بحث بعنوان

المفهوم القانونى لأحكام تكوين وصياغة العقد الإلكترونى

إعداد

دكتور/ محمد سُهيل إبراهيم الفقى

الملخص

إن التقدم العلمي في المجال الإلكتروني وما تبعه من تنمية معلوماتية واتجاه التجارة الدولية إلى التجارة الإلكترونية الدولية التي تقوم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها أثر في الكثير من جوانب المعاملات بين الأفراد ومنها التأثير البالغ على المراكز القانونية وأسس المسؤولية المدنية والجنائية، ونشأ نتيجة لذلك ما يعرف بالمعاملات الإلكترونية، ونتج عن ذلك أن ثارت الكثير من التساؤلات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية مثل صفتها وتكييفها والقانون الواجب التطبيق وما إلى ذلك من تساؤلات.

ونتيجة لهذه التطورات التكنولوجية وما صاحبها من تطور في الحاسب الألي والاتصالات ظهرت التجارة الالكترونية كإحدى روافد ثورة المعلومات، ووصلت شبكة الإنترنت إلى المنازل والمتاجر والشركات، حتى أصبحت العمود الفقري في الدول المتقدمة للمعاملات الاقتصادية والعلاقات المالية وعقد الصفقات وإبرام العقود الإلكترونية... ومن أهم ما يميز التجارة الإلكترونية عن التجارة التقليدية أو ما يجعل لها خصوصية عن التجارة بمفهومها التقليدي هو الوسيلة التي تمر بها أو عن طريقها، حيث تتم من خلال بيئة إلكترونية تستخدم فيها وسائل الاتصال الحديثة وعلى رأسها شبكة الإنترنت.

ويعتبر العقد أهم صور التصرف القانونى ، وهو التعبير القانونى لإجراء المعاملات سواء على المستوى الداخلى أو على المستوى الدولى لذلك يمكن القول أن العقد إما أن يكون داخلياً وإما أن يكون دولياً .ولم تهتم الهيئات والمنظمات الدولية بموضوع العقود الدولية إلا بمناسبة المعاملات التجارية . قد بذلت هذه الهيئات جهوداً كبيرة لتوحيد أحكام التجارة الدولية ، حتى برزت ملامح فرع جديد من فروع القانون هو " قانون التجارة الدولية " الذى يتضمن الإتفاقيات الدولية التى تم إنجازها فى مجال التجارة الدولية والعقود النموذجية والشروط العامة التى وضعت فى هذا المجال .

ولما كان العقد الإلكتروني من طائفة العقود التى تبرم عن بعد، فقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوربي الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧، والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، المقصود بالتعاقد عن بعد Remote Contract بأنه أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية Remote Communication، حتى إتمام التعاقد.

ومن المقرر أن العقد، بصفة عامة، يتمثل في تلاقى إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وأن العقد شريعة المتعاقدين ، ومن المستقر عليه أن العقد من حيث تكوينه إما أن يكون رضائياً أو شكلياً أو عينياً، وهو من حيث الأثر إما أن يكون ملزماً للجانبين أو ملزماً لجانب واحد، وإما أن يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع، وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً فورياً أو عقداً مستمراً، وإما أن يكون عقداً محدداً أو عقداً احتمالياً.

إن خصوصية العقد الإلكتروني تتمثل في أنه يتم من خلال شبكة اتصال إلكترونية مثل الإنترنت، وينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد، حيث أن التعاقد يكون بين أشخاص متباعدين مكانياً، من ثم يمكن أدراج هذا العقد في مصاف العقود بين غائبين، ولا شك أن بيان طبيعة التعاقد الإلكتروني محل الدراسة وهل هو تعاقد بين حاضرين أم غائبين يقتضي منا أن نتعرض لمجلس التعاقد الإلكتروني.

هذا ولم تعد الوسيلة التقليدية في إثبات وتوثيق العقود وهي التوقيع الخطي مناسبة للمعاملات والمبادلات الإلكترونية، والتي يتعذر معها توافر هذا التوقيع وذلك لإحلال الوسيط الإلكتروني محل الوسيط الورقي. ومن هنا ظهرت الحاجة الملحة إلى ضرورة إيجاد بديل إلكتروني يحل محل التوقيع الخطي اليدوي ويؤدي نفس وظائفه من حيث التوثيق والإثبات، فظهر التوقيع الإلكتروني كتقنية يستطيع بها الأطراف المتعاملون بنظام التبادل الإلكتروني للبيانات والرسائل الإلكترونية توثيق معاملاتهم.

الكلمات المفتاحية

العقد الإلكتروني الدولي

التوقيع الإلكتروني

حجية الوثيقة الإلكترونية في الإثبات

Summary

Scientific progress in the electronic field and the subsequent information development and the trend of international trade towards international electronic commerce, which is based on speed in concluding and implementing contracts, has affected many aspects of transactions between individuals, including a significant impact on legal centers and the foundations of civil and criminal liability, and emerged as a result of that. What is known as electronic transactions, and as a result many questions have arisen related to electronic transactions, such as their nature, adaptation, applicable law, and other questions.

As a result of these technological developments and the accompanying development in computers and communications, electronic commerce emerged as one of the tributaries of the information revolution, and the Internet reached homes, stores, and companies, until it became the backbone in developed countries for economic transactions, financial relations, making deals, and concluding electronic contracts... and one of the most important features that distinguishes commerce. Electronic commerce differs from traditional commerce, or what makes it special from commerce in its traditional sense is the means through which it passes, as it takes place through an electronic environment in which modern means of communication are used, most notably the Internet.

The contract is considered the most important form of legal conduct, and it is the legal expression for conducting transactions, whether at the internal or international level. Therefore, it can be said that the contract is either internal or international. International bodies and organizations have not been interested in the subject of international contracts except on the occasion of commercial transactions. These bodies have made great efforts to unify the provisions of international trade, until the features of a new branch of law have emerged, which is “international trade law,” which includes international agreements that have been concluded in the field of international trade, model contracts, and general conditions that have been established in this field.

Since the electronic contract is a category of contracts concluded at a distance, Article Two of the European Directive issued on May 20, 1997, relating to consumer protection in contracts concluded at a distance, defined what is meant by remote contract as any contract related to goods and services concluded between a supplier and a consumer. Through the regulatory framework for distance selling or the provision of services

organized by the supplier, which is carried out using one or more electronic means of remote communication, until the contract is completed

It is established that the contract, in general, consists of the convergence of two or more wills to produce a specific legal effect, and that the contract is the law of the contracting parties, and it is established that the contract, in terms of its formation, is either consensual, formal, or in kind, and in terms of its effect, it is either binding. For both sides or binding on one side, and it can either be a compensation contract or a donation contract, and by nature it is either an immediate contract or a continuing contract, or it is a specific contract or a contract. Probably.

The peculiarity of the electronic contract is that it is carried out through an electronic communication network such as the Internet, and it belongs to the category of contracts concluded remotely, as the contract is between people who are spatially distant. Therefore, this contract can be included in the ranks of contracts between absent persons. There is no doubt that the statement The nature of the electronic contract under study and whether it is a contract between those present or absent requires us to address the Electronic Contracting Council.

The traditional means of proving and documenting contracts, which is the written signature, is no longer suitable for electronic transactions and exchanges, in which this signature is not available, as the electronic medium has replaced the paper medium. Hence the urgent need to find an electronic alternative that replaces the manual written signature and performs the same functions in terms of documentation and proof. Thus, the electronic signature emerged as a technology by which parties dealing with the electronic data interchange system and electronic messages can authenticate their transactions.

Keywords

International Electronic Contract

Electronic Signature

Escarm Electronic Document in Proof

المقدمة

يشهد العالم وبشكل كبير تطوراً هائلاً ومتسارعاً في تكنولوجيا عالم الإتصالات حتى أصبحت وسائل الإتصال الحديثة وعلى رأسها الإنترنت وسيلة لا يمكن الإستغناء عنها فبعد أن كانت الإتصالات تعتمد على التليفون ثم الفاكس والتلكس ظهر الإنترنت وأصبح الوسيلة المثلي في الإتصال ونقل المعلومات وتقديمها ويرجع ذلك للتقدم العلمي الهائل في شبكات الإتصالات الرقمية، وبفضل هذه الشبكات أصبح العالم قرية صغيرة أو كما يطلق عليها البعض قرية إلكترونية ، وزالت الحدود الجغرافيه، كما أن الزمان قد تغير باتجاه الإختصار والإقتراب من بعضه البعض بدرجة كبيرة. ونتيجة لهذه التطورات التكنولوجية وما صاحبها من تطور في علوم الحاسوب والإتصالات ظهرت التجارة الإلكترونية كإحدى روافد ثورة المعلومات ووصلت شبكة الإنترنت إلى كل منزل ومتجر وشركة حتى غدت العمود الفقري في الدول المتقدمة للمعاملات الإقتصادية والعلاقات المالية وعقد الصفقات وإبرام العقود الإلكترونية وبصفة خاصة بعد إنطلاق شبكة الإنترنت بعد أن كانت قاصرة على وزارة الدفاع الأمريكية والأبحاث العلمية.

