرأي الأول. لأنه يجوز لأحد الأطراف شراء السلعة من منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة، لأن هناك عدد كبير من البائعين والموردين الذين يتعاملون في السلعة. فإذا أراد أحد الأشخاص شراء سيارة مثلاً فهناك عدد كبير من منتجي السيارات ذات المواصفات والأشكال والأحجام والقدرات المختلفة. عليه فان تفصيل الشروط التي يضعها العارض لا يعني أن العقد هو عقد إذعان، إنما هي تحليل للإيجاب أو الدعوة للتعاقد بهدف التبسيط وتقليل الزمن والمجهود وتسهيل عمليات البيع والشراء التي تتم عادة عن طريق أجهزة الكمبيوتر.

اعتباراً لما سبق فإننا نرجح الرأي الثالث، وهو الر أي الراجح،الذي يقرر بأن العقود الالكترونية، حالها كحال العقود التقليدية، تتراوح ما بين عقود رضائية وعقود إذعان.

**المطلب الثاني**
**تعريف العقد الالكتروني**

[12]- أنظر في عرض هذا الرأي بالتفصيل: د.أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في العقد الالكتروني- دراسة مقارنة- 2005، ص 190 وما بعدها. د. تامر الدمياطي، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، رسالة دكتوراه 2009، ص46،47.

يجدر بنا، تعريف العقد الالكتروني، إعادة استقراء التعريف السائد للعقد في عرف الفقهاء. ومن ثم يمكننا على ضوئه بيان مدى اختلاف تعريف العقد الالكتروني عن العقد العادي. التعريف الجامع لدى فقهاء نظرية الالتزامات للعقد لا يخرج عن أنه:"تبادل طرفين أو أكثر التعبير عن إرادتين متطابقتين قانوناً على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو تعديله أو إنهاؤه"[13].

إذا طبقنا هذا الفهم على العقد الالكتروني نجده لا يخرج عنه، فالعقد الالكتروني أيضاً هو تبادل للتعبير الإرادي بين شخصين على إحداث الأثر القانوني المقصود من العقد حسب طبيعته. ما يعطي الخصوصية هو أن العقد الالكتروني يتم "عن بعد". وبذلك فان ما يعطي الذاتية والخصوصية للعقد الالكتروني الطريق المستخدمة في انعقاده. لأن اقتران الإيجاب بالقبول في هذا العقد يتم بين شخصين لا يجمعهما مجلس عقد واحد، فيتم عن بعد، فضلاً على كونه يتم باستخدام وسائل تقنية حديثة في التعبير عن الإرادة[14]. ويكاد يجمع أفراد هذا الفريق من شراح العقد الالكتروني، على أن خصوصية تعريف العقد الالكتروني تتركز حول العنصر الالكتروني في هذا العقد، أي حول الطريقة أو الوسيلة التقنية التي ينعقد بها العقد فتضفي عليه طبيعة مميزة. ويستلزم البعض بأن تتميز هذه الوسيلة التقنية بأمرين أساسيين: أولاً كونها شبكة دولية واسعة، وثانياً كونها تعمل بفضل البنية التحتية للاتصالات عن بعد. وعلى ضوء ذلك فهم يعرفون العقد الالكتروني على أنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بواسطة التفاعل عن بعد"[15].

هناك فريق آخر يبني تعريفه للعقد الالكتروني على الصفة الدولية التي يوصف بها. هذا الفريق يعرف العقد الالكتروني على أنه: "العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصاً شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة"[16].

ورأي ثالث يستند في تعريف العقد الالكتروني إلى صفة أطراف العلاقة القانونية، فيعرفه بأنه: "تنفيذ بعض أو كل المعاملات

---

[13]- أنظر في هذا التعريف شبه المجمع عليه للعقد لدى شراح القانون المدني د.السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 نظرية الالتزام بوجه عام- العقد- طبعة منشأة المعارف 2004 ، تنقيح المستشار أحمد المراغي، ص18. ويضيف البعض أنه إذا كان هذا التبادل في التعبير عن الإرادة بين شخصين يجمعهما مجلس عقد واحد فانه يسمى "تعاقد بين حاضرين" وإلا فهو يسمى "تعاقد بين غائبين" وتكون له خصائص وطرق معينة سنرى أن لها أهمية خاصة في العقد الالكتروني.

[14]- يذهب البعض إلى أن "العقد الالكتروني" لا يخرج سواء في بنائه أو أركانه أو طبيعته عن العقد العادي ويخضع للنظرية العامة للعقود في تنظيمه، ولكنه يتميز بكونه يتم عن بعد فيختلف من ثم من حيث الطريقة المتبعة في إبرامه ويعتمد على الوسائل الالكترونية، د.عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت، 2008، ص42.

[15]- د.أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر "دور القانون والكمبيوتر والانترنت" نظمته كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ 1-3 مايو 2000 ص39.

[16]- د.أحمد عبد الكريم سلامة، الانترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1-3 مايو 2000.

التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين تاجر ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"[17].

وهناك وجهة نظر مفادها أنه ليس من السهولة بمكان وضع تعريف محدد للعقد الالكتروني نظراً للجدل والاختلاف الذي سيثور حسب وجهة النظر التي سيعتد بها في التعريف. وتأتي هذه الصعوبة من التنوع الكبير لأنماط العقود الالكترونية، حيث تتعدد تلك الأنماط وتتنوع بشكل قد يستعصى معه إيجاد تعريف جامع يستوعب جميع تلك الأنماط. كما لا يمكن أيضاً تجاوز التطور السريع الذي يحدث في مجال تقنيات المعلومات والاتصال وتزايد استخدام شبكة الانترنت. ولذلك يرى هذا الفريق صعوبة وضع معيار جامع مانع لتعريف محدد للعقد الالكتروني، وبالتالي من الأفضل أن يكون هناك تعريف منفصل لكل نمط من أنماط العقد الالكتروني المعين[18].

والرأي الراجح هو أن تعريف العقد الالكتروني لا يفترض فيه التركيز على جانب واحد فقط، وإلا فان التعريف سيكون قاصراً. والسبب في ذلك هو أن العقد الالكتروني هو عقد متعدد الجوانب والخصائص التي لابد من استصحابها بصورة شاملة. والتعريف السليم بجانب كونه يجب أن يشتمل على كافة الخصائص، فهو أيضاً يجب أن لا يأتي بصورة تنبئ عن نظرة محدودة، فيجب أن نأخذ في الاعتبار التطور المستمر في التكنولوجيا وما قد يستجد مستقبلاً، ليأتي التعريف بالشكل الذي لا يجعله عديم القيمة أو يتجاوزه الزمن مع أي تطورات مستقبلية يشهدها العقد الالكتروني.

من هذا المنطلق فإن ما ورد من تعريفات للعقد الالكتروني يمكن انتقاده من وجهة نظر أساسية تتمثل في أن كل تعريف منها يركز على جانب واحد من جوانب العقد الالكتروني. حيث أن التركيز في تعريف العقد الالكتروني على جانب واحد يؤدي إلى تجاهل عدد آخر من الجوانب التي قد تكون أكثر أهمية. كما انه من الأحرى التركيز على الجوانب القانونية والخصائص الموضوعية في تعريف العقد الالكتروني، التي تعتبر ذات أهمية حقيقية في تعريف العقد الالكتروني، وهي يمكن تلخيصها في ما يلي:

1. الوسيلة أو الطريقة التقنية المستخدمة في إبرام العقد الالكتروني، والتي تشكل حجر الزاوية في إبرامه إذ أنه لا يقوم إلا بها فهي التي تميز العقد الالكتروني عن العقد العادي وتسبغ عليه الخصوصية و التميز، ويكون لها الفضل في الجمع بين إرادتي المتعاقدين وهما يتعاقدان عن بعد.
2. العامل الثاني وهو عامل قانوني بحت ينشئ علاقة للعقد الالكتروني بالعقود التقليدية. هذا العامل هو أن العقد الالكتروني، مهما كانت الطريقة التقنية المستخدمة في إبرامه ومهما تغيرت، فانه لا يخرج عن كونه تعاقدا بين غائبين[19]. لذلك يجدر النظر باهتمام للتنظيم القانوني الذي وضعه القانون المدني لهذا التعاقد، وكيفية تبادل الإرادات المختلفة بين

[17]- د.محمد شكري سرور، التجارة الالكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب العلمية والأمنية للعمليات الالكترونية، أكاديمية شرطة دبي، 26-28 أبريل 2003 المجلد الثاني ص 214.

[18]- د. تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى 2009 ،ص 36-37.

[19]- د.نزيه محمد الصادق، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، مع التطبيقات المعاصرة لمشاكل المسئولية المدنية، 2009، ص 78.

الأطـراف المتعاقـدة فـي حـالتي الإيجـاب والقبول، إلى الوصول لمرحلة التطابق الكامل بينهما[20] وهو أمر لا تقل أهميته في العقد الالكتروني عن العقد التقليدي، بل يبقى قائماً ويجب تطبيقه مهما كانت التقنية المستخدمة في التعبير عن الإرادتين.

3. والعامل الثالث يختص بأهمية إيجاد الوسيلة القانونيـة التـي تحـدد لحظـة تطـابق هـذه الإرادات المتبادلـة ، لأن هـذا التحديـد مـن الأهمية بمكان لتحديد لحظة انعقاد العقد التي يبدأ منها سريان كافة آثار العقد من حقوق والتزامات وغيرها.

مـن واقـع استصـحاب هـذه العوامـل، يمكـن الوصول إلى تعريف للعقد الالكتروني يضع في الاعتبار جميع الخصائص ذات العلاقة. وعليه يكـون التعريـف علـى النحـو التـالي: "العقـد الالكتروني هو تعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد واحد يتبادلان التعبير الإرادي فيه بواسطة وسيلة تقنية حديثة للاتصالات مخصصة لنقـل الإرادات المتبادلـة، مـع اسـتعمال طـرق قانونية محددة تضمن التأكد من إحداث تبادل التعبير الإرادي لأثره في إبرام العقد، وتحديد وقت انعقاد العقد قانوناً، وبدء سريان آثاره القانونية من حقوق والتزامات وغيرها".

بالنظر في هذا التعريف نجد أنه يحتوي علـى العوامـل الهامـة فـي التعبيـر عـن العقـد الالكتروني، سواء من الناحية التقنية أو الناحية القانونية. فهو من ناحية يستند إلى قواعد القانون المـدني المتعلقـة بمجلـس العقـد والتعاقـد بـين غائبين، وما يستتبع ذلك من قواعد ترتبط بأحكام تبادل الإرادتين عن بعد. كما ينص التعريف على الخصوصية التي يحملها العقد الالكتروني من حيث أن تبادل الإرادات فيه يتم من خلال وسائل تقنية حديثة. كما أن التعريف يفتح المجال أمام استخدام طرق قانونية محددة لضمان التأكد من تبادل التعبير عن الإرادات وتحديد وقت انعقاد العقد.

وإذا نظرنا إلى تعريف العقد الالكتروني في التشريعات العربية المختلفة، فإننا نجد أنها تنص بالتحديد على تبادل الإرادات الكترونياً، حيث تجيز ذلك التبادل وتضع له الشروط والضوابط في إطار البيئة الالكترونية التي يتم فيها، وجاء كل ذلك بشكل يضيف إلى، لكنه لا يتنافى مع القواعد الأساسية الواردة في القانون المدني وعلى وجه الخصوص تلك المتعلقة بالتعاقد بين غائبين.

وقد تم تعريف العقد الالكتروني في المادة (2) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 على أنه " الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط الكترونية، كلياً أو جزئياً". وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفاً خاصاً للوسائل الالكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنها "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها". فالمشرع الأردني وضع موجهات هامة تتمثل في توضيحه للوسائل التي يبرم بها العقد الالكتروني، إضافة لاعتباره أن إبرام مرحلة واحدة أو جزء من العقد الكترونياً يعتبر كافياً لتصنيف العقد برمته على أنه عقد الكتروني.

---

[20]- وفي ذلك تنص المادة 97 من القانون المدني المصري على أنه : "1- يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. 2- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل فيهما هذا القبول.

وهناك تعريف للعقد الالكتروني يتضمنه القانون التونسي[21] ينص على " المبادلات الالكترونية هي المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية"، كما عرف التجارة الالكترونية بأنها " العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية". من خلال التعريفين يتضح أن المبادلات الالكترونية التي تعني مبادلة سلع بمال أو خدمات بمال، هي تلك التي تتم عبر وسيط الكتروني. حيث يتفاوض الطرفان، ويصدر القبول والإيجاب اللازمين لإبرام العقد ويتم الاتفاق على الشروط التفصيلية لتنفيذه، باستخدام وسيلة الكترونية أياً كانت هذه الوسيلة.