ونتعرض في هذا المطلب إلى العقد الإلكتروني باعتباره الوسيلة التي يتم بها تنفيذ المعاملات الإلكترونية والتى قد ينتج عنها منازعات يفضل طرفاها اللجوء للتحكيم لحسمها ، حيث يتصدى لها فى كثير من الأحيان التحكيم الإلكترونى ؛ حيث أنه من البديهى لعلاقة تجارية دولية نشات إلكترونياً أن يتم حل النزاعات المتعلقة بتلك العلاقة إلكترونياً أو أن صح التعبير عبر شبكات الإنترنت، لذا وجب علينا قبل الدخول فى أروقة التحكيم الإلكترونى الحديث عن العقد الإلكترونى الدولى . حيث أن أساس وجود التحكيم شمول هذا العقد على شرط تحكيم أو مشارطة التحكيم أو حتى التحكيم بالإحالة الوارد فى بنود العقد الرئيسي للعلاقة التعاقدية[1]

موضوع البحث:

وفي ظل الثورة الرقمية الحديثة، أصبح من الضروري التطرق إلى شكل جديد من العقود، وهو العقد الإلكتروني الدولي، الذي يتم عبر الوسائط الإلكترونية دون حاجة إلى التواجد المادي للأطراف. وقد خصص الجزء الثاني من هذا البحث لدراسة هذا النوع من العقود، حيث تم تعريف العقد

[1] قريب من هذا المعني الدكتور أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص٥٤.

الإلكتروني وبيان خصائصه، ومناقشة مدى إمكانية اعتبار بعض هذه العقود عقود إذعان بحكم طبيعة المنصات الرقمية المستخدمة في إبرامها.

كما تناول البحث عناصر الرضا الإلكتروني من خلال دراسة الإيجاب والقبول عبر الوسائط الإلكترونية، بالإضافة إلى تحديد مجلس العقد الإلكتروني، من حيث وقت ومكان انعقاده، في ظل غياب مجلس التعاقد التقليدي. وختامًا، تم التطرق إلى مسألة إثبات العقود الإلكترونية من خلال التوقيع الإلكتروني، وذلك ببيان ماهيته، حجيته القانونية، والوسائل المتاحة لتوثيقه وضمان موثوقيته.

ويسعى هذا البحث إلى تقديم رؤية تحليلية ومقارنة، توضح مدى استجابة التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية لهذه التحولات، ومدى كفايتها في توفير الحماية القانونية اللازمة للمتعاملين في نطاق التجارة الإلكترونية الدولية.

مشكلة البحث:

مع تزايد الانفتاح الاقتصادي العالمي وتطور وسائل الاتصال والتكنولوجيا، أصبحت العقود التجارية الدولية أكثر تعقيدًا وتنوعًا، خاصة في ظل التحول الرقمي الذي أفرز نمطًا جديدًا من التعاقدات وهو العقد الإلكتروني الدولي. ويُثير هذا التحول العديد من الإشكاليات القانونية التي تتطلب البحث والدراسة، من أبرزها: مدى انطباق القواعد التقليدية للعقود على العقود الإلكترونية، وكيفية تحديد مجلس العقد في البيئة الرقمية، ومدى توافر الرضا الحقيقي في الإيجاب والقبول الإلكتروني، فضلًا عن مشكلات الإثبات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني وحجيته القانونية.

وعليه، تتمثل مشكلة هذا البحث في محاولة الإجابة عن السؤال المحوري التالي:

إلى أي مدى تكفي القواعد القانونية التقليدية لتنظيم العقود الإلكترونية الدولية، وما مدى الحاجة إلى إطار قانوني خاص يراعي خصوصية هذا النوع من التعاقدات؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية، من بينها:

- ما الخصائص التي تميز العقد الإلكتروني الدولي عن غيره من العقود؟
- كيف يتم التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني؟ وما مدى تحقق الرضا القانوني؟
- ما الضوابط الزمنية والمكانية لانعقاد العقد الإلكتروني في ظل غياب مجلس التعاقد المادي؟
- ما مدى حجية التوقيع الإلكتروني، وما الوسائل القانونية المعتمدة لتوثيقه وحمايته؟

منهج البحث:

يعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن، وذلك لكون موضوعه يرتبط بجوانب قانونية متعددة تتطلب دراسة النصوص القانونية وتفسيرها، وتحليل الاتجاهات الفقهية والقضائية المختلفة، إلى جانب المقارنة بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالعقود التجارية الدولية والعقود الإلكترونية.

فمن خلال المنهج التحليلي، يتم تحليل عناصر العقد الإلكتروني، وبحث الإيجاب والقبول ومجلس العقد في بيئة رقمية. كما يُستخدم هذا المنهج في دراسة طبيعة التوقيع الإلكتروني وإثباته، وما يرتبط به من إشكاليات قانونية.

أما المنهج المقارن، فيُستخدم لمقارنة مواقف بعض النظم القانونية، مثل القانون الفرنسي، الإنجليزي، الأمريكي، وبعض التشريعات العربية، من موضوعات العقود الإلكترونية الدولية، خاصة في المسائل المتعلقة بالإثبات، الحجية، وتنظيم التعاقد عن بعد، مما يُتيح إبراز أوجه الاتفاق والاختلاف، وتقييم مدى نجاعة كل نظام في مواكبة التغيرات التكنولوجية.

كما يُستعان في هذا البحث أحيانًا بالمنهج الوصفي، خاصة عند استعراض الإطار النظري والمفاهيمي للعقود التجارية الدولية وصورها.

أهمية البحث

تنبع أهمية هذا البحث من كونه يتناول موضوعًا حيويًا يتقاطع فيه القانون بالتكنولوجيا والتجارة الدولية، وهو موضوع العقود الإلكترونية الدولية. ويزداد هذا الموضوع أهمية في ظل التطور الرقمي المتسارع، والاعتماد المتزايد على التعاقد الإلكتروني في العلاقات التجارية الدولية، خاصة في أعقاب التغيرات الاقتصادية العالمية الحديثة.

كما تكمن أهمية البحث في ندرة الدراسات العربية التي تُعالج موضوع مجلس العقد الإلكتروني وتُفصِّل في شروط الإيجاب والقبول الإلكتروني، إضافة إلى مسألة التوقيع الإلكتروني التي ما زالت محل جدل فقهي وقضائي في كثير من الدول.

وبالتالي، فإن هذا البحث يُسهم في إثراء المكتبة القانونية بمادة علمية تجمع بين التأصيل النظري والتحليل العملي، وتُساعد على فهم أعمق للإطار القانوني الناظم للعقود الإلكترونية الدولية، بما يُفيد الباحثين والمشرّعين والممارسين في هذا المجال.

أهداف البحث

يسعى هذا البحث إلى تحقيق مجموعة من الأهداف، من أبرزها:

- توضيح خصائص العقد الإلكتروني الدولي، وتمييزه عن العقود التقليدية.
- تحليل آليات التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، من خلال دراسة الإيجاب والقبول الإلكتروني.
- بيان الإشكاليات القانونية المتعلقة بمجلس العقد الإلكتروني، من حيث الزمان والمكان.
- دراسة مدى حجية التوقيع الإلكتروني، والضوابط القانونية لتوثيقه وإثباته.
- المقارنة بين عدد من التشريعات الدولية والوطنية في تنظيم العقود الإلكترونية الدولية.
- اقتراح توصيات قانونية لتعزيز حماية الأطراف في البيئة الرقمية، وتطوير المنظومة التشريعية بما يتلاءم مع متطلبات التجارة الإلكترونية.

خطة البحث :

المطلب التمهيدي : تعريف العقد الإلكتروني الدولي

الفرع الأول : المقصود بالعقد الإلكتروني

الفرع الثانى : خصائص العقد الإلكتروني

الفرع الثالث : مدي توافر الإذعان في العقد الإلكتروني

المبحث الأول : التراضي في العقد الإلكتروني

المطلب الأول : الإيجاب الإلكتروني

المطلب الثانى : القبول الإلكتروني

المبحث الثاني : مجلس التعاقد الإلكتروني

المطلب الأول : جلسة العقد الإلكتروني

المطلب الثانى : وقت ومكان إبرام العقد الإلكتروني

المبحث الثالث : إثبات التوقيع الإلكتروني

المطلب الأول : ماهية التوقيع الإلكتروني

المطلب الثانى : حجية التوقيع الإلكتروني

المطلب الثالث : توثيق التوقيع الإلكتروني

المطلب التمهيدي

تعريف العقد الإلكتروني الدولي

تمهيد وتقسيم:

من المقرر أن العقد، بصفة عامة، يتمثل في تلاقى إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وأن العقد شريعة المتعاقدين ، ومن المستقر عليه أن العقد من حيث تكوينه إما أن يكون رضائياً أو شكلياً أو عينياً، وهو من حيث الأثر إما أن يكون ملزماً للجانبين أو ملزماً لجانب واحد، وإما أن يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع، وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً فورياً أو عقداً مستمراً، وإما أن يكون عقداً محدداً أو عقداً احتمالياً.

وعليه سيتناول هذا الفرع الإغصان الأتية :

الفرع الأول : المقصود بالعقد الإلكتروني

الفرع الثانى : خصائص العقد الإلكتروني

الفرع الثالث : مدي توافر الإذعان في العقد الإلكتروني

الفرع الأول

المقصود بالعقد الإلكتروني

ولما كان العقد الإلكتروني من طائفة العقود التى تبرم عن بعد، فقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوربي الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧، والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، المقصود بالتعاقد عن بعد Remote Contract بأنه أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد،

والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية Remote Communication، حتى إتمام التعاقد "[٢].

المقصود بالعقد الإلكتروني في التشريعات الأجنبية:

أولًا: في القانون الأمريكي (U.S. Law)

- الأساس القانوني:

– قانون التوقيعات الإلكترونية في التجارة العالمية والوطنية (ESIGN Act) – سنة ٢٠٠٠

– قانون المعاملات الإلكترونية الموحد (UETA – Uniform Electronic Transactions Act)

- تعريف العقد الإلكتروني:

لا يعرّف القانون عقدًا إلكترونيًا بشكل مباشر، لكنه يقرّ أن: "أي عقد، توقيع أو سجل إلكتروني لا يمكن نفي صحته أو أثره القانوني لمجرد أنه تم إلكترونيًا."

- المبادئ الأساسية:

– العقود الإلكترونية صحيحة وملزمة قانونيًا مثل العقود الورقية.

– التوقيع الإلكتروني معترف به رسميًا، وله ذات القوة القانونية للتوقيع الخطي.

– الإيجاب والقبول يمكن التعبير عنهما إلكترونيًا (مثلاً: النقر على "أوافق").

ثانيًا: في القانون الأوروبي (EU Law - eIDAS Regulation)

- الأساس القانوني:

لائحة الاتحاد الأوروبي رقم ٢٠١٤/٩١٠ المعروفة باسم eIDAS Regulation

- التعريف القانوني:

ينظم eIDAS العقود الإلكترونية والتوقيعات، ويُقر بـ: "أي مستند إلكتروني يتم تبادله بين أطراف وله آثار تعاقدية يُعتبر عقدًا إلكترونيًا متى استوفى شروط الرضا."

- المبادئ الأساسية:

[٢] راجع مصلح أحمد الطراونة ونور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، دمشق المجلد الثاني، ع١، ٢٠٠٣.

تساوي العقود الإلكترونية بالعقود التقليدية من حيث الأثر القانوني. والتوقيعات الإلكترونية مصنفة إلى:

- توقيع إلكتروني عادي (Simple)
- توقيع إلكتروني متقدم (Advanced)
- توقيع إلكتروني مؤهل (Qualified) – وله الحجية الكاملة مثل التوقيع اليدوي.

ثالثًا: في القانون الفرنسي (Code Civil Français)

- الأساس القانوني:

التعديل على القانون المدني بموجب قانون رقم ٢٠٠٠-٢٣٠ بشأن العقود والتوقيعات الإلكترونية.

- التعريف القانوني:

المادة ١١٢٧-١ من القانون المدني الفرنسي تنص على: "يمكن إبرام العقد عن طريق الإنترنت، ويتم اعتباره منعقدًا عندما يُعبر المستهلك عن قبوله، سواء بالنقر أو بالتوقيع الإلكتروني."

- المبادئ الأساسية:
- العقد الإلكتروني يحظى بنفس حجية العقد التقليدي.
- التوقيع الإلكتروني المعتمد يُعادل التوقيع اليدوي في الإثبات.
- العقود التي تتطلب شكلاً خاصًا (كالزواج أو التبرع) لا يمكن إبرامها إلكترونيًا.

رابعًا: في القانون الإنجليزي (UK Law)

- الأساس القانوني:

قانون التوقيع الإلكتروني ٢٠٠٠ (Electronic Communications Act 2000)

توجيهات المحكمة العليا البريطانية Guidance 2019 حول التوقيع الإلكتروني

- المبدأ العام:

"لا يُشترط وجود مستند ورقي أو توقيع بخط اليد حتى يكون العقد ملزمًا، طالما أن الأطراف عبّرت عن نيتها القانونية بوضوح."

- المبادئ الأساسية:
- العقود الإلكترونية صحيحة ونافذة طالما توافرت نية التعاقد.

- الضغط على زر "أوافق" يمكن أن يُعتبر توقيعًا مقبولًا.
- المحاكم الإنجليزية تعتمد على مرونة القانون العام (Common Law) في تقييم العقود الإلكترونية.

ومن جانبى أرى أن العقد الإلكتروني هو "العقد الذي يتلاقي فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة الإتصالات الدولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية على طرفيه". فالعقد الإلكتروني إذن، هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للإتصالات والمعلومات بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها.

الفرع الثانى

خصائص العقد الإلكتروني

يتضح مما سبق أن العقد الإلكتروني يتميز بعدة سمات تميزه عن العقود التقليدية وتتمثل في:

١- يتم إبرام العقد الإلكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه فالسمة الأساسية للتعاقد الإلكتروني أنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل إتصال تكنولوجية، ولذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر الإنترنت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي افتراضي، ولذلك فهو عقد فوري معاصر، وقد يكون العقد الإلكتروني غير معاصر أي أن الإيجاب غير معاصر للقبول، وهذا التعاصر هو نتيجة صفة التفاعلية فيما بين أطراف العقد.

٢- يتم استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام التعاقد، وبعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة إتصالات إلكترونية، فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه وكونه يتم باستخدام وسائط إلكترونية وتلك الوسائط هي التي دفعت إلى إختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم إلكترونية.

٣- يتصف العقد الإلكتروني غالباً بالطابع التجاري والإستهلاكي، لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية، وقد جاءت تلك الصفة من السمة الغالبة لذلك العقد حيث أن عقود البيع الإلكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود، ويترتب على ذلك أن العقد الإلكتروني يتسم بطابع الإستهلاك لأنه غالباً ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك ومن ثم فإنه يعتبر، في الغالب، من قبيل عقود الإستهلاك.

٤- العقد الإلكتروني يتسم غالباً بالطابع دولي، ذلك لأن الطابع العالمي لشبكة الإنترنت وما يرتبه من جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على الخط On line يسهل العقد بين طرف في دولة والطرف الآخر في دولة أخرى، ويثير الطابع الدولي للعقد الإلكتروني العديد من المسائل، كمسألة بيان مدى أهلية المتعاقد للتعاقد وكيفية التحقق من شخصية المتعاقد الآخر ومعرفة حقيقة المركز المالي له، وتحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق على منازعات إبرام العقد الإلكتروني[٣].

٥- ومن حيث الوفاء : فقد حلت وسائل الدفع الإلكترونية Electronic Payment System، في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية، ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات. ونتيجة ظهور طرق الدفع الإلكترونية، ظهرت مجموعة من الخدمات البنكية الإلكترونية.

٦- أما من حيث الإثبات: فالدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي، ولا تعد الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات، إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي، أما العقد الإلكتروني فيتم إثباته عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، فالمستند الإلكتروني يتبلور فيه حقوق طرفي التعاقد، فهو المرجع للوقوف على ما أتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يضفي حجية على هذا المستند.

٧- أما عن تنفيذ العقد الإلكتروني: يتميز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي بأنه يمكن أن يبرم وينفذ عبر الإنترنت دون حاجة إلى الوجود المادي الخارجي، إذ يفضل شبكة الإنترنت أصبح هناك إمكانية تسليم بعض المنتجات إلكترونياً أي التسليم المعنوي للمنتجات، بكل برامج الحاسب التسجيلات الموسيقية، الكتب، إلى جانب بعض الخدمات مثل الاستشارات الطبية، حيث العميل يقوم بنسخ البرنامج Software من على شبكة الإنترنت عن طريق الإنزال Download.

---

[٣] راجع د نزيه محمد الصادق المهدي انعقاد العقد الإلكتروني، مؤتمر المعاملات الإلكترونية ، مركز الإمارات للدراسات والبحوث ١٩ ٢٠ مايو ٢٠٠١.

٨ – العقد الإلكتروني عقد مقترن بحق العدول right to repent، إذ أنه من المقررة وفقاً للقواعد العامة وبموجب القوة الملزمة للعقد، أن أيا من طرفي التعاقد لا يستطيع أن يرجع عنه، فمتى تم التقاء الإيجاب بالقبول أبرم العقد، ولكن نظراً لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية المعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، لأن التعاقد يتم عن بعد، فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول، وقد تقرر هذا الحق للمستهلك بنص المادة ٢٦/١٢١ من تقنين الإستهلاك الفرنسي[٤].

الفرع الثالث

مدي توافر الإذعان في العقد الإلكتروني

إذا كان العقد الإلكتروني لا يختلف في تركيبه أو مضمونه عن العقد التقليدي، إلا أن الأمر يدق بشأن طبيعة هذا العقد، حيث يثور التساؤل بشأنه، هل هو عقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف المتعاقدة، أم هو عقد إذعان لا يكون للمستهلك فيه حرية الإرادة التي تمكنه من التفاوض حول شروط العقد ولا يكون له إلا الاستجابة للشروط الموضوعة من الطرف الآخر، دون أن يملك مناقشتها أو التعديل فيها أو الإعتراض عليها، مما يقربه إلى عقد الإذعان مثل عقد النقل والغاز والكهرباء.

ووفقاً للقانون المدني فإن الإذعان يعتبر قبول، ويبدو ذلك عندما نص المشرع المصري في المادة (١٠٠) مدني على أن " القبول في عقود الإذعان يقتصر على التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها "، فإن التسليم بتلك الشروط التي يضعها الموجب هو في ذاته الإذعان، وهو يعادل في نظر المشرع المصري القبول، ويستنتج من هذا النص أن المشرع المصري يري أن معيار الإذعان هو انعدام المناقشة السابقة على التعاقد والتسليم بكل ما قرره المشترط[٥].