**المطلب الثالث**

**خصائص العقد الالكتروني**

**ـــ**

بعد أن خلصنا في المطلب السابق إلى تعريف للعقد الالكتروني جاء نتيجة لاستعراض الآراء الحديثة السائدة في هذا الشأن ومقارنتها بأهم العوامل التي يجب وضعها في الاعتبار، وصولاً إلى التعريف الذي يستوفي تلك العوامل بصورة تجعله قابلاً للاستخدام مهما تغيرت وتطورت الأساليب التقنية المستخدمة في إبرام العقد الالكتروني. في هذا المطلب نحاول التركيز على خصائص العقد الالكتروني التي يتميز بها نظرا لطبيعته الالكترونية وهي تشكل علامات مميزة يمكن عن طريقها التفرقة بين العقد الالكتروني والعقد التقليدي. ومن أهم خصائص العقد الالكتروني:

1. العقد الالكتروني هو من العقود التي يتم إبرامها عن بعد. بمعنى أنه يبرم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي فيتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية حيث يتبادل الطرفان الإيجاب والقبول الكترونياً عبر شبكة الانترنت. ويسمي البعض ذلك مجلس العقد الحكمي، باعتبار أن العقد يتم بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان[22]. ولكننا نرى أن العقد الالكتروني وان كان يدخل ضمن العقود المبرمة عن بعد، إلا أن كونه تدخل في إبرامه التقنيات الحديثة يضيف أبعاداً هامة جعلته يخضع لبعض الأحكام المغايرة التي تتناسب مع خصوصيته المتمثلة في إبرامه عبر شبكة تفاعلية للاتصالات عن بعد[23].
2. ويتميز العقد الالكتروني من ناحية أخرى باستخدام وسائل الكترونية في إبرام العقد عبر شبكة الانترنت. إذ أن العقد الالكتروني، كما أوضحنا، لا يخرج في موضوعه عن سائر الأحكام العامة الموضوعية التي تمثل أحكام العقود العادية من ناحية محل الالتزام والأثر القانوني للعقد، ولكنه يزيد على ذلك في طبيعته الخاصة التي تستلزم اتخاذ وسائل الكترونية للتخاطب والمفاوضة وتبادل التعبير الإرادي عن طريق شبكات تقنية الكترونية لا غنى عنها للتقريب بين المتعاقدين اللذين لا يجمعهما مجلس عقد واحد بل يتعاقدا عن بعد[24]. ولذلك يعتبر اعتماد العقد الالكتروني في مراحل إبرامه المختلفة على وسائل تقنية الكترونية، من الخصائص الجوهرية له. ويرى الفقه أن خاصية استخدام وسائل تقنية في العقد الالكتروني من الخصائص الناتجة وفي نفس الوقت المكملة لخاصية اعتباره من " العقود المبرمة عن بعد"، لأنه مهما قيل

---

[21]- قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي الصادر عام 2000. وينبغي الإشارة إلى أن تونس هي أول دولة عربية أصدرت قانوناً يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية.

[22]- د.محمد أمين الرومي،المرجع السابق، ص59.

[23]- د. تامر الدمياطي، رسالة الدكتوراه السابق ذكرها، 2009، ص43.

[24]- د. عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت، 2008، ص 50.

عنه في شأن معاصرة الإيجاب والقبول من الناحية الزمنية، يظل البعد المكاني بين الموجب والقابل أمرا واقعياً لا يمكن تجاهله في العقد الالكتروني. هذا التباعد المكاني تتم معالجته والتغلب عليه بالوسائل التقنية التي تمكن من التحقق من هوية الأطراف وأهليتهم و حدوث التراضي بينهما[25].

3. من ناحية ثالثة فان العقد الالكتروني كونه من عقود التعاقد عن بعد، فانه غالباً ما يكون من عقود التجارة والمعاملات الدولية الالكترونية. هذه الخاصية نتجت عن السمة الغالبة في هذا العقد، حيث تستحوذ صفة الاحتراف والمهنية وكونه بيعاً تجارياً على الجانب الأعظم من العقود الالكترونية المبرمة عن بعد بواسطة شبكة الانترنت. فالعقد الالكتروني غالباً ما يكون بين متعاقد مهني محترف ومتعاقد آخر هو مستهلك عادي. وبالتالي تنعدم المساواة في الخبرة والدراية والاحتراف بين طرفي العقد الالكتروني مما يؤدي إلى تطبيق الكثير من القواعد المتعلقة بالمتعاقد المهني المحترف من قرينة العلم وافتراض عدم حسن نية، وما يؤدي إليه ذلك من بطلان شروط الإعفاء أو الحد من المسئولية إلى تطبيق كافة الالتزامات المتعلقة بالمتعاقد المحترف عليه مثل الالتزام بالإعلام والتبصير والإفصاح، خاصة في المرحلة السابقة للتعاقد[26].

4. من خصائص العقد الالكتروني الهامة انه غالباً ما يتميز بالطابع الدولي، حيث أن أغلب المعاملات الالكترونية عبر شبكة الانترنت غالباً ما ينتج عنها انتقال المتعاقد بين عدد من الدول المختلفة، وبالتالي فان تلك المعاملات يجري عليها وصف "الدولية". هذا الأمر يثير العديد من المسائل القانونية المتنوعة وعلى رأسها القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني والمحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن العقد مما سيرد الحديث عنه ببعض التفصيل. إلا أن هذا لا يمنع من أن يكون العقد الالكتروني عقداً داخلياً إذا لم يتوافر فيه أي معيار من المعايير الدولية للعقود[27].

5. العقد الالكتروني يمتاز بالخصوصية المطلقة في مجال الإثبات والقوة الملزمة لرسائل البيانات وحجية التوقيع الالكتروني. هذا يعني أن للعقد الالكتروني بعض مسائل الإثبات الخاصة به والتي شغلت الكثير من الباحثين. نتجت هذه الخصوصية في الإثبات نظراً لان العقد الالكتروني يتم إثباته عن طريق المحرر الالكتروني الموقع توقيعاً الكترونياً، بعكس العقد التقليدي الذي يتركز الإثبات فيه في المحررات المكتوبة والموقعة بين الطرفين توقيعاً مادياً. هذا الوضع جعل من الضرورة بمكان إثبات أن للمستند الالكتروني الحجية اللازمة. وقد اقتضى الأمر في مجال العقود الالكترونية إلى تطويع مبدأ الكتابة –بمعناها المادي التقليدي- كوسيلة إثبات إلى صيغ وقوالب فنية الكترونية أخرى تعادل الكتابة في حجيتها في الإثبات وتتلاءم في الوقت نفسه مع طبيعة العقد الالكتروني. ومن أهم الصيغ التي تم التعارف عليها في القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الالكترونية هي "رسالة البيانات". وكذلك التوسع في مفهوم الكتابة- كدليل للإثبات- في مجال العقد الالكتروني ليشمل أي وسيلة، بما فيها الوسائل الالكترونية والرقمية لكتابة المعلومات أو تخزينها في أي واسطة

[25]- د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2006.

[26]- د. نزيه محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات وتطبيقه على بعض أنواع العقود، 1990، دار النهضة العربية، ص85 وما بعدها.

[27]- د. عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق 2008، ص 51،52.

الكترونية يمكن استردادها في أي وقت كنوع من التوثيق والثبوت، وهي الأمور التي كانت محل اتفاقيات دولية وقوانين خاصة لتحديدها[28].

ويأتي أيضاً من ضمن القوانين المنظمة للكتابة والتوقيع الالكتروني، مجموعة من القوانين التي صدرت في عدد من الدول العربية على نحو سيتم تناوله بتفصيل اكبر في موقع آخر. ونذكر على سبيل المثال في هذا الموضع، القانون الخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية بصفة عامة والذي أصدره المشرع المصري وهو القانون رقم 15 لسنة 2004. ويهمنا في هذا المقام ما أورده هذا القانون في المادة الأولى: أ- منه في تعريف الكتابة الالكترونية والتي تنص على أن الكتابة الالكترونية هي: " كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى على دعامات الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة للإدراك". كما تم تعريف المحرر الالكتروني المتخذ وسيلة إثبات في العقد الالكتروني في الفقرة( ب) من ذات المادة على أنه: "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة". وقد ساوى المشرع المصري في المادة 15 من قانون التوقيع الالكتروني بين المحررات الالكترونية والكتابة الخطية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية، فيكون لها ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية،" متى ما استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون[29]." ومن هذا النص يتضح جلياً بأن المشرع قد اعترف للكتابة والمحررات الالكترونية بحجية مساوية لحجية الكتابة الخطية والمحررات الورقية المنصوص عليها في قانون الإثبات. وذات النهج قد تم إتباعه من قبل القوانين العربية الأخرى، ومن ضمنها القانون السوداني[30].

## المبحث الثاني
## تكوين العقد الالكتروني

يتطلب انعقاد العقد، وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، أن يتبادل شخصان التعبير عن إرادتين متطابقتين قانوناً. مثال ذلك ما تقرره المادة 89 من القانون المدني المصري من أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"[31]. والمقصود هنا هو أن يصدر من شخص إيجاب بإبرام عقد معين فيصدر من الشخص الآخر تعبير متطابق مع هذا الإيجاب في كافة جزئياته، ويسمى القبول، فيتم العقد بمجرد أن يتصل القبول بعلم الموجب[32]. ويتضح من ذلك أن

---

[28]- ويأتي على رأسها المادة السادسة من قانون لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (UNCITRAL) والتي تنص على انه: " عندما يتطلب القانون بان تكون المعلومات مكتوبة فان ذلك يتحقق –في مجال العقد الالكتروني- "برسالة بيانات" إذا كانت المعلومات العقدية التي تحتويها تلك الرسالة مقبولة ومنظمة بحيث تستخدم كمرجع إثبات لاحق".

[29]- مادة 15 السابق ذكرها.

[30]- أنظر المادة 10(3) من قانون المعاملات الالكترونية السوداني لعام 2007.

[31]- ذات المعنى ورد بعبارات مغايرة في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984، أنظر المواد 33و34.

[32]- أنظر بالتفصيل في صور التعبير الإرادي وكيفية تطابق الإيجاب مع القبول قانوناً وأثر ذلك في انعقاد العقد د.حمدي عبدالرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، 177.

شروط انعقاد العقد قانوناً هي، وجود إيجاب من الطرف الموجب موجه لإحداث أثر قانوني، وصدور قبول متطابق معه ووصول هذا القبول إلى علم من وجه إليه (الموجب) فيتم العقد بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول، وسيتم بحث هذه الأركان الثلاثة من حيث مدى وكيفية تحققها في العقد الالكتروني.

في هذا المبحث نتناول عدد من الموضوعات التي تثير بعض التساؤلات في تكوين العقد الالكتروني. حيث سيتم مناقشة أصل التعبير عن الإرادة قانوناً، وما هو السند في القوانين المدنية الذي يجعل من الجائز قانوناً أن يتم التعبير عن الإرادة الكترونياً. كما نتناول انعقاد العقد الالكتروني ويتضمن ذلك التطبيق للمبادئ القانونية المختلفة وكيفية استيعابها في ظل البيئة الالكترونية، إضافة إلى أي خصوصيات في التطبيق تنتج عن طبيعة العقود الالكترونية.

## المطلب الأول
## التعبير عن الإرادة الكترونياً

نتناول في هذا المطلب موقف القوانين المختلفة سواء كانت تشريعات دولية أم قوانين للدول العربية أو الغربية، من مسألة إجازة التعبير عن الإرادة الكترونياً. وهذه تعتبر خطوة أولى هامة جداً لإعطاء السند القانوني للاعتراف بما ينتج عن المعاملات الالكترونية ومنها ما يهمنا تحديداً، العقود الالكترونية.

### الفرع الأول
### موقف التشريعات العربية

لابد من الإشارة، قبل البدء في تحليل كيفية انعقاد العقد الالكتروني، إلى أن التعبير عن الإرادة يأتي في الأساس وفقاً للتفسير العام الموجود في القوانين المدنية. هذه القوانين قد جاءت في مجملها بصيغة قابلة لاستيعاب جميع أنواع التعبير عن الإرادة. كمثال لذلك نجد المادة 35(1)من قانون المعاملات المدنية السوداني تنص على " يكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، كما يكون باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود". نجد نفس النص المذكور في المادة 90(1) من القانون المدني المصري، والمادة 93 من القانون المدني الأردني (مع اختلاف يسير في الألفاظ)، والمادة 93 أيضاً من القانون المدني السوري، والمادة 79 من القانون المدني العراقي.

كما هو واضح فان هذا النص قد وضع إطارا قانونياً شاملاً يصلح لأن يستوعب جميع الوسائل والطرق التي يمكن استخدامها للتعبير عن الإرادة. ونستنتج من النص بأن الأصل في التعبير عن الإرادة انه لا يخضع لشكل معين، فيجوز للمتعاقد أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي تناسب ظروف الحال، بشرط أن تكون مدلولاتها مفهومة وواضحة للطرف الآخر.فكما يصح التعبير عن الإرادة بالكتابة أو القول أو الإشارة، فانه يصح باتخاذ موقف عملي معين يمكن أن يعبر عن إرادة التعاقد لدى كل من الطرفين، متى ما كان هذا الموقف كافياً للدلالة على الإرادة بصورة لا لبس فيها ولا غموض.

يتضح مما سبق بأن القاعدة العامة في التراضي وفقاً للقوانين المدنية، تصلح لأن تكون أساساً لقانونية التعبير عن الإرادة بوسائل الكترونية. حيث أن التعريف المتوسع للطرق والظروف التي يتم عن طريقها تبادل الإرادتين في العقد يعطي مؤشراً قوياً على ذلك. لأن التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني يتم بوسيلة واضحة لا لبس فيها ألا وهي "الكتابة الالكترونية"، وهي بلا شك صورة من صور

الكتابة. وبالرغم من أن الكتابة الورقية التقليدية هي التي كان متعارفاً عليها قبل حدوث ثورة الاتصالات الحديثة، إلا أن هذا لا يمنع من استحداث صور جديدة ومتطورة من الكتابة يستوعبها مفهوم الكتابة الوارد في القوانين المدنية. والكتابة الالكترونية تعتبر بلا شك إحدى تلك الصور المستحدثة، وقد صدرت التشريعات التي تقضي بمساواة الكتابة الالكترونية بالكتابة التقليدية من حيث الاعتمادية وترتيب النتائج المطلوبة في كل على قدم المساواة. وليس معنى هذا أن النصوص الواردة في القوانين المدنية تعتبر كافية للتعبير عن التراضي الكترونياً، بل على العكس من ذلك، فالحاجة قائمة لقوانين خاصة تعطي توضيحاً أكبر وأحكاماً خاصة. وفي الحالة هذه تعتبر القوانين المدنية كنقطة انطلاق مبدئية تدفع المشرع لاستكشاف ما يمكن البناء عليه كمؤشرات لتشريعات متكاملة تخدم البيئة الالكترونية.