والواقع أن هناك مفهوم تقليدي وآخر حديث لعقد الإذعان، ووفق المفهوم التقليدي تتميز عقود الإذعان، وعلى ما استقرت عليه محكمة النقض باجتماع عناصر ثلاثة: أولها تعلق العقد يسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، والثاني احتكار هذه السلع أو

---

[٤] راجع بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، ٢٠١٢،ص ١٣٩.

[٥] راجع د . فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،٢٠٠٢،ص٨٥.

المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها، والثالث صدور الإيجاب إلى الجمهور بشروط متماثلة ولمدة غير محدودة.

بيد أن الرأي السائد في الفقه، وهو المفهوم الحديث، يميل إلى عدم التشدد في تحديد فكرة عقود الإذعان ولا يشترط تعلق العقد بالسلع أو الخدمات الضرورية، أو أن تكون هذه السلع والخدمات محل احتكار فعلي أو قانوني، بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقاً بواسطة أحد المتعاقدين (الموجب) بحيث لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة به، أو أن يوجد أحد طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر، من حيث المقدرة الإقتصادية أو الخبرة المهنية[٦].

وطبقاً للمفهوم الموسع للإذعان ذهب البعض إلى اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك، باعتباره الطرف الضعيف دائماً وأنه بحاجة إلى الحماية وذلك برفع مظاهر الإذعان التي قد يكون تعرض لها والمتمثلة في الشروط التصفية abusive clauses التي قد يتضمنها العقد، ويستند هذا الرأي إلى نص المادة (L١-١٣٢) من قانون الإستهلاك الفرنسي والتي اعتبرت من قبيل التعسف الشروط التي تنشئ من حيث موضوعها أو الآثار المترتبة عليها إختلالاً عقدياً مبناه عدم توازن الحقوق والإلتزامات ضد مصلحة المستهلك وبما يحقق مصلحة المهني.

وينضم الرأي السابق إلى رأي بعض الفقهاء في القانون الإنجليزي إذ يروا أن العقد الإلكتروني هو بمثابة عقد إذعان، لأن الموجب إليه لا يملك إلا أن يضغط على عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع الموجب على شبكة الإنترنت على المواصفات التي يرغب فيها من السلعة وعلى الثمن المحدد سلفاً الذي لا يملك مناقشته أو تعديله أو المفاوضة علية مع المتعاقد الآخر، وكل ما يتاح له هو إما قبول العقد برمته أو رفضه كلية.

بينما يذهب إتجاه ثان إلى أن العقد الإلكتروني عقد رضائي، فعملية المساومة مازالت تسود العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها وأن الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفاً بل له كمستهلك مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الإنترنت ويستطيع الإنتقال من موقع إلى آخر واختيار ما يشاء وترك ما يشاء، أي أن الرضائية هي التي نسود العقود الإلكترونية.

---

[٦] قريب من هذا المعني د. عادل أبو هشيمة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤،ص٢٧.

ولكن من جانبي أرى أنه لبيان طبيعة العقد الإلكتروني، عما إذا كان عقد رضائي أم إذعان، يجب الرجوع إلى الوسيلة المستخدمة في إبرام التعاقد الإلكتروني:

– فإذا تم التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني، أو من خلال برامج المحادثة، أو باستخدام الوسائل السمعية المرئية، فإن العقد الإلكتروني يكون عقد رضائي، حيث يتبادل الطرفين الآراء ووجهات النظر عبر الرسائل الإلكترونية، ويستطيع الموجه إليه الإيجاب التفاوض بحرية حول شروط التعاقد والمفاضلة بين العروض المطروحة عليه حتى يحصل على أفضل الشروط التي تناسبه، ولذلك فالعقود التي تبرم عن طريق هذه الوسائل تعد من قبيل عقود المساومة.

– أما إذا تم التعاقد عبر مواقع الويب والتي تستخدم غالباً عقوداً نموذجية تكون شروطها معدة سلفا من قبل الموجب ولا يترك معها للموجب له وهو المستهلك في الغالب مجالاً للمساومة والمناقشة في هذه الشروط، وبالتالي لا يكون المتعاقدون على قدم المساواة لعدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية، فإن العقد الإلكتروني يكون عقد إذعان.

ولا ينال من ذلك ما ذهب إليه البعض بأنه من السهل على المتعاملين إلكترونياً الترجيح والمفاضلة فيما بين العروض المطروحة على الإنترنت من سلع وخدمات قبل الأقدام على التعامل، والانتقال من موقع ويب إلى آخر بحرية، إذ يكفي وجود عقد نموذجي سابق الإعداد لإسباغ الحماية المقررة بموجب القانون في مواجهة عقود الإذعان. ومن ثم فإن العقد الإلكتروني قد يكون مساومة أو إذعان حسب الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في التعاقد.

وطبقاً للمفهوم الواسع لعقد الإذعان فإن الطرف المذعن وهو المستهلك في عقد البيع الإلكتروني مثلاً – باعتباره أكثر العقود استخداماً في المعاملات الإلكترونية – يستطيع، إذا تم التعاقد باستخدام عقود نموذجية معدة شروطها سلفاً، أن يتمسك في مواجهة البائع أو المورد بنص المادة ٢/١٥١ مدني التي تقضي بتفسير العبارات الغامضة في عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن دائناً أو مديناً.

المبحث الأول

التراضي في العقد الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين عن إرادتي طرفي العقد، ويلزم التوافر الرضاء بالعقد، حتى ولو كان إلكترونياً، أن توجد الإرادة في كل من طرفيه وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المقصود منه. وعليه سنتناول هذا الفرع من خلال : المطلب الأول الإيجاب الإلكتروني ، المطلب الثاني القبول الإلكتروني وذلك تباعاً علي النحو التالي.

المطلب الأول

الإيجاب الإلكتروني

يعتبر الإيجاب هو الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود بصفة عامة ومنها العقد الإلكتروني فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، ولكي يتم إبرام عقد معين يلزم بالضرورة أن يبدأ أحد الأشخاص بعرضه على آخر بعد أن يكون قد استقر نهائياً عليه[٧].

(١) تعريف الإيجاب الإلكتروني:

يعرف الإيجاب بأنه " تعبير نهائي، جازم، قاطع الدلالة، على اتجاه إرادة من صدر منه إلى قبول التعاقد وفقاً لشروط معينة". وبديهي أن هذا التعبير لا يصلح في ذاته ليتلاقى معه قبول إلا إذا تضمن العناصر الأساسية للعقد، ولا ينال من ذلك أن يكون الإيجاب معلقاً أو مقترناً بتحفظات، مثل نفاذ الكمية أو عدم تغير الأسعار، ولم تشترط غالبية التشريعات والاتفاقات الدولية أي شكل معين للإيجاب.

أما الإيجاب الإلكتروني فقد عرفه التوجيه الأوربي في شان حماية واستهلك بأنه كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه من الإيجاب فله أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان.

---

[٧] في ذات السياق راجع د. هيه ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة زين الحقوقية ، لبنان، ٢٠١١،ص ١٤٣.

وجدير بالذكر أن الملحق المرفق بالتوجيه الأوربي رقم ٩٧/٧، وكذا التقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية الفرنسي بشأن المرسوم رقم ٢٠٠١/٧٤١ قد ذكرا على سبيل المثال لا الحصر وسائل الإتصال عن بعد ومنها، " المطبوعات غير المعنونة. المطبوعات المعنونة، الخطابات النموذجية، المطبوعات الصحفية مع طلب الشراء، الكتالوجات، التليفون مع إظهار الصورة، التليفزيون،الإنترنت".

والإيجاب الإلكتروني قد يكون إيجاباً خاصاً موجه إلى أشخاص محددين، وهو يتم في الغالب في عروض التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو برنامج المحادثة وقد يكون إيجاباً عاماً موجهاً إلى أشخاص غير محددين، وهو ما يحدث حالة التعاقد عبر المواقع التجارية المنتشرة على شبكة الإنترنت.

(ب) سريان الإيجاب الإلكتروني:

ولا يكون للإيجاب الإلكتروني فاعلية بمجرد صدوره من الموجب، وإنما يبدأ سريانه بعرضه على الموقع عبر شبكة الإنترنت على الجمهور أو إرساله بالبريد الإلكتروني، أو غير ذلك من طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة، ويترتب على ذلك نشوء حق لمن وجه إليه الإيجاب الإلكتروني في قبوله، ولكن هذا الحق لا ينشأ إلا منذ وقت علم الموجب له بالإيجاب فلا يترتب على مجرد صدور الإيجاب من الموجب أي إلزام طالما لم يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه.

(ج) خصائص الإيجاب الإلكتروني:

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم من خلال شبكة عالمية للمعلومات والإتصالات:

١ – الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد: نظراً لأن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد ومن ثم فإن الإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة.

ولما كان الإيجاب الإلكتروني إيجاباً عن بعد، فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والتي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها تجاه المستهلك الإلكتروني والتي منها، تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه والمركز الرئيسي له، وعنوان البريد الإلكتروني والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة، وأوصافها، وأثمانها، ووسائل الدفع أو السداد، وطريقة التسليم، وخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد، وإعادة إخطار المستهلك، ومدة الضمان، وهي الالتزامات التي أشار إليها التوجيه الأوربي

رقم ٩٧/٧ في شأن حماية المستهلك في العقود عن بعد، والمرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠١/٧٤١ الصادر في ٢٣ أغسطس ٢٠٠١.

٢- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني: يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني هو مقدم خدمة الإنترنت Internet Service Provider (ISP) فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الإنترنت. وجدير بالذكر أن هناك آخرين يشاركون في تقديم تلك الخدمة، إذ أن هناك أشخاصاً عديدين يتدخلون في الإتصال ويساهم كل منهم بدور في إتمامه ومنهم عامل الإتصالات ومورد المعلومة ومورد المنافذ ومورد المعلومات[٨].

٣- الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجاباً دولياً: يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للإتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعاً لذلك إيجاباً دولياً نظراً لما تتسم به شبكة الإنترنت من الإنفتاح والعالمية.

<u>- العرض الإلكتروني الموجه إلى الجمهور عبر شبكات الإتصال:</u>

ويثور التساؤل حين يبدأ شخص ما في الإبحار والتجول بين صفحات الويب التي تعرض المنتجات والخدمات، عما إذا كانت تلك الصفحات تحتوي على إيجاب بالمعني القانوني أم لا، أو بمعنى آخر هل يمكن اعتبار العرض الموجه إلى الجمهور عبر شبكة الإنترنت إيجاباً ؟

تعتبر بعض الأنظمة القانونية الوضعية ذلك مجرد إعلان Advertising ولا يحتوي على إيجاب، كالقانون الكويتي، والبعض الآخر يعتبره دعوة أو تمهيداً للتفاوض Invitation to treat من أجل التعاقد مثل القانون الإنجليزي، أو إيجاباً Offer ورغبة في التعاقد كالقانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي، أما القانون الألماني BGB فقد ذهب إلى أنه فيما يتعلق بالعرض الموجه إلى أكثر من شخص، فإن للمحكمة أن تفصل في كل حالة على حده دون الالتزام بقواعد معينة.

وقد سلكت اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠م نفس الإتجاه حيث بينت في المادة ٢/١٤ أنه يستلزم في الإيجاب أن يكون موجهاً إلى شخص أو مجموعة أشخاص، واعتبرت أن العرض الذي يخلو من تحديد الشخص أو الأشخاص الموجه إليهم بمثابة دعوة إلى الإيجاب أي دعوة للتفاوض، ما لم يتضح أن إرادة الأطراف إتجهت إلى خلاف ذلك، فإن هذا يعد تعبيراً قاطعاً عن إرادة

[٨] راجع أستاذنا الدكتور أبو العلا انمر ، مفاوضات عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص١٤٧.

صاحبه للتعاقد مع كل من يقبل العرض ويتقدم إليه الإبرام العقد، أي أن الإعلان يعتبر إيجاباً إذا تضمن ما يفيد إلتزام الشخص بإبرام العقد في حالة صدور قبول مطابق[٩].

وعلى ذلك فإنه لكي يعتبر العرض الموجه إلى الجمهور إيجاباً يجب أن يكون محدداً للسلعة تحديداً نافياً للجهالة وأن يحدد الثمن والعناصر الأساسية للتعاقد وإلا فإن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد دعوة للتعاقد، أي أنه يجب أن يعبر الإيجاب عن إرادة باتة ونهائية في التعاقد، بمعنى أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد في الحال إذا ما صادفه قبول مطابق، ويجب كذلك أن يكون الإيجاب خالياً من أي لبس أو غموض، وأن يكون محدداً بشكل كاف، وإذا أخذنا كمثال لذلك عقد البيع الإلكتروني باعتباره أكثر العقود استخداماً عبر شبكة الإنترنت، فإنه يشترط لكي يرقي العرض إلى مرتبة الإيجاب أن يتم إعلان المستهلك بالشروط الجوهرية للتعاقد وطبيعة المنتج أو الخدمة وتحديد الثمن وكيفية السداد وميعاد ومكان التسليم[١٠].

ومن جاني أري أن العرض الموجه إلى الجمهور أى كان صورته لا يعد إيجاباً وإنما دعوة للتفاوض هو ما يتفق مع طبيعة ومستلزمات عقود التجارة الإلكترونية،

فقد يتسلم المنتج أو العارض مئات بل آلاف الرسائل الإلكترونية بالموافقة على طلب الشراء دون أن يكون لديه كل الكمية المطلوبة، أو تكون لديه ولكن بأسعار أزيد مما كانت عليه وقت الإعلان نتيجة لازدياد الطلب على السلعة أو الإرتفاع فى الأسعار، ولذلك فإن اعتبار الإعلان الإلكتروني الموجه للعامة عبر شبكة الإنترنت مجرد دعوة إلى التعاقد من شأنه أن يمكن العارض من رفض الطلبات الزائدة عن إمكانياته، لعدم توافر كميات كبيرة من المنتج أو الخدمة، أو بسبب تذبذب الأسعار صعوداً أو هبوطاً، كما أنه من الخطورة بمكان إعتبار العرض الموجه للجمهور إيجاباً، إذ أن ذلك يعرضه لخسارة كبيرة سواء من ناحية إلتزامه بالتعويض أو لتقديمه بضاعة بأسعار غير مناسبة.

وبناء على ذلك فإن عرض السلع والخدمات للجمهور عبر شبكة الإنترنت دون بيان أثمانها والشروط الجوهرية للتعاقد لا يتضمن إيجاباً، وإنما لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد، وذلك لعدم تحديد ثمن السلعة أو الخدمة المعروضة وطريقة إستلامها والشروط الجوهرية للتعاقد.

المطلب الثانى

[٩] راجع د.حنان عبد العزيز مخلوف ، التجارة الدولية، بدون دار نشر،٢٠١٠، ص٥٥ ومابعدها.

[١٠]راجع د.حنان عبد العزيز مخلوف، مرجع سابق، ص٨٥ وما بعدها.

القبول الإلكتروني

القبول هو الإرادة الثانية في العقد الصادرة ممن وجه إليه الإيجاب، ويجب أن يتضمن النية القاطعة في التعاقد أي يصدر منجزاً بلا قيد أو شرط. والقبول الإلكتروني لا يخرج عن مضمون هذا التعريف سوي أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت، فهو قبول عن بعد، ولذلك فهو يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي، وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية.

(١) سمات القبول الإلكتروني:

يعرف القبول بأنه "تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقي الإيجاب يطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقته على الإيجاب. فهو الإجابة بالموافقة على عرض الموجب، وبإضافته إلى الإيجاب يتكون العقد. وهناك شروط عامة يجب توافرها في القبول، فالقبول يخضع للشروط العامة المطلوبة في كل تعبير عن إرادة، فيجب أن يكون باتاً ومحدداً ومنصرفاً لإنتاج آثار قانونية وذو مظهر خارجي، وأن يصدر القبول في وقت يكون فيه الإيجاب قائماً وأن يطابق القبول. فإذا كان القبول مطابقاً للإيجاب ولا يتضمن أي تحفظات أبرم العقد، فالقبول إذن يجب أن يطابق الإيجاب مطابقة تامة ولا يجوز أن يزيد فيه أو ينقص عنه وإلا إعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً عملاً بنص المادة (٩٦) مدني مصري.

(أ) طرق التعبير عن القبول الإلكتروني:

يتم التعبير عن القبول الإلكتروني بعدة طرق منها الكتابة بما يفيد الموافقة أو باستخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ من خلال غرف المحادثة والبرامج المستخدمة فيها كثيره مثل ZOOM / MICROSOFT TEAM أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الإنترنت Download وتحميلها على جهاز الحاسوب الخاص بالقابل.

ومن طرق القبول الإلكتروني أيضاً النقر مرة واحدة بالموافقة simple-clic على العلامة الخاصة بذلك – الأيقونة – Icon، حيث تجد عبارة " أنا موافق " وتستخدم مواقع الويب التي تتعامل باللغة الفرنسية، في الغالب عبارات تدل على الموافقة مثل عبارة "L'offre J'accepte " أو "d'accord"، أما مواقع الويب باللغة الإنجليزية فتستخدم عبارة " I agree " أو OK.[١١]

[١١] راجع د هيه ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سبق ذكره ، ص١٨٣.

(ب) الحق القانوني في العدول عن القبول الإلكتروني:

تقرر هذا الحق للمستهلك بنص المادة ٢٦/١٢١ من تقنين الإستهلاك الفرنسي التي نصت على أنه " يحق للمشترى في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتج خلال مدة سبعة أيام كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه سواء لإستبداله أو لإسترداد ثمنه دون مسئولية أو نفقات فيما عدا تكاليف الرد ".

كما تقرر هذا الحق أيضاً بمقتضى المادة الأولي من القانون الفرنسي رقم ٢١/٨٨ الصادر في ٦ يناير ١٩٨٨ التي نصت على أنه " في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن للمشترى الحق في إعادة النظر في المبيع برده La Faculté Légale de retour سواء لإستبداله أو لإسترداد ثمنه.