ولقد تم بحث موضوع التراضي في العقود الالكترونية بدرجة عالية من التفصيل والدقة، إذ أنه من الأهمية بمكان بالنسبة لإحداث العقد للآثار القانونية التي تترتب عليه. ومما يزيد من أهمية التراضي في العقد الالكتروني هو الظروف الخاصة التي يتم فيها إبرام هذا النوع من العقود، كونه يتم عن بعد وقد لا يكون للطرفين معرفة شخصية كما أنه لا يتيح ذات الفرصة التي تتيحها العقود التقليدية في التعرف بدقة على الظروف المحيطة بالتعاقد[33].

ومما يدل على اهتمام المشرع في الدول العربية بضرورة وجود تقنين صريح يجيز التعبير عن الإرادة الكترونيا، فقد أصدرت العديد من الدول العربية قوانيناً خاصة بالمعاملات الالكترونية. سنتطرق ضمن هذه الدراسة لأجزاء من تلك القوانين وفقاً لمقتضيات البحث. إلا أننا في المقام الحالي سنستعرض موقف تلك القوانين من التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الالكترونية.

صدر قانون المعاملات الالكترونية السوداني في العام 2007. وقد افرد هذا القانون الفصل الثاني منه للتعاقد الالكتروني. المادة (3) من القانون السوداني تجيز استخدام "رسالة البيانات" كوسيلة للإعلان عن تقديم سلعة أو خدمة، أو للتعبير كلياً أو جزئياً عن الإرادة لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي. هذه المادة تبيح أن تكون الوسائل الالكترونية وسيلة للإعلانات عن التعاقد، والتي هي بمثابة الدعوة للتعاقد، كما تكون أيضاً وسيلة للتعبير عن الإيجاب وهي المرحلة التالية للدعوة للتعاقد، ثم المرحلة الثالثة وهي التعبير عن القبول وبها يكتمل العقد. أي أن كافة الخطوات التي تتم لإبرام العقد بصورته التقليدية يجوز أن تتم الكترونياً وفقاً للقانون السوداني. ويجدر بنا هنا أن نستعرض التعريف الذي وضعه المشرع السوداني لعبارة "رسالة البيانات" فقد جاء كما يلي: " يقصد بها المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو بصرية أو وسائل تقنية أخرى بما في ذلك تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"[34]. ومن هذا النص يتضح لنا أن عبارة "رسالة البيانات" يقصد بها، في مجال التعاقد

[33]- أنظر د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، طبعة 2003، ص75.

[34]- رغم أن التعريف يشمل العديد من الوسائط التي تتيح تبادل البيانات بصورة وقتية، مثل الفاكس والتلكس، إلا أن الضرورة الملحة التي اقتضت صدور القانون هي ما استجد من التعاملات الالكترونية عن طريق الحاسب الآلي وشبكة الانترنت. حيث أن التعامل عن طريق الفاكس والتلكس معروف منذ عشرات السنين ولم يتطلب إصدار قوانين خاصة بها إنما نشأت الحاجة لتلك القوانين مؤخراً بعد الثورة الالكترونية الشاملة.

الالكتروني، أي نص يصدر عن أي شخص للتعبير عن الإرادة بأي وسيلة من الوسائل الالكترونية المشار إليها في التعريف.

المادة (4) من القانون السوداني تنص صراحة على صحة ونفاذ العقود الالكترونية عند ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة البيانات التي يتبادل فيها المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر.

كما تنص المادة (5) من القانون على شروط إصدار الإيجاب واستلامه الكترونياً. فالإيجاب، حسب المادة، يصدر عند إرسال رسالة البيانات أو إدخالها في نظام معلومات لا يخضع لسيطرة منشئ الإيجاب أو من ينوب عنه. ويتم استلام الإيجاب بواسطة المرسل إليه عند دخول رسالة البيانات في نظام معلومات سبق واتفق طرفي العقد على استخدامه، أو دخل إلى نظام معلومات خاص بالمرسل إليه. كما تنص المادة (6) على شروط إصدار القبول واستلامه الكترونياً، وتطبق المادة ذات المعايير المشار إليها في حالة إرسال واستلام الإيجاب.

وفي ذات السياق تنص المادة (13) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي لسنة 2002 على جواز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة "المراسلة الالكترونية" والفقرة (2) من ذات المادة تنص على أن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة الكترونية واحدة أو أكثر.

كما تنص المادة 14(1) من قانون دبي على إجازة التعاقد عن طريق وسائط الكترونية وفقاً لنص المادة: " يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط الكترونية مؤتمتة متضمنة نظامي معلومات الكترونية أو أكثر ، تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم التعاقد صحيحاً ونافذاً ومنتجاً آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة"[35]. وبذلك فإننا نلاحظ أن هذه المادة قد ذهبت إلى أبعد مدى في إجازتها للتعاقد الذي يتم بطريقة ذاتية بين نظم معلومات مبرمجة لهذا الغرض وذلك دون تدخل من أي شخص طبيعي. كذلك تجيز الفقرة الثانية من المادة، التعاقد الذي يتم بين نظام معلومات مؤتمت (تلقائي) يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي من ناحية وبين شخص طبيعي من ناحية أخرى، إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد أو تنفيذه.

عليه فإننا نلاحظ أن القانون السوداني اتبع ذات نهج قانون إمارة دبي من حيث إجازة التعاقد عبر وسائط الكترونية، وان الإيجاب والقبول يمكن التعبير عنهما الكترونياً. إلا أن قانون إمارة دبي قد احتاط بنظرة مستقبلية أكبر حين نص في المادة 14(1) على التعاقد بين أنظمة معلومات معدة للعمل تلقائياً دون تدخل من شخصي أو مباشر من أي شخص طبيعي.

وبذات القدر فقد أجاز المشرع الأردني إبرام العقود الكترونياً بواسطة الرسائل الالكترونية ، حيث تنص المادة (13) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 على: " تعتبر الرسالة الالكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي". وهذا النص يشابه في المحتوى ما ورد في نص المادة (3)

[35]- يعرف قانون إمارة دبي في المادة الثانية الوسيط الالكتروني المؤتمت بأنه "برنامج أو نظام الكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل كلياً أو جزئياً، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له".

من القانون السوداني و المادة (13) من قانون إمارة دبي.

ومما يجدر ملاحظته أن القوانين مع إجازتها للتعبير عن إرادة التعاقد من إيجاب وقبول وإكمال للعقد الكترونياً، إلا أن هذا محكوم أيضاً بالقانون المدني خارج إطار قانون المعاملات الالكترونية. إذ أن إجراء التعاقد الكترونياً يستصحب جميع الشروط اللازمة لصحة الإرادة من أهلية وخلو الإرادة من الغش والتدليس والغلط والإكراه وغيرها من العيوب التي تعتري الإرادة وتؤثر على صحة العقد. كل تلك الشروط يتم تطبيقها وتجب مراعاتها بذات القدر الذي تطبق فيه على العقود التقليدية[36].

**الفرع الثاني**
**موقف التشريعات الدولية**

ومع انتشار استخدام التقنيات الحديثة لاسيما شبكات الاتصال في إبرام العقود كنتاج طبيعي لثورة المعلومات، شرعت العديد من المنظمات الإقليمية والدولية والدول الغربية، العديد من القوانين المنظمة. وهذه بلا شك قد سبقت التشريعات العربية التي جاءت لاحقاً واهتدت بهديها. من أهم النصوص والأحكام التي تتضمنها تلك القوانين، ما تشير إلى مشروعية التعاقد الالكتروني، وإقرار التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر وسائل الكترونية مما يعني أن التقاء الإرادتين الكترونياً يكفي لإبرام العقد متى ما استوفى شروط صحته[37].

فقد أقر القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 والصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تبادل التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات الكترونياً في الأعمال التجارية، حيث تنص المادة (11) من القانون على جواز استخدام "رسائل البيانات" في حالتي التعبير عن الإيجاب وقبوله، وأن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام وسائل الكترونية للتعبير عن الإرادة.

وقد جاءت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لتؤكد هذا المعنى. حيث تنص المادة 8 من الاتفاقية على عدم جواز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب الكتروني.

كما أجاز قانون التجارة الأمريكي الموحد انعقاد عقد بيع البضائع بأي طريقة أو وسيلة ما دامت تظهر تراضي طرفيه، بما في ذلك سلوكهما الذي يدل على إقرارهما وجود العقد[38].

وفي ذات السياق صدر قانون المعاملات الالكترونية الموحد الأمريكي عام 1999 حيث نص صراحة على أن التسجيل الالكتروني يعادل المستند المكتوب خطياً. كما أجازت اتفاقية الأمم المتحدة بشان عقد البيع الدولي للبضائع في مادتها العاشرة جواز التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري[39].

**المطلب الثاني**
**استيفاء العقد الالكتروني لأركانه**

---

[36]- أنظر د. بشار طلال مؤمني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2003، ص 32.

[37]- د.خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، 2006، ص128.

[38]- المادة 204(1) من قانون التجارة الأمريكي الموحد.

[39]- أنظر د.محمد شكري سرور، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، 1988، ص 87.

كما سبق أن أوضحنا فان العقد الالكتروني هو صورة من صور العقود التي يتم إبرامها بوسائل خاصة وغير تقليدية. في هذا المبحث سنتناول كيفية انطباق أركان العقد المعروفة على العقد الالكتروني، ويحتم ذلك شرح تأثير البيئة الالكترونية وما تؤدي إليه من إضافات لازمة على المفهوم التقليدي لانعقاد العقد.

كما هو معلوم فان شروط انعقاد العقد قانوناً هي وجود إيجاب يتجه لإحداث أثر قانوني، وصدور قبول متطابق معه، ووصول هذا القبول إلى علم من وجه إليه (الموجب) فيتم انعقاد العقد بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول. وسنقوم بدراسة هذه الأركان الثلاثة لانعقاد العقد بالنسبة للعقد الالكتروني وكيفية تطبيقها.

**الفرع الأول**
**شروط الدعوة للتعاقد الالكتروني**

—

في عقود التجارة الالكترونية يميل الفقه الغربي، لاسيما النظام الأنجلوساكسوني، إلى اعتبار الإعلان عن السلعة في الموقع الالكتروني أو في البريد الالكتروني بأنه ليس إيجابا باتاً، إنما هو دعوة إلى التعاقد من الطرف

الأول وتكون الاستجابة من الطرف الثاني بقبوله الدعوة أو العرض هو الإيجاب الحقيقي الذي إذا لاقى قبولاً من الطرف الأول يتم به انعقاد العقد. والعقود الالكترونية التي تتم على شبكة الانترنت تكون عادة متضمنة شرطاً صريحاً أو ضمنياً هو توافر العدد الكافي من السلعة لدى البائع، لأن البائع لن يكون في مقدوره الاستجابة لكل طلبات الشراء من كل أنحاء العالم. ومن ثم فان صياغة إعلان الدعوة للتعاقد أو العرض يتعين أن تكون في غاية الوضوح والدقة حتى لا تعد إيجابا ويصبح الموجب مسئولاً عن الإخلال بالعقد إذا تلاقى القبول بالإيجاب.

كما هو معلوم فان كفالة التوازن في العلاقة العقدية وحماية الطرف الضعيف، هو الهدف الأسمى لجميع القواعد التي تنظم العقود. وهذا الهدف يزداد إلحاحا عند استخدام شبكة الانترنت في التعبير عن الإرادة لإبرام العقود، إذ أنها يمكن أن توفر بيئة خصبة لكافة أوجه الاستغلال أو سؤ التصرف من جانب الطرف القوي المهني ضد الطرف الضعيف المستهلك. إذ أن مرحلة الإعلان تعتبر من أكثر المراحل إثارة لمشاكل الاستغلال وعدم التوازن بين طرفي العقد قبل الدخول فيه. وهذا مايحتم النظر إليها بشكل خاص وإفراد الأحكام والضوابط التي تضمن تلافي الآثار السلبية على الطرف الضعيف. هذه الضوابط ترمي أساساً إلى التأكد من صحة الإرادة من جانب المستهلك، وأنه قد قبل بالدخول في التعاقد الالكتروني وهو على بينة من أمره.

مع الانتشار الضخم لشبكات الحواسب الآلية بتكاليفها المنخفضة، نجدها قد أصبحت تشكل منافساً حقيقياً للأسواق التقليدية. لذلك نجد الكثير جداً من مواقع الإعلان عن السلع والخدمات التي يدعو أصحابها عامة الناس إلى إبرام العقود بشان ما يقدمونه. وهذا في الغالب يعتبر نوعاً من الترويج الذي يحمل صفة الدعوة للتعاقد أو الإعلان.

**الفرع الثاني**
**إصدار الإيجاب الكترونياً**
**واعتبارات حماية المستهلك**

—

الإيجاب له تعريف محدد في عرف الفقهاء، مهما اختلفت الطريقة التي يتم بها. فهو عبارة عن " عرض كامل وجازم للتعاقد وفقاً لشروط معينة

يوجهه شخص إلى شخص معين أو أشخاص معينين أو للكافة"[40]. وبإيجاز دقيق يعرف بأنه "التعبير البات عن إرادة شخص يعرض على أخر التعاقد معه"[41]. ووفقاً لممارسات القضاء، فقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه " العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق انعقد العقد"[42].