كما قرر توجيه المجلس الأوربي رقم ٩٧/٧ الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧ هذا الحق أيضاً حين نقل في المادة (١/٦) على أن "كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام تبدأ من تاريخ اللأستلام بالنسبة للمنتجات والسلع، أما بالنسبة للخدمات فإن مهلة السبعة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي، وتصل هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسية للعقد.

ويكون الحق في العدول عن القبول أو الحق في الرجوع عن طريق استبدال المبيع بآخر أو برد المبيع وإسترداد الثمن، وممارسة المستهلك لحقه في الرد في هذه الحالة يمس جوهر التعاقد بما يعتبر إعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقود وفقاً لمضمون نص المادة (١٤٧) مدني مصري.

وممارسة المستهلك لحقه في العدول قد لا يجدي نفعاً، من الناحية العملية، في بعض الحالات مثل عقود برامج الحاسب، وذلك إذا تم إرسالها بالبريد العادي وقام العميل بفض الأختام ونزع الغلاف أو تم إرسالها إلكترونياً إلى ذاكرة الحاسب الآلي الخاص بالمستخدم[١٢].

أما القانون الأمريكي فإن فترة السماح فيه أطول من القانون الفرنسي، فهي ثلاثون يوماً يحق للمستهلك خلالها أخذ مهلة للتروي والتفكير في إتمام العقد أو إرجاع البضاعة، وتبدأ هذه المدة من تاريخ استلام السلعة أو الخدمة، ولكن هذا القانون مطبق في بعض الولايات دون غيرها، ولا شك أن هذا الحق المخول للمستهلك في الرجوع عن القبول إنما هو تكريس لمبدأ الرد.

---

[١٢] د.أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاقي، بحث مقدم المؤتمر القانون والكومبيوتر والإنترنت كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربيةالمتحدة، مايو ٢٠٠٠.

أما القانون المصري لحماية المستهلك رقم ٦٧ لسنه ٢٠٠٦ فقد تبني حل وسط بين القانون الأمريكي والفرنسي " وحسناً فعل المشرع المصري فيما يخص الفترة الزمنية " حيث نص في المادة (٨) من المشروع على أنه يحق للمستهلك العدول خلال فترة أربعة عشر يوماً التالية على تاريخ التعاقد على أية سلعة، لعيب في الصناعة أو خطأ في المناولة والتخزين أو لعدم المطابقة للمواصفات، ومع ذلك فقد خلا المشروع من بيان نوع العقوبة الموقعة على المورد في حالة رفضه استبدال البضاعة أو إعادتها وإسترداد قيمتها.

(٢) عدم تطابق صيغ الإيجاب والقبول الإلكتروني:

لا يبرم التعاقد الإلكتروني فقط عبر صفحات الويب، بل يتم أيضاً عن طريق البريد الإلكتروني، وفي هذه الحالة الأخيرة قد تثور مشكلة عدم تطابق الإيجاب والقبول، أو بمعني أخر اختلاف صيغ التعاقد الإلكتروني Battle of the Forms، حيث يقوم التاجر مثلاً بإرسال رسالة عبر البريد الإلكتروني تتضمن إيجاباً، ويشير في هذه الرسالة إلى أنه ملحق بها مرفقات attachment، وهذه المرفقات عبارة عن صيغة معدة سلفاً لشروط وبنود التعاقد، فيقوم الطرف الموجب إليه بقبول هذا العرض ويرسل رسالة إلكترونية بالموافقة على الإيجاب ولكن وفق شروطه هو الملحقة برسالته والمعدة سلفاً أيضاً. والتي قد يكون بها شروط وبنود ومصطلحات تختلف عن شروط الصيغة المرسلة من الموجب.

وتظهر هذه المشكلة أيضاً بوضوح في حالة التعاقد بواسطة العقود النموذجية المعدة سلفاً الموضوعة على مواقع الويب، وبصفة خاصة بين منشأة تجارية وأخري، حيث يتعذر إدخال تعديل على العرض المقدم من كل متعاقد، فنجد أن كل منشأة تقرر القبول وفق الشروط المبينة في ملحق الرسالة الإلكترونية، كأن تشترط إحدى المنشآت الإحالة بشأن بنود العقد إلى أحد العقود النمطية الدولية، مثال ذلك أن يشترط الطرف الأول في حالة تصدير معدات وماكينات، الإحالة بشأن بنود العقد إلى العقد النموذجي لتصدير المصانع والآلات الصادر عن اللجنة الاقتصادية الأوربية عام ١٩٥٧، فيقبل الطرف الآخر، ولكن يشترط الإحالة إلى العقد النموذجي الصادر عن مجلس المساعدات الاقتصادية المتبادلة لدول أوربا الشرقية (الكوميكون) عام ١٩٦٨، أو أن يشترط الطرف الأول الإحالة في تفسير العقد إلى القواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس عام ١٩٥٣ الأنكوتيرمز INCOTERMS، بينما يشترط الطرف الآخر الإحالة

في التفسير إلى مبادئ العقود الدولية الصادرة عن معهد توحيد القانون الخاص بروما عام ١٩٩٤ اليوندروا UNIDROIT.

وفي هذه الحالة يثور التساؤل هل يكون العقد الإلكتروني قد أبرم بين الطرفين أم أن القبول الذي يحتوي على شروط مغايرة لشروط الإيجاب يعتبر إيجاباً مضاداً – Counter offer ؟ وسبب هذه المشكلة أنه، غالباً، لا يهتم الطرفان بملحقات الرسالة الإلكترونية ومن ثم لا يقوم القابل أو الموجب بقراءة ما تتضمنه من شروط وبنود للتعاقد(١٣).

ولحل له المشكلة يقوم الموجب، التاجر غالباً، ببيان أن على القابل – المستهلك في الغالب – أن يوافق على شروط التعاقد وفق الصيغة المعدة سلفاً والملحقة بالرسالة الإلكترونية المتضمنة الإيجاب أو رفضها بحالتها take it or leave it basis.

ومن جانبي أرى أن العبرة في تحديد إبرام العقد الإلكتروني من عدمه هو بالنظر إلى ما يحتويه ملحق الرسالة من شروط وبنود، فإذا كانت الشروط ثانوية كشرط مكان التسليم أو طريقة السداد، أبرم العقد، ما لم يتضح أن المتعاقدين قد اشترطا بأن العقد لا ينعقد إلا بالإتفاق على المسائل الثانوية، كاشتراط الدفع عبر بطاقات الإئتمان أو بواسطة النقود الإلكترونية، فعندها ترتفع المسائل الثانوية إلى مرتبة المسائل الجوهرية من حيث اعتبارها أساساً لإبرام العقد.

المبحث الثاني

مجلس التعاقد الإلكتروني

(١٣)قريب من هذا المعني د. عدنان إبراهيم سرحان، أسماء النطاق على الشبكة العالمية للمعلوماتية، المفهوم والنظام،القانوني دراسة مقارنة مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد٢٥، ٢٠٠٦.

تقسيم:

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول : جلسة العقد الإلكتروني

المطلب الثانى : وقت ومكان إبرام العقد الإلكتروني

المطلب الأول

جلسة العقد الإلكتروني

إن خصوصية العقد الإلكتروني تتمثل في أنه يتم من خلال شبكة اتصال إلكترونية مثل الإنترنت، وينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد، حيث أن التعاقد يكون بين أشخاص متباعدين مكانياً، من ثم يمكن أدراج هذا العقد في مصاف العقود بين غائبين، ولا شك أن بيان طبيعة التعاقد الإلكتروني محل البحث وهل هو تعاقد بين حاضرين أم غائبين يقتضي منا أن نتعرض لمجلس التعاقد الإلكتروني.

(١) ماهية مجلس العقد:

يري العلامة السنهوري أن نظرية مجلس العقد لم تعالج علاجاً خاصاً في الفقه الفرنسي، أما الفقه الإسلامي فقد صاغ لها نظرية بلغت من الإتقان مدي كبيراً، فلا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فوراً، بل له أن يتدبر بعض الوقت، ولكن من جهة أخري لا يسمح له أن يمعن في تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقاً مدة طويلة دون الرد على أيجابه فوجب إذن التوسط بين الأمرين، ومن هنا نبتت نظرية مجلس العقد[١٤].

إن بيان عما إذا كان التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين يكون من خلال بيان مفهوم مجلس العقد. ومجلس العقد فكرة إسلامية من صنع الفقه الإسلامي أخذ بها المشرع المصري حين نص في المادة (٩٤) من القانون المدني على أنه " ١- إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً. وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل".

[١٤] راجع د إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ، ٢٠٠٦، ص٢٠٤.

ويتنوع مجلس العقد إلى نوعين: حقيقي وحكمي، والنوع الأول يقصد به مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب قبولا أو رفضاً، وإما بانفضاضه دون رد". أما مجلس العقد الحكمي – أو الافتراضي – فهو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، كما هو الحال في العقد الإلكتروني.

وإذا كان الذي يفرق بين نوعي مجلسي العقد الحقيقي والحكمي هما عنصرا الزمان والمكان، إلا أن عنصر الزمن يبقي هو المعيار الأساسي في التفرقة بينهما، ولذلك يذهب غالبية الفقه إلى أن معيار التمييز في التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين هو في وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به فمعيار التزامن هو ضابط التمييز بين حالتي التعاقد، ففي التعاقد بين حاضرين يختفي هذا الفاصل الزمني ويعلم الموجب بالقبول فور صدوره.