وكون أن الإيجاب قد صدر الكترونياً، فهذا لا يغير من المعنى الموضوعي المقصود للإيجاب في نظر القانون، إلا انه يشكل إضافة هامة سنتطرق لآثارها. ونلاحظ أن التشريعات الخاصة بالمعاملات والتجارة الالكترونية لم تعرف الإيجاب الالكتروني بشكل محدد، وإنما اكتفت بالنص على جواز التعبير عن الإرادة عبر وسيط الكتروني. وبما أن العقد الالكتروني من ضمن العقود التي تبرم عن بعد، فان تعريف الإيجاب الالكتروني يكون في ذلك النطاق. ولذلك فقد عرفه "التوجيه الأوروبي" بشأن حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد بأنه " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع من وجه إليه الإيجاب أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان". ورغماً عن أن هذا التعريف يغطي الجانب المتعلق بالتعاقد عن بعد، إلا أن المصدر الأهم لخصوصية الإيجاب الالكتروني هو استناده إلى وسيلة تقنية مثل التعبير عن الإيجاب على موقع الويب أو من خلال رسائل الإيجاب الالكترونية.

وعموماً يتميز الإيجاب الالكتروني عن الإيجاب التقليدي بما يلي[43] :

أولاً: التعبير عن الإيجاب الالكتروني يتم بوسيلة مسموعة ومرئية وهي شبكة الانترنت والتي تسمح باستخدام وسائل إيضاحية كافية للسلع والخدمات. وذلك مما يجعل الإيجاب متميزاً بالشفافية والوضوح بحيث يمكن من العلم بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد، علمًا نافياً للجهالة.

ثانياً: يتميز الإيجاب الالكتروني بأنه يتم في إطار خدمات ذات طبيعة معلوماتية تتم عبر شبكة للاتصالات عن بعد، تمتاز بالفورية والتفاعلية بين المتعاقدين. إلا أن النقد الموجه هو أن الإيجاب الذي يتم باستخدام التقنيات قد يكون عرضة للتقلبات وعدم الثبات فضلاً عن أن مدة بقاء الإيجاب على موقع الانترنت قد تبدو احتمالية ويمكن أن تنقضي في أي لحظة لأسباب تقنية[44].

ثالثاً: الإيجاب الالكتروني عبر الانترنت يتصف بخاصية الاتصال العام، أي إمكانية مخاطبة قطاع عريض من الجمهور بحيث يكون الإيجاب موجهاً إلى الجميع لأن شبكة الانترنت مفتوحة أمام الكافة دون تمييز، بحيث يستطيع الموجب أن يحدد نطاق التغطية على نحو واسع وفقاً لإرادته[45].

---

[40]- د.محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ص 104.

[41]- د.نزيه محمد الصادق، المرجع السابق، طبعة 2009، ص 67.

[42]- نقض مدني 1969/1/19 – مجموعة أحكام النقض- السنة 20 ق- ص 1017.

[43]- أنظر في ذلك بالتفصيل:د.أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الالكترونية، المرجع السابق، ص 58.

[44]- د.أسامة بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 196.

[45]- د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 253.

هنـاك شـروط محـددة لصـحة الإيجـاب الالكتروني، وهي نوعان:

أولاً: الشروط التي يجب أن تنطبق على الإيجاب الالكتروني عموماً: وهي تشترط، أولاً، أن يكون الإيجاب كاملاً ومحدداً، بمعنى أنه يجب أن يتضمن كل العناصر الضرورية لإبرام العقد. وإذا تخلف أي من تلك العناصر لا يعتبر التعبير إيجابا إنما يكون من قبيل الدعوة للدخول في مفاوضات عقدية، أو مجرد إعلان لا يؤدي للتعاقد. بل يجب أن يشتمل الإيجاب على البيانات والمعلومات الكاملة المتعلقة بمحل العقد وبطريقة واضحة خالية من الغموض واللبس بشكل يسمح للقابل بأن يحيط علماً بكافة أوصاف وتفاصيل العقد عن بعد بوضوح محدد. ثانياً، يجب أن يكون الإيجاب جازماً بمعنى أن يكون معبراً عن التصميم في إنتاج العقد المقصود والأثر القانوني، بحيث أن أي قبول جدي يقترن بالإيجاب ويتطابق معه يعتبر قبولاً للعقد بصفة نهائية.

ويستتبع ذلك، أن أي تحفظ صريح أو ضمني في الإيجاب يفقده صفة الإيجاب، ويحيله إلى مجرد وعد بالتفاوض قد ينتج عنه العقد أو لا ينتج، لأن التحفظ يتعارض مع فكرة الإيجاب. مثال ذلك أن يذكر الموجب بأن له الحق في التعاقد مع شخص ورفض التعاقد مع شخص آخر دون إبداء الأسباب. هذا التحفظ يتعارض مع شرط أن يكون الإيجاب جازماً، والحال لذلك فانه يكون دعوة للتعاقد وليس إيجابا.

ثانياً: الشروط الخاصة بالإيجاب الالكتروني الموجه لأشخاص معينين: وهذا النوع من الإيجاب الذي يوجه غالباً للمستهلكين الراغبين في التعاقد عن بعد. في هذه الحالة يجب التحرز والحرص في شروط الإيجاب الالكتروني لحماية الطرف الآخر من أي بيانات غير صحيحة، ولضمان إيجاد علم كاف وإرادة مستنيرة بالعقد المراد إبرامه من خلال هذا الإيجاب الموجه إليه، بحيث ينعقد العقد في ظل رضا سليم وإرادة خالية من العيوب. وعلى العموم فان هذه الشروط التي نحن بصددها موجهة في مجملها نحو حماية المستهلك ، وتضع على عاتق المورد الموجب العديد من الالتزامات في سبيل توفير تلك الحماية. وأهم الشروط التي يجب أن تنطبق على هذا النوع من الإيجاب هي:

**أ-** هناك شرط شامل حرص المشرع الفرنسي على تضمينه بصفة عامة في الإيجاب الالكتروني الموجه للمستهلك، حماية له في العقود المبرمة عن بعد. وهذا الشرط ورد في المادة 18-121 من قانون الاستهلاك الفرنسي، ويشترط ضرورة أن يتضمن الإيجاب الصادر من المتعاقد المهني المعلومات المتعلقة بتفاصيل العقد مثل تحديد طبيعة العقد ومحله والثمن ونفقات التسليم وطرق الوفاء والتسليم والتنفيذ ومدة بقاء الإيجاب ملزماً للموجب.

**ب-** يجب أن يتصف الإيجاب الالكتروني الموجه عبر الوسائل التقنية (الشبكة) بالشفافية والصدق والأمانة في منتهاها، وذلك في شخصية الموجب وهويته بطريقة قاطعة لا غموض فيها ولا تغرير أو شك مصحوبا بكافة البيانات والمعلومات اللازمة لتبصير إرادة الطرف الآخر الموجه إليه الإيجاب بشخصية الموجب الذي سيتعاقد معه وبياناته[46].

[46]- وقد أسندت المادة (18-121 –ل) الجديدة من قانون الاستهلاك الفرنسي هذا الشرط إلى اعتبارات حسن النية

**ج-** من ناحية ثالثة، يجب أن يشتمل الإيجاب على كافة الخصائص الأساسية للسلعة والخدمة التي تمثل محل العقد المراد ابرمه، ويقصد من ذلك تحديد المسائل التفصيلية المرتبطة بالسلعة أو الخدمة محل العقد والتي ينبغي أن يعلم بها الشخص الموجه إليه الإيجاب حتى يكون لديه التفصيل الكافي بمحل العقد قبل إعلان قبوله لإبرام العقد الالكتروني، وهو الأمر الذي يستلزم وصف العين أو المنتج أو الخدمة محل العقد وصفاً دقيقاً يتحقق بموجبه علم المستهلك (القابل) بمحل العقد علماً كافياً نافياً للجهالة.

وفي واقع الأمر، فان هذا الشرط هو محط اهتمام العديد من التشريعات منها ما هو إقليمي فيما بين عدة دول، وبعضها الأخر يسري داخل إقليم دولة معينة. وهو ما يدخل ضمن إطار الواجب الملقى على عاتق الموجب المهني بأن يبصر المستهلك بجميع ما يحيط بالتعاقد من ظروف ومعلومات هامة، حتى يتمكن الأخير من إصدار قبوله وهو على بينة من أمره. ومن تلك التشريعات، التعليمات الصادرة عن الاتحاد الأوروبي بشأن البيع عن بعد، وهي تستهدف في المقام الأول التنسيق بين قوانين الدول الأعضاء فيما يتعلق بالعقود المبرمة عن بعد فيما بين المستهلكين والموردين. ولما كانت تلك التعليمات تستهدف حماية المستهلكين في العقود عن بعد، فقد ألزمت الموردين بتزويدهم بمعلومات في التعاقد معهم. وتدور هذه المعلومات[47] ، حول شخصية المورد وعنوانه والخصائص الأساسية للسلع والخدمات المعروضة، وأثمانها وتدابير الدفع والتسليم ومدى حق المستهلك في الرجوع عن العقد، وتكاليف الترحيل والتسليم. وإمعانا في حماية المستهلك وزيادة في تبصيره بما هو مقدم عليه[48]، توجب المعلومات إعادة إخطاره بالمعلومات السابق إخطاره بها خلال مدة لا تتجاوز ميعاد التسليم، مع إضافة معلومات أخرى تتعلق بكيفية إعمال حقه في الرجوع عن التعاقد، وشرحاً وافياً لخدمات ما بعد البيع والضمانات.

وقد كان القانون الانجليزي يتضمن قبل نفاذ تعليمات الاتحاد الأوروبي المذكورة، تنظيماً قانونياً للإعلانات المتعلقة بالبيوع عن بعد[49] يستوجب في الإعلان أن يكون قانونياً وصادقاً في محتواه. وتفصيلاً لتلك القواعد العامة، يوجب التنظيم القانوني للإعلان أن يتضمن الاسم الكامل للمعلن وعنوانه والخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة ومقدار تكاليف النقل ورسم القيمة المضافة وإظهار أي قيود أو شروط للعرض يمكن أن تؤثر في صحته، والميعاد المتوقع للتسليم وبيان إمكانية رد السلعة. كما يجب تزويد المستهلك ببيان مكتوب عن تدابير المدفوعات

---

والثقة المفروضة في التعاقد الالكتروني كتعاقد عن بعد، حيث نصت على أن " الإيجاب المتعلق بالعقد ينبغي أن يشتمل على المعلومات الخاصة باسم البائع والمنتج أو مقدم الخدمة وإذا كان شخصاً اعتبارياً وجب تحديد المقر الرئيسي لشركة وعنوان المنشأة أو الفرع أو الوكيل التجاري المسئول عن الإيجاب....". وهو أيضاً ما يتطلبه قانون حماية المستهلك الجديد في مصر، وهو القانون رقم 67 لسنة 2006 حيث استلزم ضرورة تحديد شخصية المهني- المورد- صاحب الإيجاب وذلك في المادة الرابعة من القانون المذكور.

[47]- المادة (4) من تعليمات الاتحاد الأوروبي رقم 1997/7.

[48]- المادة (2)من من تعليمات الاتحاد الأوروبي، المرجع السابق.

[49]- أنظر أد.أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الالكتروني وتسوية منازعاته، الدليل الالكتروني للقانون العربي، عمان، الأردن، www.arablawinfo.com

والائتمان والتقسيط وعن الحق في سحب القبول أو إلغائه وعنوان الاتصال وغيرها من البيانات. وإذا تضمن الإعلان شرطاً يستلزم اتصال المستهلك شخصياً بالمعلن فيجب أن يظهر هذا الشرط بوضوح في الإعلان[50].

**د-** يجب على الموجب أن يحدد أخيراً كافة المعلومات والتفصيلات والبيانات المتعلقة بالعقد الالكتروني المراد إبرامه، مثال ذلك ثمن المنتج أو مقابل الخدمة العقدية- موعد تسليم السلعة أو الخدمة محل العقد- في حالة إبرامه. ونفقات التسليم ومن الذي سيتحملها، وطرق الوفاء- معجلة أو مؤجلة أو مقسطة- والوسائل المتاحة للتسليم أو التنفيذ.

كما يجب أن يتضمن الإيجاب الالكتروني على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بما يتضمنه العقد من شروط خاصة، ومن أهم النصوص التشريعية الموجبة لذلك نص المادة 1369-4 فقرة أولى من القانون المدني الفرنسي، التي تنص على انه ينبغي على كل مهني يعرض سلعة أو خدمة بوسيلة الكترونية أن يضع تحت تصرف المتعاقد معه الشروط التعاقدية التي تطبق على عرضه، بطريقة تسمح له بحفظها ونسخها.

**الفرع الثالث**
**القبول في العقد الالكتروني**
**ـــ**

**أولاً: تحقق عنصر الرضا:** تقتضي القواعد العامة في نظرية الالتزامات أن القبول هو " تعبير إرادي يتضمن الموافقة على إبرام العقد بناء على الإيجاب[51]". وان اثر القبول إذا وصل إلى علم الموجب وكان الإيجاب لا يزال قائماً لم يسقط فان العقد ينعقد، بشرط أن يصدر القبول مطابقاً للإيجاب مطابقة كاملة متفقاً معه في جميع المسائل التي يتناولها. أما إذا تضمن تعديلاً له بالزيادة أو النقصان، فانه لا يعتبر قبولاً مطابقاً بل يعتبر إيجابا جديداً يحتاج لقبول مطابق من الموجب الأول[52]. إضافة إلى ذلك، يجب أن يصدر القبول عن إرادة حرة وصادراً من المنسوب إليه وهو على بينة من أمره. والسؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل تتحقق هذه الاشتراطات في القبول الذي يتم عبر أجهزة الحواسب الآلية عن طريق الضغط على المفتاح الذي يسجل الموافقة[53]؟ أي ما هو موقف القانون من القبول الالكتروني، وما هي التبعات التي تترتب عليه من حيث الآثار القانونية التي تنتج عن ذلك القبول.

المقرر في القاعدة العامة أنه ما لم يستلزم القانون طريقة أو إجراء معيناً، فان التعبير عن الإرادة (والقبول نوع من الإرادة) يمكن أن يجري بأي طريقة، سواء كان ذلك صراحة أم ضمناً، بل ويتم باتخاذ أي موقف أو سلوك لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على القبول[54]. وهو ما أشرنا إليه عند حديثنا عن التعبير عن الإرادة الكترونياً. وبتطبيق هذا الفهم نجد أنه لا

[50]- أو في اتصال بريدي لاحق للإعلان، وفي هذه الحالة يجب على المعلن أن يزود المستهلك بمظروف بريدي مدفوع الأجر لاستخدامه في الاتصال.

[51]- د. نزيه محمد الصادق، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 70.

[52]- المادة 42 (2) من قانون المعاملات المدنية السوداني والمادة (96) من القانون المدني المصري.

[53]- د.أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 9.

[54]- انظر المادة 35(1) من قانون المعاملات المدنية السوداني، تعادل المادة 90(1) من القانون المدني المصري.

يوجد ما يمنع من اعتبار الضغط على مفتاح الموافقة على جهاز الحاسب الآلي الذي تلقى عرض الإيجاب، كتعبير عن إرادة الموجب له عن قبول العرض، مادام القابل قد أكد أنه قرأ محتويات العرض وقبله كما ورد إليه. إلا أن هذا لا يمنع من اتخاذ احتياطات أخرى لتأكيد الاختيار الناتج عن التصرف المذكور، مثل أن تتضمن رسالة الإيجاب نظاماً يتيح ظهور بيان يدعو الموجب له إلى مراجعة اختياره والتأكيد عليه مرة أخرى[55]. وثمة طريقة أخرى تلجأ إليها الشركات العارضة، تتمثل في الطلب من المستهلك تأكيد اختياره عن طريق البريد العادي أو الالكتروني، بحيث أن المستهلك (الموجب إليه) لا يرتبط بقبوله الأول إلا إذا أعاد التأكيد عليه.

ومن هذا يتضح أن الرضائية هي الأساس في تحقق القبول. ومادام هنالك من الوسائل التقنية الكفيلة بإحداث الاطمئنان إلى أن التعبير عن الإرادة قد تم بصورة سليمة، فانه لا يوجد مساس بعنصر الرضائية في القبول.

**ثانياً: وسائل التعبير عن القبول الكترونياً:** هناك عدة وسائل يجوز إتباعها للتعبير عن القبول في العقد الالكتروني. فقد يستخدم الموجب إليه البريد الالكتروني لإرسال موافقته على الإيجاب الذي وصله بنفس الطريقة، أو يجيب برسالة بريد الكتروني على عرض متاح على موقع يزوره على الانترنت. إرسال مثل هذه الرسالة يعتبر دليلاً صريحاً على القبول وإبرام العقد بشرط أن يكون في الإمكان بالضرورة تحديد الشخص الذي صدرت عنه وأن تعد وتحفظ في ظروف من شأنها أن تضمن سلامتها[56]. وان كان البعض في الفقه يفرق في حجية القبول عن طريق البريد الالكتروني مابين البريد الالكتروني العادي والممهور بتوقيع الكتروني[57].

كما يمكن أن يتم القبول بإرسال رسالة بيانات رقمية من حاسوب القابل إلى موقع الإنترنت الخاص بالموجب، ويعتبر هذا تعبيراً يدل على القبول، مادام أن القابل قد أكد أنه قرأ محتويات العرض وقبله. ويعتبر هذا قبولاً صريحاً للإيجاب المعروض على موقع الويب[58].

والقبول قد يصدر أيضاً باستخدام التوقيع الالكتروني، الذي يعتمد على تشفير المحرر أو رسالة البيانات الحاملة للتعبير الالكتروني باستخدام المفتاح الخاص للموقع وتكوين التوقيع الالكتروني من سلسلة من الأرقام الحسابية ومن مجموعها يتكون التوقيع الالكتروني الرقمي. والتوقيع الالكتروني له ميزة في تأكيد شخصية المتعاقد، وإضفاء نوع من التثبت من تبادل الرضا بين الأطراف وارتباطهم، إلا أن القبول يظل قائماً حتى في عدم وجود التوقيع الالكتروني. وبذلك يكون التوقيع الالكتروني هو وسيلة للتعبير عن القبول وليس قبولاً في حد

[55]- وهناك برامج لصفحات المواقع على الانترنت تلفت نظر المستخدم بأن تسأله عما إذا كان قد قرأ شروط العرض أو بنوده، وأنه قد قبلها بحيث يجوز له سحب القبول إذا لم يؤكده.

[56]- د. تامر الدمياطي، الرسالة سابقة الذكر، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، 2009 ، ص77.

[57]- د.عبدالهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الالكتروني، دار النهضة العربية، 2005، ص54 وبعدها، وص 60 وبعدها. ويرى أن البريد الالكتروني العادي، غير الممهور بالتوقيع الالكتروني، يخضع للقواعد العامة للإثبات، وهي تطبيق القواعد العامة في الإثبات عليه في كل حالة حسب طبيعتها، أما رسالة البريد الالكتروني الممهورة بالتوقيع الالكتروني فتأخذ دائماً "حجية المحرر العرفي في الإيجاب".

[58]- د.تامر الدمياطي، الرسالة السابق ذكرها، ص77 و78.

ذاته، إذ أن القبول يكون في العبارات المستخدمة التي تعبر عن القبول.

## المبحث الثالث
## أنماط التعاقد الالكتروني

ونستعرض فيما يلي تلك التطبيقات والاستخدامات التقنية المختلفة التي تلعب دوراً في تكوين أنماط من العقد الالكتروني، يمكن استخدامها لإحداث الآثار المطلوبة من الارتباط بين الإرادتين وإبرام عقد ملزم بين الطرفين.

### أولا: التعاقد من خلال المواقع على الشبكة الالكترونية:

والمقصود هو "شبكة المعلومات العالمية" والتي يمكن من خلالها زيارة مختلف المواقع على شبكة الانترنت والتصفح من خلالها بإجراء طرق البحث المختلفة، حتى يتم الوصول إلى معلومات تتعلق بالعقد المراد إبرامه مع الطرف المعلن، وغالبا ما يكون متعاقداً مهنياً مثل تاجر يعرض منتجاته ومبيعاته على الشبكة، وما يتعلق بها من معلومات وبيانات. هذا العرض من قبل التاجر، يأخذ في الغالب شكل إيجاب أو عرض لمن يرغب في التعاقد لشراء السلعة أو المنتج، فيقوم الطرف الراغب في الشراء بالموافقة على محتوى أو مضمون الإيجاب الذي طرحه التاجر على الموقع. هذه الموافقة لا تعتبر موافقة نهائية، بل هي أولى خطوات المفاوضات ويتم التعديل، إذا شاء المتعاقد، في بعض بنود وبيانات البرنامج المعلوماتي المنشور في الموقع الشبكي، ثم تتلوها مراحل أخرى حتى نصل إلى التوقيع الالكتروني الحاسم في التعاقد[59].

### ثانياً: التعاقد عن طريق البريد الالكتروني:

تتم عملية التعاقد وتبادل الإرادة عن طريق البريد الالكتروني بأن يقوم الشخص الراغب في التعاقد بالدخول إلى صندوق بريده الالكتروني وإرسال رسالة الكترونية إلى من يرغب في التعامل معه (المرسل إليه) على عنوان بريده الالكتروني، تتضمن شروط أو بنود التعاقد وكافة البيانات المتعلقة به وذلك بالوسائل التقنية المخصصة لإرسال الرسائل الالكترونية. تدخل الرسالة وتخزن في صندوق بريد المرسل إليه والذي يستطيع عند اطلاعه عليه الرد بالموافقة أو الرفض أو التعديل. وللمرسل إليه (الموجب إليه) عند إرسال رسالة القبول أن يقرنها بتوقيعه الالكتروني لإضفاء مزيد من الثقة والجدية على عملية التعاقد، وضمان صدور رسالة البيانات خالية من أي تعديل أو تحريف حتى تصل إلى عم من وجه إليه القبول.

جميع التعريفات الفقهية والتشريعية تتفق في وصف البريد الالكتروني بأنه، وسيلة اتصال الكترونية تعتمد على تقنية الحاسوب وتقوم على نقل الرسائل والبيانات والمعلومات أو تخزينها لاستعادتها واستخدامها في مجال التعاقد الالكتروني[60].

### ثالثاً: التعاقد من خلال منتديات الحوار والتخاطب:

وذلك يتم باستخدام الشخص الراغب في التعاقد لبعض البرامج المخصصة للمحادثة عبر المنتديات المنتشرة على الشبكة، فيخاطب

أشخاصاً آخرين لديهم نفس الرغبة أو السلعة أو الخدمة العقدية المطلوبة. وبتحقق التفاعلية بين

---

[59]- د. نزيه محمد الصادق، ورقة مقدمة إلى مؤتمر المعاملات الالكترونية، نظمته كلية القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، مايو 2009، ص 206-207.

[60]- د. عبدالهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الالكتروني، المرجع السابق، ص 12 وبعدها.

مستخدمي الشبكة، يمكن من خلال هذه التقنية أن يتم تبادل التفاوض بشان هذه السلع أو الخدمات وتحدث المفاوضة والمناقشة على التعاقد وإبرامه. وعموماً لا تعتبر هذه هي الطريقة المفضلة للتعاقد عبر الانترنت لعدم استخدامها الطرق الحاسمة ذات الحجية في تبادل الإرادات وفي التوقيع الالكتروني[61].

## المبحث الرابع
## القيود الواردة على التعاقد الالكتروني

شبكة الانترنت تمتاز بالانتشار الواسع، فهي شبكة منتشرة بلا استثناء في جميع البلدان، بما تحتويه من مختلف المواقع الالكترونية المتعلقة بعدد لا يكاد يحصى من المعارف والمعلومات التي منها الصالح ومنها الطالح. هذا الوضع بلا شك قد يدخل إلى بعض الدول أنواع من التعاقدات التي تكون غير مسموح بها لاعتبارات المنع القانوني البحت، أو لاعتبارات أخلاقية أو لاعتبارات تتعلق بالنظام العام. نوجز في هذا المبحث بعض القيود التي من شأنها أن تحد من حرية التعاقد الالكتروني لأي من الاعتبارات التي تضعها أي دولة من الدول على التعاقد بشأن أمور بعينها.

**أولاً: القيود على الصادرات والواردات:** قد تضع بعض الدول حظراً على تصدير السلع والبضائع أو الخدمات إلى دول معينة، ولما كان المشتري من إحدى هذه الدول يستطيع عن طريق الانترنت وضع طلب لشراء بضائع من الدول التي تمارس الحظر، فان قبول البائع في الدول الأخيرة يترتب عليه مخالفة للقانون الذي يحظر الاستيراد لدولة المشتري. ولهذا يتعين على المصدر أن يضع شروطاً في الدعوة للتعاقد التي يضعها في موقعه على شبكة الانترنت تبين بجلاء ووضوح أن هذه البضائع لا تصدر إلا إلى مناطق معينة، أو إلى أشخاص من جنسية غير محظور التعامل معهم، حتى لا يعرض التاجر نفسه إلى مخالفات قانونية قد ينتج عنها توقيع عقوبات من جراء مخالفته لقوانين حظر الاستيراد. كما يمكن للمصدر أن يضع شرطاً إضافيا بإمكان الرجوع في التعاقد (خيار الرجوع) إذا ثبت أن مصير البضائع سيؤول إلى شخص طبيعي أو اعتباري محظور.

وعادة ما يكون لكل كمبيوتر متصل بالشبكة عنوان دائم أو مؤقت يمكن عن طريقه الوصول إلى دولة الأصل إلا أنه ببعض الوسائل الالكترونية يمكن إخفاء دولة الأصل عن طريق سلسلة من العناوين الالكترونية، مما يلقي على التاجر عبء القيام بفحص العنوان كوسيلة تحقق أولى. وعموماً يمكن أن تتحقق المحكمة التي يثار أمامها النزاع من أن التاجر قد بذل عناية الشخص المعتاد في التحري من عنوان المشتري، وأن الأخير هو الذي قام عن قصد بسوء نية بإخفاء شخصيته الحقيقية ويعد مرتكبا لجريمة الغش أو التدليس وفقا للنظام القانوني المعني.

**ثانياً: الأنشطة غير المشروعة أو المقيدة:** قد تكون بعض الأنشطة المعروضة على شبكات الانترنت مسموحاً بها في بعض المناطق أو الدول، وغير مسموح بها في بعض الدول الأخرى، مثل أنشطة القمار والأفلام المخلة بالآداب. وقد حكم القضاء في عدد من القضايا، وخاصة في الولايات المتحدة، بمسئولية المواقع التي توجه عن

[61]- د.نزيه محمد الصادق، المرجع السابق، ص 208.