ويقوم مجلس العقد على ركنين هما: الركن المادي وهو المكان، والركن المعنوي هو الزمان، أي الفترة الزمنية بين صدور القبول والإيجاب. وبتطبيق ذلك على العقد الإلكتروني نجد أنه مكان افتراضي لأنه يتم في فضاء إلكتروني cyber space، ولذلك سارعت لجنة الأونسترال بوضع مشروع قانون العقد الإلكتروني قامت فيه بتحديد مكان إبرام العقد. أما بالنسبة للزمان فقد تطول الفترة أو تقصر حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد الإلكتروني، وعما إذا كان يتم عبر البريد الإلكتروني أو من خلال مواقع الويب أو عن طريق المحادثة أو غيرها. أما شرط تكوين مجلس العقد الإلكتروني فهما شرطان أولهما حضور المتعاقدين في مجلس العقد حضوراً افتراضياً، وثانيهما بدء الانشغال بالصيغة.

وبالنسبة لخيار المجلس، فتكون صورته بالنسبة لعقد البيع الإلكتروني مثلاً، أن لكل واحد من المتعاقدين الحق في الرجوع طالما كان متواصلاً مع جهاز الحاسوب وعبر شبكة الإنترنت، فإن قام عن الجهاز أو أغلقه طواعية واختياراً، أو انتقل إلى معاملات أخرى أو مواقع أخرى عبر صفحات الويب سقط الخيار، لأنه في الحالة الأولي قد افترق الطرفان، وفي الحالة الثانية فقد انصرفا عن موضوع التعاقد إلى غيره. وخيار الموجب في الرجوع عن إيجابه وخيار من وجه إليه الإيجاب في القبول أو الرفض وإن كانا لا يمثلان رجوعاً في التعاقد بالمعني الدقيق، نظراً لأن التعاقد معهما لا يكون قد تم بعد، إلا أن كليهما يعد عدولاً عن فكرة التعاقد وعن الاستمرار فيه[١٥].

[١٥] راجع نادية تيان التحكيم كالية لتسوية نزاعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، الجزائر،٢٠٠٦،ص ١٠١.

(ب) تحديد الفترة الزمنية لمجلس التعاقد الإلكتروني:

يتم تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني على حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد وذلك على النحو التالي:

١- ففي التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين أي يكون الاتصال بينهما لحظياً، فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب والبدء في التفاوض ويستمر حتى خروج أحد الطرفين أو كليهما من الموقع.

أما إذا كان التعاقد غير مباشر أي غير لحظي، فإن مجلس العقد يبتدئ من لحظة اطلاع القابل على المعروض عليه، سواء كان منتج أو خدمة، ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت، وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف، وإن كنا نري أنه نظراً لحداثة التعاقد الإلكتروني لا توجد حتى الآن أعراف تجارية يمكن الرجوع إليها في هذا الشأن.

٢- وفي التعاقد عبر الموقع الإلكتروني Web، سواء كان التعاقد عن طريق الضغط على زر الموافقة الموجود OK-box، أو عن طريق التنزيل عن بعد Download، فإن مجلس العقد يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر حتى خروج القابل من الموقع.

٣- أما في حالة التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة فإن مجلس العقد يبتدئ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى الانتهاء من المحادثة.

(ج) الاتجاهات الفقهية في تحديد طبيعة مجلس التعاقد الإلكتروني:

قد يبدو للوهلة الأولى أن التعاقد الإلكتروني عبر شبكات الاتصال هو تعاقد بين غائبين نظراً لعدم تواجد العاقدين في مكان واحد، ولكن الواقع أن عدم وجود طرفي العقد في نفس المكان لا يعنى بالضرورة أن التعاقد يكون بين غائبين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد، فمثلا في التعاقد عبر الهاتف فإنه يتم بين طرفين منفصلين من حيث المكان، ومع ذلك فإنه يعتبر تعاقداً بين حاضرين فيما يتعلق بزمان التعاقد ما دام التعبير عن الإرادة إيجاباً كان أو قبولاً يصل إلى علم الموجه إليه فور صدوره كما لو كان العاقدان في مجلس واحد، وعندئذ تطبق قواعد التعاقد ما بين الحاضرين [١٦].

[١٦] د فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨ ، ص٨٨.

تعددت الاتجاهات الفقهية بصدد بيان عما إذا كان التعاقد عبر شبكات الاتصال كالإنترنت بين حاضرين أم بين غائبين ونعرض لأهم هذه الاتجاهات على النحو التالي[١٧]:

١- يري البعض أن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً شأنه في ذلك شأن التعاقد بطريق المراسلة أو التعاقد بطريق الهاتف أو الفاكس، ولا يختلف عنهم إلا في الوسيلة التي يتم بها حيث أصبحت وسيلة التعاقد إلكترونية.

٢- وهناك اتجاه مضاد يري في التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين حيث يكون العاقدان على اتصال مباشر فيما بينهما، فعلى الرغم من أن المتعاقدين غائبان فإنه لا يفصل ما بين صدور القبول والعلم به زمن في التعاقد، ويكون مجلس العقد حكمياً لا حقيقياً، فتتطبق بالنسبة لهم قواعد التعاقد ما بين الحاضرين.

٣- وهناك اتجاه ثالث في الفقه يرى أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على أساس أن الأمر يتم بوسيلة سمعية بصرية عبر شبكة الإنترنت Audiovisual، كما هو الحال في استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة، مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي افتراضي. ومن ثم يعتبر العقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين في الزمان، ولكون طرفي العقد الإلكتروني يتواجدان في دول مختلفة ويتم تنفيذ الالتزامات إلكترونياً، كما في الخدمات المصرفية والاستشارات القانونية، فإن العقد الإلكتروني يكون بين غائبين من حيث المكان.

٤- وهناك إتجاه رابع يري أنه لا يمكن إعطاء وصف التعاقد بين حاضرين للعقد الإلكتروني لأن أطراف التعاقد لا يتبادلون عملية الإيجاب والقبول من خلال الوسائل المادية التقليدية كالخطابات، التي تستغرق فترة زمنية بين إرسال القبول ووصوله إلي من وجه إليه إنما يكون من خلال تبادل الرسائل إلكترونيا عبر شبكة الإنترنت، حيث يتحقق لهم الاتصال المباشر، فإن غاب الالتقاء المادي للمتعاقدين إلا أن هناك نوعاً من الالتقاء الافتراضي المتزامن. [١٨].

- وجهة نظرى في تحديد مجلس التعاقد الإلكتروني:

[١٧] د. كوثر ماركر الحماية القانونية للعلامة عبر الشبكة الرقمية في علاقتها مع أسماء المواقع ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد ٣، ٢٠٠٨، ص٧٥.

[١٨] د عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٥٨ وما بعدها.

أنه إذا كان المشرع المصري قد أشار إلى نظرية مجلس العقد في المادة (٩٤) مدني إلا أنه لم يضع التفصيلات التي تحدد أحكام مجلس العقد التقليدي وإنما ترك ذلك للفقه، كما أن هذه النصوص لم توضع المعالجة أحكام مجلس العقد الإلكتروني، ولذلك نري أن تحديد عما إذا كان وصف التعاقد الإلكتروني بين حاضرين أم غائبين يكون من خلال تحديد الوسيلة المستخدمة في التعاقد أو بمعنى أدق تحديد وسيلة القبول. فهناك فارق جوهري بين القبول عن طريق البريد الإلكتروني والقبول بالضغط على زر الموافقة أو عن طريق المحادثة أو المشاهدة، هو أن الاتصال بين مقدم العرض والمتلقي في حالة القبول عن طريق الضغط أو ملامسة زر الموافقة أو عن طريق غرف المحادثة والوسائل المرتبة، هو اتصال لحظي في جميع الأحوال، بعكس القبول عن طريق البريد الإلكتروني فقد لا يتحقق فيه الاتصال اللحظي نظراً لأن جهاز الحاسب الألي الخاص بالموجب قد يكون مغلقاً وقت بث رسالة القابل مثلاً، أو يكون هناك عطل فني في الشبكة يعوق وصول القبول فيحول دون الاتصال اللحظي.

ومن ثم إذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني فإننا نفرق بين حالتين:

الحالة الأولي: حالة التعاقد اللحظي، بمعني عدم وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول فيكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان.

والحالة الثانية: إذا كان التعاقد غير لحظي فإنه يكون بين غائبين زماناً ومكاناً.

أما إذا كان القبول عن طريق الضغط على زر الموافقة OK-box في حالة التعاقد عن طريق أحد مواقع الشبكة أو عن طريق غرف المحادثة أو الوسائل السمعية والبصرية فهنا التعاقد يكون لحظياً، ويكون التعاقد بين حاضرين زماناً وغائبين مكاناً ويكون العقد الإلكتروني المبرم عن طريق الوسائل السابقة عقداً بين حاضرين زماناً وذلك لتعاصر الإيجاب والقبول.

والخلاصة أن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زماناً وغائبين مكاناً، إلا في حال التعاقد غير اللحظي حيث يكون بين غائبين زماناً ومكاناً.