قصد أنشطتها إلى داخل تلك الدول أو الولايات لمخالفته لقواعد النظام العام للدولة أو الولاية المعنية، ففي قضية منيسوتا ضد قرانيت قيت ريزورتس، اتصل عدد من مواطني ولاية مينسوتا بأحد المواقع التي تعلن عن القمار في ولاية نيفادا الأمريكية المشهورة بأندية القمار، وأعلنت المحكمة في مينسوتا اختصاصها على أساس أن المدعى عليه قد قصد الاتجار داخل ولاية منيسوتا عن طريق موقعه داخل الشبكة الالكترونية[62].

وفي قضية أخرى، حكمت المحكمة الفيدرالية في ولاية "تنسي" باختصاصها وطبقت القانون المحلي، وحكمت ضد موقع على شبكة الانترنت يمتلكه شخص في ولاية كاليفورنيا يقوم بتقديم الأفلام المخلة بالآداب. وفي قضية ثالثة، حكمت المحكمة بأن موقع الانترنت يمكن مشاهدته باعتباره إعلانا دعائياً يتم من خلاله توزيع الصور في الولايات المتحدة. وأن المواطن المحلي عندما ينزل هذه الصور على جهاز الكمبيوتر يكون هذا مماثلاً لإرسال الصور إلى الولايات المتحدة، وبالتالي يكون ذلك سبباً في اختصاص المحاكم الأمريكية.

ويجوز لصاحب الموقع أن يضع قيداً أو شرطاً لإنزال البرنامج من الموقع، بأن مشاهدته أو إنزال الصور منه يقتصر على الأشخاص من دولة معينة، أو يضع ما يرغب فيه من الاستثناءات، وبهذا يخلي

مسئوليته من إنزال هذه الأفلام أو الصور في دولة أو دول أخرى بشرط أن يكون تصرف صاحب الموقع خالياً من الغش أو الخداع.

**ثالثاً: البيع إلى ناقصي الأهلية:** تنظم القواعد القانونية في الدول المختلفة حماية ناقصي الأهلية بجعل العقود التي يبرمها هؤلاء قابلة للإبطال لمصلحتهم. وفي عقود التجارة الالكترونية تتعارض مصلحتان، الأولى مصلحة القاصر في إبطال تعاقده وفقاً للقواعد العامة، والثانية مصلحة التاجر أو المتعاقد مع القاصر بحسن نية، الذي يرى انهيار عقوده إذا طعن القاصر في العقد للإبطال لا سيما أن التاجر في عقد البيع الالكتروني ليس في مقدوره التيقن من عمر المتعاقد الآخر معه في كل حالة، وإذا ما طالبناه بذلك نكون قد حملناه مالا يطيق. وعلى ذلك يفرق القضاء الانجليزي بين حالين:

- العقود البسيطة التي يبرمها القاصر عبر الانترنت مثل شراء الكتب والاسطوانات والأطعمة وغيرها من السلع، وهذه لا يجوز الحكم بإبطالها،
- أما العقود الأخرى ذات القيمة الكبيرة مثل السيارات والشقق السكنية وغيرها، فإنها تخضع للأصل العام بإبطال هذه العقود لمصلحة القاصر، حتى ولو تضرر التاجر أو المتعاقد مع القاصر انصياعاً لأحكام النظام العام.

غير أنه لاختلاف دولة القاصر عن دولة التاجر في أغلب الأحيان، واشتراط التجار في كثير من عمليات البيع التي تجري على الانترنت تسديد ثمن المشتريات قبل إرسال البضاعة عن طريق بطاقة الائتمان وغيرها، فقد يصبح من المتعذر رفع دعوى الإبطال في دولة التاجر لما يترتب عن ذلك

[62]- موقع بوابة الانترنت، المرجع السابق.

من مشقة وتكاليف على القاصر، لأن القاصر يذهب لمقاضاته في دولته وفقاً لقواعد الإجراءات التقليدية.

وعلى ذلك فإنه يجدر بالمتعاملين على شبكة الإنترنت وضع شرط يسمح بالتحقق من سن المتعاقد الآخر وأهليته، بحيث إذا ما ارتكب القاصر غشاً أو تدليساً يجوز للمتعاقد الآخر معه عند إبطال العقد مطالبته بالتعويض.

## المبحث الخامس
## قانون الاختصاص و تسوية النزاعات في العقد الالكتروني

كما ذكرنا ضمن سياق هذا البحث، فان التجارة الالكترونية، وبالتالي العقد الالكتروني، ذو طبيعة دولية لأن الشبكة المستخدمة في هذه التعاملات تحمل صفة الانفتاحية. إن الطبيعة الدولية للتجارة الالكترونية أوجدت مجالاً خصباً لتنازع القوانين الدولية في مدى تطبيقها على التجارة الالكترونية، وكذلك مدى حجية النظام القانوني المحلي في مسائل هذه التجارة. في هذا المبحث نتناول المشكلات المتعلقة بتنازع القوانين (أو تطبيق القانون الدولي الخاص) في العقود الالكترونية، ثم نستعرض الوسائل البديلة والمستحدثة، أو ذات الطبيعة الخاصة لتسوية نزاعات العقود الالكترونية، ودورها في تسهيل حسم النزاعات بشكل أسرع وأكثر كفاءة لأطراف النزاع.

### الفرع الأول
### تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص

كما هو معلوم فان مبادئ القانون الدولي الخاص، أو تنازع القوانين، تعتبر جزءً أصيلاً من القوانين المحلية لأي بلد، ومهمتها تحديد المحكمة المختصة أو القانون الواجب تطبيقه على القضايا التي يكون هناك عنصر أجنبي ضمن مكوناتها من حيث الأطراف أو الوقائع ومكان حدوثها. ويجب أن نشير إلى أنه قد تباينت الآراء، في مجال العقود الالكترونية حول وضع الحلول المناسبة لمشكلة القانون الواجب التطبيق وجاءت أهم الآراء كما يلي:

أ - يذهب البعض إلى أن قواعد القانون الدولي الخاص ومناهجه لا تتماشى ولا تتناسب مع طبيعة العمليات التجارية الالكترونية، لأن هذه العمليات تقع في منطقة خارج دائرة القانون، مما يجعل من المناسب البحث عن نظام ومناهج قانونية بديلة حتى لا يكون هناك فراغ قانوني، وذلك بوضع قانون موضوعي الكتروني دولي للمعاملات الالكترونية، بحيث يكون تنظيماً موضوعياً خاصاً ومستقلاً عن حلول القوانين الوطنية. وفي تصورهم يمكن أن يكون هذا القانون على شاكلة القانون الموضوعي للتجارة الدولية، ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للانترنت، وطورتها المحاكم ومستخدمو الانترنت وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات. وفي رأيهم، أننا بهذا الوضع يمكن أن نأتي بقانون شامل ذو طابع دولي عام، يتلاءم مع حاجيات مجتمع قوامه السرعة في التعامل والرقمية في البيانات التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحاسب الآلي، ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملات.

هذا الرأي تم انتقاده على أساس صعوبة وضع قانون دولي موضوعي يحكم التعاملات

الالكترونيــة ويكـون متفقـاً عليـه بـين جميـع الدول التي ترغب في التعامل عبر الوسائط الالكترونيــة. إذ أن هـذا الـرأي يقـوم علـى افتـراض وجـود مجتمـع دولـي متجـانس قـادر على خلق قواعد سلوك ملزمـة لأعضـائه من المتعاملين الكترونياً. وهذا الافتراض يخالف الواقع الماثل، فالمجتمع الدولي، وان افترضنا وجـوده، فهـو مجتمـع غيـر متجـانس وغيـر متماسك وغير قادر على وضع قواعد ملزمة لأن الكل يبحث عن مصـالحه الذاتيـة فـي هذا الخضم الهائل.

ومن جانبنا نرى، أن هذا الانتقاد يتضمن رأياً استباقياً فيه تسرع في الحكم بفشل الوسائل الخاصة لتنظيم التجارة الالكترونية. لأن هناك العديـد مـن وسـائل فـض النزاعـات الخاصـة بالتجارة الالكترونية قد تبلورت أو في طريقها نحـو التبلـور، مثـل التحكـيم الالكترونـي كمـا سنرى لاحقاً، وغيرها من المبـادئ التـي تنـتج عـن تطـور واسـتقرار التعـاملات الالكترونيـة في عدد من الدول.

والنقـد الثـاني الموجـه لهـذا الـرأي، هـو أن التجارة الالكترونية قد أصبحت أمراً واقعاً، فهي قائمة بالفعل في كثير من الدول، الأمر الـذي يتطلـب وضـع حلـول فوريـة لمشـكلة القـانون الواجـب التطبيـق ومـدى إمكانيـة الاحتجاج بالنظـام المحلـي، وهـو مـا لا يتـوفر فـي الـرأي الموجـه إليـه النقـد، الـذي لا يضـع حـلاً فورياً لمسألة واقعة و قائمة، بل نظرة استشرافية قد تتم وقد لا تتم، فلا زالت في بداياتها الأولى.

ب- جماعة أخرى ترى أن قواعد القانون الدولي الخـاص بوضـعها الحـالي قـادرة علـى تحديـد القـانون الواجـب التطبيـق علـى عقـود التجـارة الالكترونية طالما أن هذه العقود تتمتع بالصفة الدوليـة ووجـود العنصـر الأجنبـي، مسـتندين إلى أن الدول الأوروبية قد أحالت في التوجيه الأوروبـي بشـأن بعـض الجوانـب القانونيـة لخدمات المجتمع المعلوماتي، وبصفة خاصة التجارة الالكترونية، رقم 2000/61 وتـاريخ 8 يونيو 2000 في المادة رقم 4/1 إلى قواعد القـانون الـدولي الخـاص فيمـا يتعلـق بتحديـد القـانون الواجـب التطبيـق. ومـا كـان ذلـك إلا تأكيداً لكفايـة قواعـد القـانون الـدولي الخـاص وأنهـا تمثـل المرجعيـة السـليمة لحـل مشـاكل الاختصاص في قضايا التعاقد الالكتروني.

إلا أن النقد الذي يمكن توجيهه لهذا الرأي هو أن قواعد القانون الدولي الخاص إنما وضعت للعقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي[63]، بينما التجارة الالكترونية، وان كان يغلب عليها الصفة الدولية، إلا أنها قد تكون عقداً محلياً وذلك إذا ما كـان أطـراف العقد فـي موطن واحد مما يترتب عليـه عـدم الحاجـة إلـى تطبيـق قواعـد القـانون الـدولي الخـاص، فـي هـذه الحالـة، لأن أطـراف العقـد محليـين. كمـا أن قواعـد القـانون الـدولي الخـاص فـي بعـض الاتفاقيـات كاتفاقيـة رومـا للقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لسنة 1980، تحيل في حالة عدم الاتفاق على القانون الواجب تطبيقه على العقد إلى قانون مكان إبرام العقـد، وهـذا يصـعب تحديـده فـي التجـارة الالكترونيـة لان العقـد فيهـا يـتم فـي مجتمـع افتراضي.

ونحـن نـرى أن وجـود بعـض العقـود الالكترونية المحلية التي لا تستدعي تطبيق قواعد القـانون الـدولي الخـاص لا يجـب أن يشـكل سـبباً لانتقـاد هـذا الـرأي، لأن قواعـد القـانون الـدولي الخـاص وضـعت فـي الأسـاس للتطبيـق إذا كانـت الحاجة إلى تطبيقها قائمة، فإذا انتفت هذه الحاجة فـلا مجـال لتطبيقهـا. ومـادام هـذا هـو الوضـع المتعارف في العقود التقليدية فان انسحابه على

[63]- سواء اتصل هذا العنصر بالأعمال المتعلقة بإبرام العقد أو تنفيذه، أو بموطن المتعاقدين أو جنسيتهم.

العقـود الالكترونيـة لا يجـب أن يشـكل مصـدراً للنقد.

وما يمكن أن نخلص إليه بعد استعراض الرأيين، هو ضرورة التأكيد على أهمية العمل بقواعد القانون الدولي الخاص[64]، واضعين في الاعتبار ما تتميز به العقود الالكترونية من خصائص لابد من مراعاتها عند تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص. والهدف الرئيسي لاعتبار خصوصية العقود الالكترونية في هذا الصدد هو توفير الحماية اللازمة، من وجهة تحديد القانون الواجب التطبيق، للمستهلك عندما يتعاقد مع الطرف المهني المحترف. عليه فان عقد التجارة الالكترونية لا يخلو إما أن يكون، بالنظر إلى أطرافه ووجود العنصر الأجنبي بدرجة تبرر تطبيق القانون الأجنبي، عقداً محلياً أو دولياً:

فإذا كان عقد التجارة الالكترونية محلياً: يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المحلي لطرفي العقد، وذلك من مبدأ سيادة الدولة على أراضيها. فيكون للدولة الحق في مباشرة كافة ما يلزم لبسط سيادتها كدولة، والقانون من أول مظاهر سيادة الدولة على إقليمها. لذلك فان كل اتفاق بين مواطني نفس الدولة يتجنب القانون المحلي يكون باطلاً لأن سريان القواعد النظامية المحلية على المنازعات الداخلية يعد قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لأنها من قواعد النظام العام ، واللجوء إلى القانون الأجنبي في تلك الحالات الخاصة بالعقود الوطنية لا يعتد به ويعتبر ملغياً. لأن ميزة اختيار القانون الأجنبي منحت في العقود الدولية وهي كما أسلفنا تلك العقود التي لها ارتباط بعنصر أجنبي. وخلاصة هذا الرأي هي أنه لا تقوم الحاجة لتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص إذا كان عقد التجارة الالكترونية هو عقد محلي في جميع مكوناته، إذ أن تطبيق القانون المحلي عليه في هذه الحالة يكون من قبيل النظام العام.

أما إذا كان عقد التجارة الالكترونية دولياً: فهنا يتسع المجال لتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص نظراً لوجود أكثر من قانون يتنازع على التطبيق. لكن هناك اعتبارات تتعلق بحماية المستهلك نرى أن توضع في الاعتبار في هذه الحالة. عليه يجوز أن يكون العقد بين مهنيين، أو يكون أحد طرفيه مستهلكاً، وذلك على النحو التالي:

أولاً: إذا كان أطراف العقد من المهنيين: وهم الأشخاص الذين يتصرفون من أجل احتياجاتهم المهنية بغرض الحصول على الربح، ففي هذه الحالة:

* إما أن يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق وهنا يتم تنفيذ هذا الاتفاق والعمل به وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص التي تحتم ذلك. ويتم اختيار قانون العقد بطريقتين:

- التعيين الصريح: وذلك بأن يختار الأطراف قانون العقد صراحة، بإدراج شرط يحدد فيه القانون الواجب التطبيق، سواء كان الاتفاق عند إبرام العقد أو بعده عند نشوب النزاع.

- التعيين الضمني: وهو عبارة عن إرادة ضمنية تنبئ عن ميل واضح تجاه قانون أو نظام معين، وهذه النية الضمنية التي تحدد القانون الواجب التطبيق تستخلص من ظروف الحال، ومن أمثلة ذلك تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع فان هذا

[64]- كاتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية لعام 1980، واتفاقية لاهاي 1964، والتي تحكم البيع الدولي للمنقولات المادية، وكذلك اتفاقية لاهاي 1955 حول القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة، واتفاقية لاهاي 1978 حول القانون الواجب التطبيق على الوساطة التجارية.

التحديد يدل ضمنياً على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون المحكمة المختصة، لأن اختيار محكمة بلد ما يعني ضمناً اختيار القانون الذي تطبقه هذه المحكمة عادة ويشمل ذلك قواعد القانون الدولي الخاص المطبقة في ذلك القانون. كما أن تضمين العقد أحكاماً وقواعد مستمدة من قانون دولة معينة لتنظيم جانب من جوانبه يدل على اتجاه نية الأطراف إلى القانون المستمدة منه أحكام العقد لتطبيقه على مسائل العقد. ومما يوحي باختيار الأطراف لقانون دولة ما أيضاً، صياغتهم للعقد وفق عقد نموذجي لتلك الدولة أو اختيارهم لعملة ذلك البلد كعملة الوفاء في العقد.

لكن من الحكمة والأسلم دائماً ألا يترك الأطراف مسألة القانون الواجب التطبيق حبيس إرادتهم الباطنة أو الضمنية، بل يجب عليهم التصريح بالقانون المختار بنص واضح ومحدد في العقد لأن ذلك يجنبهم العديد من الصعاب التي قد تنشأ مستقبلاً.

* أما إذا لم يوجد اتفاق بين طرفي العقد من المهنيين على القانون الواجب التطبيق، ففي هذه الحالة يلجأ إلى التعيين القضائي، وهو أن يجتهد القاضي للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد. ويتم التعيين القضائي باختيار البلد الذي يعتبر أكثر ارتباطاً بالعقد، أو الذي تترتب فيه كل أو أغلب آثاره[65].

ثانياً: أن يكون أحد أطراف العقد الالكتروني مستهلكاً: والمستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد مع طرف مهني من أجل الحصول على سلعة أو خدمة لاحتياجاته الشخصية، شريطة أن يكون هذا التعاقد غير مرتبط بنشاط مهني أو تجاري للمستهلك، وفي هذه الحالة:

* إما أن يتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، فالحكم يكون كما ورد في عقود المهنيين الدولية، حيث يلزم العمل بهذا الاتفاق، لأن عقود الاستهلاك تخضع للقاعدة العامة في اختصاص القانون الذي يختاره المتعاقدان. إلا أن هناك استثناء لتلك القاعدة العامة في عقود الاستهلاك، وذلك توفيراً لمزيد من الحماية للمستهلك. وهذا الاستثناء يقضي بأنه لا يجوز حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته العادية. ولقد تم إقرار هذا الاستثناء في العديد من الاتفاقيات وأنظمة القانون الدولي الخاص[66].

والمبرر لهذا الاستثناء هو أن مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد يعتبر مبدأ رئيسياً وهاماً، إلا أن هذه الحرية للمتعاقدين في تنظيم عقودهم لا يمكن تصورها إلا بين الأنداد الذين لهم نفس القوة والمقدرة. إذ أن عدم التكافؤ في الناحية الاقتصادية والاجتماعية يحتم وضع قيود على حرية الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية لتكون عوضاً لضعف الطرف الآخر للحد من عدم التكافؤ بينهما. ومن هذه القيود جواز الخروج عن اختيار الطرفين وتطبيق قانون الدولة التي بها محل الإقامة العادية للمستهلك، إذا كانت قواعدها الآمرة توفر مزيداً من الحماية له.

---

[65]- جاء في اتفاقية روما لسنة 1980" في الحدود التي لم يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وقوفاً".

[66]- كمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص والذي أقر الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين عام 1978، واتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق المادة 5 /2 ، والقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1978، والقانون الدولي الخاص النمساوي الصادر عام 1978 أيضاً.

وفي مجال التطبيق العملي لهذا الاستثناء، فقد اختلفت ردود الفعل بين الدول المختلفة. بعض الدول بالغ في تفعيل الاستثناء بحيث جعله القاعدة وليس مجرد استثناء، مثل القانون السويسري الذي ينص على تطبيق قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك على جميع عقود الاستهلاك[67]. والبعض الآخر من الدول أخذ بالاستثناء، فهو يقر بحرية الطرفين في اختيار قانون العقد، إلا أنه يدعو إلى تطبيق قانون الدولة محل الإقامة العادية للمستهلك إذا كان ذلك القانون يوفر حماية أكثر للمستهلك من خلال قواعده الآمرة.

* أما إذا لم يتفق الأطراف في عقد الاستهلاك الدولي على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، فانه مادامت الأنظمة والقوانين الدولية الخاصة تجيز الخروج عن اختيار المتعاقدين وتطبيق قانون محل الإقامة العادية للمستهلك، فانه من باب أولى في حالة عدم الاتفاق، أن يكون قانون الدولة محل إقامة المستهلك هو الواجب التطبيق لفرض مزيد من الحماية للمستهلك.

## الفرع الثاني
## وسائل تسوية النزاعات
## في العقد الالكتروني

تتنوع وسائل تسوية النزاعات كما هو معلوم مابين اللجوء للقضاء أو اتخاذ إحدى الطرق البديلة المتعددة لفض النزاعات وتسويتها. وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ الحرية التعاقدية يعطي للأطراف الحق في اختيار الوسيلة التي يرتضونها لتسوية نزاعاتهم، سواء كان ذلك باللجوء إلى القضاء أو باستخدام إحدى الطرق البديلة لتسوية النزاعات والتي يقف التحكيم في صدارتها.

والعقد الالكتروني لا يعتبر استثناء في هذه الناحية، إذ أن للطرفين في العقد الالكتروني نفس الحرية في اختيار الوسيلة التي يرغبون في حل نزاعاتهم من خلالها، كما ويتاح لهم الاختيار من ضمن نفس الوسائل المتبعة في تسوية النزاعات في العقد التقليدي. إلا أن الطبيعة الخاصة للعقد الالكتروني قد نتج عنها بعض وسائل تسوية النزاعات المرتبطة بهذه الخصوصية، من حيث تطبيق نفس الوسائل التقنية المتبعة في إبرام العقد الالكتروني.

ومادام الحديث بالتفصيل عن سلطات المحاكم وإجراءاتها، وتعريف الوسائل البديلة لتسوية النزاعات ومزاياها وطريقة تطبيقها سيكون نوعاً من التكرار والتطويل الذي لا مبرر له في البحث الحالي، فإننا سنركز نقاشنا على تلك الوسائل المستحدثة لتسوية النزاعات في العقد الالكتروني والمراحل التي وصل إليها تطبيق تلك الوسائل في مختلف الأنظمة القانونية.

### أولاً: التحكيم الالكتروني:

التحكيم بصفة عامة هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في النزاع القائم بينهم حالياً أو الذي قد ينشأ مستقبلاً عن طريق محكم أو محكمين يتم اختيارهم من قبل الأطراف للفصل في النزاع بحكم ملزم للطرفين.

ومهما كان من اتفاق أو خلاف حول التعريف الأمثل للتحكيم التجاري الدولي الذي يختص بمنازعات التجارة الدولية، والذي ظهر

---

[67]- القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام 1978 المادة 1/13.

استجابة لمتطلبات هذه التجارة وتحقيق العدالة والسرعة وتقليل التكاليف على أطراف التحكيم، إلا أن ما يهمنا في هذا المجال هو ظهور نوع خاص ومستقل بشكل كبير عن التحكيم التقليدي، وهو ما يعرف بالتحكيم الالكتروني. وهذا النوع من التحكيم إلى جانب اختصاصه بنزاعات التجارة الالكترونية، فانه ليس ثمة مانع من اللجوء إليه لحل النزاعات في العلاقات التجارية الدولية التقليدية نظراً لما يوفره من مزايا للأطراف. والاختلاف بين التحكيم الالكتروني والتحكيم التقليدي إنما يكمن بشكل أساسي في الوسيلة التي تتم بها إجراءات التحكيم. إذ أنه لا وجود للورق والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في التحكيم الالكتروني، حتى أن الأحكام قد يحصل عليها الأطراف موقعة وجاهزة بطريق الكتروني.

لإلقاء بعض الضوء على التحكيم الالكتروني، سنتناول المسائل التالية:

أ - المميزات والسلبيات.

ب- الوضع الحالي للتحكيم الالكتروني.

**أ- المميزات والسلبيات:**

هناك الكثير من المميزات المرتبطة بالتحكيم الالكتروني والتي تجعله أفضل من المحاكم وحتى من التحكيم التجاري التقليدي، ومن هذه المميزات:

* اللجوء للتحكيم الالكتروني يجنب الأطراف عدم مسايرة القانون والقضاء للعقود الالكترونية سواء قانونياً أو قضائياً، حيث أنه يجنبهم عدم الاعتراف القانوني بهذه العقود أو صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، وغيرها من المشكلات التي قد تعترض القضاء العادي عند إحالة النزاع إليه.
* أن أهم ميزة للتحكيم الالكتروني هي السرعة في الفصل في النزاع بشكل يختلف كثيرا عن تداول المنازعات في المحاكم الوطنية من بطء وتكدس للقضايا بشكل لا يتناسب وازدياد عقود التجارة الالكترونية. حتى أن هذا التحكيم يفوق كثيراً سرعة الفصل في النزاعات بواسطة التحكيم التجاري التقليدي الذي يحتاج مدة أطول بكثير من التحكيم الالكتروني.
* في التحكيم الالكتروني يتم عرض النزاع على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة ومحل ثقة ومعرفة ومواكبة لتطور التجارة الالكترونية، لاسيما في المجال الفني والقانوني لهذه التجارة.
* تقليل تكلفة ونفقات التقاضي وذلك باستخدام نظم الوسائط المتعددة التي تتيح استخدام الوسائل السمعية والبصرية في عقد جلسات التحكيم على الخط المباشر للأطراف والخبراء مما يقلل من نفقات السفر والانتقال، أو يجعلها غير واردة من أساسه.
* السرية، وهي تعتبر ميزة عامة للتحكيم سواء كان تقليدياً أم الكترونياً، لأن التحكيم شأن خاص بأطرافه ويختلف في ذلك عن المحاكم، فالسرية متوفرة من حيث اللجوء للتحكيم، ونتائجه وفي جميع المراحل، مما يحول دون إلحاق الضرر بسمعة الأطراف المحتكمين.
* سهولة الحصول على الحكم بسبب تقديم المستندات عبر البريد الالكتروني، أو من خلال الواجهة الخاصة التي صممت من قبل المحكم أو المحكمين أو مركز التحكيم الالكتروني لتقديم البيانات والحصول على الأحكام موقعة من المحكمين.
* وجود اتفاقية دولية هي اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1958. وذلك على خلاف أحكام القضاء حيث لا توجد حتى

الآن مثل هذه الاتفاقية رغم وجود اتفاقيات إقليمية وثنائية.

وبالرغم من كل هذه الايجابيات التي تميز التحكيم الالكتروني عن القضاء العادي والتحكيم التقليدي، إلا أن التحكيم الالكتروني لم يسلم من النقد للأسباب التالية:

- عدم مواكبة النظم القانونية الحالية للتطور السريع الحاصل في مجال التجارة الالكترونية، هذا إن كان هناك تشريع أصلاً في هذه النظم يختص بالمعاملات والتجارة الالكترونية. إضافة إلى أن الكثير من النظم القانونية ليست مؤهلة لمواكبة التحكيم الالكتروني أو الاعتراف بنتائجه نظراً إلى جمود القواعد القانونية، وهذا يتطلب تعديل التشريعات الموجودة للاعتراف بأحكام التحكيم الالكتروني، لأنه في غياب ذلك يثور التساؤل حول مدى صحة إجراءات التحكيم الالكتروني، والاعتراف بالحكم التحكيمي الالكتروني.

ب - الوضع الحالي للتحكيم الالكتروني:

لقد وجدت تسوية المنازعات عبر التحكيم الالكتروني عدداً من التطبيقات الفعلية و المتنوعة، وذلك من خلال مبادرات تبنتها بعض التنظيمات الاقتصادية والاتحادات المهنية الفعالة في هذا المجال، والتي تهتم بمواكبة التطور الالكتروني. ومن أهم التطبيقات الحديثة للتحكيم الالكتروني نورد ما يلي:

<u>الاتحاد الأوروبي</u>: لقد قام الاتحاد الأوروبي بتوجيه الدول الأعضاء بألا تضع في تشريعاتها الداخلية عقبات قانونية تحول دون استخدام آليات تسوية المنازعات الكترونياً بعيداً عن القضاء. تنص المادة (1) من التوجيه الأوروبي رقم 31 /2000 الخاص ببعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات والتجارة الالكترونية على " تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيداً عن أروقة المحاكم وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الالكتروني، وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات". كما أصدرت اللجنة الأوروبية المختصة بتسوية المنازعات - لاسيما تلك التي تقع بين المستهلكين- قرارات باعتماد سلسلة من التوجيهات بخصوص حل المنازعات عن الطريق الالكتروني منها:

1- تأسيس شبكة أوروبية لتسوية المنازعات الكترونياً ولحل كافة منازعات المستهلك الأوروبي خاصة في قطاع الخدمات[68].

2- المبادئ الواجب مراعاتها من جانب الدول الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر الانترنت، وهي تضع خطوطاً إرشادية لتوفير أفضل حماية ممكنة للمستهلك الأوروبي في معاملاته عبر الانترنت.

<u>المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)</u>: كذلك لعبت منظمة (الويبو) دوراً كبيراً في تطوير وتفعيل نظام التحكيم الخاص بالتجارة الالكترونية لتنظيم فض المنازعات التجارية عن طريق الانترنت لاسيما المتعلقة بالملكية الفكرية، وأسماء المواقع الالكترونية والعلامات التجارية. ويمكن من خلال هذا النظام التغلب على العديد من الصعوبات ، حيث يسمح بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق[69].

[68]- أنظر موقع الاتحاد الأوروبي مكان التوصية www.europa.eu.int.

[69]-موقع مركز تحكيم الويبوwww.arbiter.wipo.int

القاضي الافتراضي: ومع أهمية التوصيات والقرارات الصادرة من الاتحاد الأوروبي والجهود الكبيرة التي بذلتها منظمة الويبو إلا أن التجربة العملية الأولى لتسوية منازعات التجارة الالكترونية باستخدام الانترنت (التحكيم الالكتروني) تتمثل في برنامج القاضي الافتراضي وهي فكرة أمريكية تم إرساء دعائمها في مارس 1996 من قبل أساتذة مركز القانون وأمن المعلومات[70]. ووجد هذا النظام الدعم من

جمعية المحكمين الأمريكيين، ومعهد الفضاء الالكتروني، والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي. والهدف الرئيسي لهذا المشروع إعطاء حلول سريعة للمنازعات عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونية في التحكيم والقوانين المنظمة للتجارة الالكترونية وعقودها، ومنازعات الملكية الفكرية وغيرها من القوانين المتصلة بهذه التجارة. ويقوم القاضي الافتراضي المتخصص بالتحاور مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخضوع لأحكام هذا النظام عن طريق البريد الالكتروني، على أن يفصل في النزاع خلال 72 ساعة. وتجدر الإشارة إلى أن القرار الصادر من القاضي يكون مجرداً من القيمة القانونية إذا لم يقبله الأطراف.

المحكمة الفضائية: نشأت هذه المحكمة في مونتريال بكندا عام 1996 . وفقاً لنظام هذه المحكمة، تتم كافة الإجراءات الكترونيا على موقع المحكمة الالكتروني بداية من طلب التسوية، ومروراً بالإجراءات وانتهاء بإصدار الحكم وتسجيله على الموقع الالكتروني للمحكمة. وتقدم المحكمة خدماتها باللغتين الانجليزية والفرنسية وذلك لوجودها في مقاطعة ذات طبيعة لغوية مختلطة، وكذلك فهي تجمع بين النظامين اللاتيني والانجلوسكسوني مما يؤدي إلى توحيد القواعد القانونية بين أنظمة ذات ثقافات قانونية متباينة فيما يتعلق بالتجارة الالكترونية وسبل فض المنازعات المتعلقة بها. وكذلك تهتم المحكمة بحماية المستهلك، حيث تجتهد في تفسير العقود لصالح المستهلك، والقانون الواجب التطبيق عندها هو قانون المستهلك.

**ثانياً: التوفيق الالكتروني:**

وهو أحد الوسائل لتسوية النزاعات وذلك بتدخل طرف ثالث بين طرفي النزاع عبر الوسائل الالكترونية لتقديم حلول لطرفي النزاع، واختيار إحداها من كلا الطرفين لحل النزاع. ويختلف التوفيق عن التحكيم في أن قرار الموفق غير ملزم لطرفي النزاع، فهو مجرد توصية تستوجب اعتمادها من كلا الطرفين، وذلك على خلاف التحكيم الذي ينتج عنه حكم ملزم من المحكم.

**ثالثاً: الوساطة الالكترونية:**

وهي تدخل طرف آخر يسمى الوسيط بين طرفي النزاع لتقريب وجهات النظر بصورة محايدة ونزيهة وفقاً لطبيعة العلاقة فيما بينهما، وصولاً إلى تسوية ودية مرضية للنزاع بإجراءات الكترونية. وهي قريبة الشبه من التوفيق الالكتروني إلا أنها تكون في الغالب بين أطراف وثيقة الصلة في علاقاتها التجارية رغبة منهم في إنهاء الخلاف في وجهات النظر. كما يميز الوساطة إمكانية رفضها في أي مرحلة قبل اكتمالها و اللجوء إلى وسيلة بديلة لحل النزاع.

[70]- موقع المركز www.vmag.law.vill.edu:8080

# الخاتمـــة

تناول هذا البحث مختلف المسائل المتعلقة بالتجارة الالكترونية بصفة عامة، مع التركيز على العقود الالكترونية بوصفها الصيغة أو الآلية التي من خلالها يتم تفعيل التجارة الالكترونية كممارسة حديثة.

من ضمن الأمور الهامة التي تستوجب الاهتمام من المشرع العربي هي مدى حجية واعتمادية المعاملات التي تتم الكترونياً، مما يثير دور قانون الإثبات وضرورة مواكبته للتجارة الالكترونية. حيث تثور عدة تساؤلات هنا حول مدى القيمة الاثباتية للمحررات والمراسلات الالكترونية كوسيلة يمكن أن تعادل الكتابة التقليدية، وكذلك موقف القوانين الالكترونية من العقود الشكلية وهي التي يتطلب القانون لصحتها أن يتم إبرامها على صيغة أو شكل محدد. وهذا يقود إلى ضرورة وضع ضوابط للتوثيق الالكتروني والجهات التي تمنح التراخيص لمزاولة تلك الأنشطة واللوائح المنظمة لها.

مثل هذه الأمور وغيرها والتي تدخل ضمن قانون الإثبات، تتطلب المراجعة المتأنية لقانون الإثبات لاسيما في المسائل المدنية والتجارية، وإدخال ما يلزم من تعديلات وإضافات لازمة لمواكبة التجارة والعقود الالكترونية. وإذا دعا الأمر يتم إفراد قانون منفصل للإثبات في المعاملات الالكترونية، وهذا من شأنه أن يضفي الحجية الكاملة على هذه المعاملات وعلى الأدوات والوسائل الالكترونية المستخدمة في انجازها. مما يشجع على استخدام هذه الوسائل المستحدثة بثقة تامة ودون خوف من أية تعقيدات أو مشكلات قانونية.

وفي هذا الصدد يجب التنويه والإشادة بالخطوة التي أقدمت عليها دولة الإمارات والمتمثلة في إصدار القانون الاتحادي رقم 36 لسنة 2006 بتعديل بعض أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1992. حيث تم استصحاب عدد من المستجدات في نطاق المعاملات الالكترونية وتضمينها في تعديلات القانون. ويعتبر صدور هذا القانون خطوة هامة أدركها المشرع الإماراتي في الوقت المناسب نتيجة التطور السريع في الدولة، والذي يهدف لمواكبة التطور العالمي الهائل في مجال تقنية المعلومات ووسائل الاتصال، الأمر الذي فرض بدوره انتشار المعاملات ذات الطابع الالكتروني والتي باتت السمة المميزة والبارزة في المعاملات الحديثة. لأن المشرع قد وعي تماماً أن صدور القوانين الخاصة بالمعاملات الالكترونية لم يكن كافياً دون صدور قانون آخر يعتمد الوسائل الالكترونية ويضفي عليها ذات الحجية المقررة لوسائل الإثبات الأخرى. ذلك مع الوضع في الاعتبار أن حداثة التجربة قد تولد بعض الصعوبات في التطبيق، إلا أن المشكلات والصعوبات قد تتفاقم أكثر في حالة عدم وجود التشريع المنظم، لأن التغلب على الصعوبات المستقبلية لا يتم إلا بعد صدور القوانين واكتشاف المشاكل والمعوقات من واقع التطبيق العملي، حتى يتم حصرها ومن ثم إيجاد الحلول المناسبة للتغلب عليها.

كما أن مسائل كيفية حل النزاعات والقانون الواجب التطبيق تستحق أيضاً الاهتمام من المشرع حيث يجب أن يتم تحديد شامل للعناصر المميزة لوسائل التجارة الالكترونية التقنية، وفي مقدمتها الانترنت لتحديد أثر هذه الخصائص على المشكلات القانونية وقواعد حلها. كذلك الدراسة التحليلية القانونية الشاملة لقواعد القانوني الدولي الخاص (تنازع القوانين) المتعلقة

بالتجارة عموماً وتحديد مدى ملاءمتها لحكم العلاقات القائمة في بيئة التجارة الالكترونية والانترنت.

وهناك ضرورة لأن يتم تعزيز الاتجاه نحو اللجوء لتطبيق وسائل التقاضي البديلة والتشجيع عليها، سواء من حيث تشجيع إقامة مراكز فض المنازعات، أو من حيث التدريب على وسائل التحكيم والوساطة والمفاوضات وغيرها، أو من حيث اتخاذ تدابير تشريعية تساهم في تطوير الوسائل البديلة لفض المنازعات، وتشجيع اللجوء إليها. وأهمية هذه الطرق البديلة لا تخفى على أحد، كونها تتيح اللجوء إلى أكثر الجهات خبرة في التعامل مع مسائل التجارة الالكترونية التقنية المعقدة، وهي أمور لا تكون متوفرة بالقدر الكافي لدى المحاكم العادية.

كما ويجب أن تستحوذ حماية المستهلك على قدر كبير من الاهتمام، وذلك بإفراد نصوص خاصة بتنظيم التعاملات والعقود التي تتم بين طرف مهني يمتلك الخبرة والدراية في مجال السلعة أو الخدمة التي يعرضها، وطرف آخر يعتبر مستهلكاً عادياً. حيث يجب توضيح الشروط المتعلقة بالإفصاح والشفافية التي يتوجب توافرها في الإعلان عن السلع والخدمات من جانب المهنيين، إلى جانب الالتزام بتوفير خدمات ما بعد البيع بصورة عادلة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في التعامل. ويمكن إتباع نهج المشرع الفرنسي في قانون حماية المستهلك الفرنسي، الذي يتضمن شروطاً خاصة يجب تطبيقها في حالة التعاقد الالكتروني بين الطرف المهني والآخر المستهلك العادي.

كما لا يفوتنا أن ننوه إلى أهمية توفير الحماية اللازمة للبيئة الالكترونية والتقنية التي تتم فيها المعاملات الالكترونية ومن بينها العقد الالكتروني. فقد واكب هذا التقدم غير المسبوق في التكنولوجيا ووسائلها، تقدماً في الجرائم المرتبطة بها والتي بدورها تعتمد على المعرفة والدراية التقنية الرفيعة لاستخدام البيئة الالكترونية في أنشطة مدمرة، أو تسبيب الضرر للبيئة ذاتها وتعطيل فاعليتها كلياً أو جزئياً. وقد صدرت العديد من القوانين التي تحظر الكثير من الأفعال التي توصف بالجرائم الالكترونية، ومن ضمنها القانون السوداني الذي صدر في العام 2007. لكن العبرة تكون بإيجاد الآليات الفعالة للتنفيذ وذلك لا يتأتى إلا بالتدريب الكافي للمنتسبين لأجهزة الشرطة والنيابة والمحاكم التي تتعامل مع مثل هذا النوع من القضايا، ويكون من الأفضل إتباع منهج تخصصي في هذا الشأن بالذات في مراحل اكتشاف الجريمة والتحري لأنها مرحلة جمع الأدلة والمعلومات وبالتالي فهي تتطلب قدراً كبيراً من المعرفة بخبايا هذه التقنيات وهو ما يعتبر ضرورة لازمة لاستيعاب كيفية ارتكاب هذه الجرائم وفك طلاسمها.

على أن الأساس في موضوع التجارة الالكترونية هو توسيع نطاق الثقافة الالكترونية التي تتيح لقطاعات أكبر من السكان لاسيما في الدول النامية، الإلمام بأهمية وكيفية إجراء التعاملات الالكترونية. وهذا له ارتباط أيضاً بالموضوع الأهم ألا وهو توفير البنيات والمقومات اللازمة للمستخدمين في تلك الدول التي تعتبر فيها نسبة التعامل مع الوسائل التقنية والتجارة الالكترونية منخفضة بدرجة كبيرة.