- المطلب الثانى

- وقت ومكان إبرام العقد الإلكتروني

إن أطراف العقد الإلكتروني يباعد بينهم المكان، وبالتالي قد يكون هناك فاصل زمني بين صدور الإيجاب من الموجب واتصاله بعلم من وجه إليه، وبالمثل بالنسبة للقبول فإنه قد تمر فترة زمنية

بين إعلان القبول من الموجه إليه الإيجاب وعلم الموجب بهذا القبول، وبالتالي يصعب تحديد وقت ومكان إرسال واستقبال رسالة البيانات الإلكترونية.

(أ) وقت إبرام العقد الإلكتروني:

لقد اختلفت الآراء الفقهية ٠حول هذه المسألة إلى عدة مذاهب، يمكن إجمالها في أربع نظريات فقهية، وعند تطبيقها على العقد الإلكتروني يكون هناك أربع لحظات عند محاولة تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني (إعلان القبول ، تصدير القبول، وصول القبول والعلم بالقبول) ووعرضها تباعاً[١٩] :

١- نظرية إعلان القبول Systeme de Declaration: ومقتضى هذه النظرية أن العقد يتم بمجرد إعلان القبول للموجب، لأنه توافق إرادتين، ويتم هذا التوافق بمجرد صدور قبول مطابق للإيجاب، دون حاجة إلى علم الموجب بالقبول أو عدم علمه، فالقبول وفقاً لهذه النظرية تعبير إرادي غير واجب الاتصال فيكفى مجرد إعلانه من صاحبه. وقد أخذ بهذه النظرية الفقه الإسلامي في التعاقد بين غائبين. وتستند هذه النظرية إلى أن مقتضيات الحياة التجارية تقتضي السرعة في المعاملات، فالقابل يستطيع بمجرد إعلان قبوله أن يطمئن إلى انعقاد العقد ويجري تعامله مع الغير على هذا الأساس.

٢- نظرية تصدير القبول Systeme d expedition: تشترط النظرية حصول واقعة مادية هي تصدير القبول زيادة على إعلانه حتى يكون نهائياً لا يمكن الرجوع فيه، وذلك بأن يرسل القبول فعلاً إلى الموجب، أي خروج القبول من يد صاحبه.

وطبقاً لهذه النظرية بعد العقد مبرماً منذ لحظة خروج الرسالة الإلكترونية المحتوية على القبول وخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني، مقدم خدمة الإنترنت، ولا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الموجود في موقع الموجب على شبكة الإنترنت.

٣- نظرية وصول القبول Systeme de Reception: ومقتضى هذه النظرية أن وقت إنعقاد العقد هو وقت وصول الرسالة المتضمنة القبول إلى الموجب، والمقصود بالوصول هنا السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة للقبول بحيث تكون تحت تصرفه، فالقبول بوصوله إلى مكان الموجب يصبح نهائياً لا يستطيع القابل إسترداده، ومن ثم يعتبر العقد قد العقد وذلك سواء أكان الموجب قد علم فعلاً بالقبول أم لم يعلم به.

---

[١٩] راجع د شريف محمد غنام حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧ ،ص١٥٠ وما بعدها.

٤- نظرية العلم بالقبول Systeme d' Information: وحسب هذه النظرية فإن التعاقد يتم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب فعلاً بقبول القابل، بأن يطلع على الرسالة الإلكترونية المتضمنة لقبوله ويعلم بما تضمنته، وذلك لأن القبول إرادة والتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا إتصل بعلم من وجه إليه.

فكما أن الإيجاب لا ينتج أثره إلا إذا إتصل بعلم الموجب له فإن القبول ، ولما كان العلم الحقيقي قد يكون صعب الإثبات فإن وصول القبول إلى الموجب يعتبر قرينة على العلم به ولكنها قرينة تقبل إثبات العكس، فيستطيع الموجب إثبات أنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله.

ومن جانبى أري أن هذه النظرية، وهي التي تبناها المشرع المصري، لا تصلح كمعيار لتحديد لحظة إبرام العقد الإلكتروني، لأن القابل لا يملك دليلاً لإثبات علم الموجب بالقبول والتزامه بالعقد، مما قد يعطي الفرصة للموجب بأن يدعى عدم علمه بالقبول، إذا دعته الظروف لذلك، وبالتالي فهي نظرية يصعب الأخذ بها في مجال التعاقد الإلكتروني.

قد نص التوجيه الأوربي رقم ٣١/٢٠٠٠ بالمادة (٥) علي أنه "يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقراراً إلكترونياً مؤكداً من القابل بقبوله. وبذلك يكون هذا التوجيه قد حدد وقت إبرام العقد باستلام تأكيد من مقدم خدمة الإنترنت مرسل من القابل بصحة القبول.

وقد أخذ القانون التجاري الأمريكي الموحد Uniform Commercial Code بهذا الإتجاه، حيث فرض بموجب نص المادة ٢٠١/١-٢ إلتزاماً على البائع بأن يقوم بإرسال تأكيد للمشتري بتمام إبرام العقد، وذلك في خلال مدة عشرة أيام على الأكثر من تاريخ إرسال القابل لقبوله، مؤدي ذلك أن القبول مجرد عن التأكيد لا يرتب أثراً بشأن إنعقاد العقد، فالقبول مجرد عن التأكيد الواجب تصديره لصاحب العرض يصبح في هذه الحالة عديم الأثر [٢٠].

- موقف القانون المصري:

أما القانون المدني المصري (م١/٩٧) فقد كان قاطعاً في هذا الصدد، وهو نفس موقف المشرع الألماني، حيث إعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. فالعبرة إذن، في حالة عدم وجود اتفاق أو نص قانوني مخالف، بزمان ومكان علم الموجب بالقبول، فالمشرع المصري، على عكس محكمة

[٢٠] راجع د. إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي ، مرجع سابق الذكر ، ص ١٢٤ وما بعدها.

النقض الفرنسية، أخذ بنظرية علم الموجب بالقبول لتحديد زمان ومكان إبرام العقد في التعاقد بين غائبين، مع جعل وصول القبول إلى الموجب قرينة على العلم تسهيلاً للإثبات، ولكنها قرينة تقبل إثبات العكس.

- **وجهة نظرى في تحديد لحظة إبرام العقد الإلكتروني:**

يتوقف تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني، تطبيقاً للقواعد العامة، على تحديد لحظة تلاقي القبول بالإيجاب، وتفرق في هذا الصدد بين التعاقد الذي يتم من خلال البريد الإلكتروني وذلك الذي يتم عبر مواقع الويب المنتشرة على شبكة الإنترنت. ففي حالة التعاقد من خلال البريد الإلكتروني يتم تحديد لحظة إبرام العقد طبقاً للنظرية المتبناة، فإذا طبقنا نظرية إعلان القبول نجد أن العقد ينعقد في تلك اللحظة، حتى قبل أن يضغط على زر الإرسال، أي اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول.

وعملاً يصعب الأخذ بهذه النظرية في مجال العقود الإلكترونية وخاصة فيما يتعلق بالإثبات، إذ يتعذر على الموجب بل قد يستحيل عليه إثبات أن القابل قام بتحرير رسالة إلكترونية بالموافقة ولكنه لم يرسلها، لأن هذا القبول بالتأكيد لن يكون له وجود إلا على جهاز الحاسوب الخاص بالقابل.

وإذا أخذنا بنظرية تصدير القبول فإن العقد يتم بمجرد تصدير الرسالة المتضمنة القبول عن طريق الضغط على زر الإرسال فتخرج الرسالة من سيطرة القابل ولا يعود في إمكانه، من هذه اللحظة تحديداً، أن يسترد قبوله، ولا يهم بعد ذلك وصول الرسالة إلى القابل أو ضياعها وفقدانها في الطريق.

وهذه النظرية أيضاً لا تصلح كمعيار لتحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني، لأن الرسالة الإلكترونية يمكن أن ترسل من أماكن مختلفة مثل منشأة المرسل، أو المكان الذي وجد فيه أجهزة الحاسوب، أو من أي مكان آخر بواسطة الحاسب المحمول Lap-Top، ومن هذا المنطلق فإنه يكون من الصعوبة بمكان تحديد مكان تصدير الرسالة، بالإضافة إلى أنه في حالة الربط غير المباشر تمر الرسالة الإلكترونية من خلال طرف ثالث ليس له علاقة بالعقد وهو مقدم خدمة الإنترنت.

والواقع أنه لا يوجد أي فارق بين لحظة تصدير القبول ووصوله في شأن التعاقد الإلكتروني، إذ لا يوجد أي فاصل زمني يذكر بينهما، فعملية تصدير القبول ووصوله عبر شبكة الإنترنت تتم في جزء من الثانية يكاد لا يذكر، كما أن الرسالة الإلكترونية حين تصل إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب لا يمكن إستردادها بأي حال من الأحوال، ولحظة تصدير القبول في العقد الإلكتروني هي تلك

اللحظة التي يضغط فيها القابل على الأيقونة المخصصة للقبول Click على صفحة الويب مثلاً، أو بالضغط على زر أرسل send في حالة التعاقد عبر البريد الإلكتروني بغرض إرسال قبوله للموجب.

أما حسب نظرية وصول القبول فإن العقد ينعقد من خلال البريد الإلكتروني عند اللحظة التي تصل فيها الرسالة المتضمنة القبول إلى صندوق البريد الخاص بالموجب، والذي تم الاتفاق عليه مسبقاً بين الموجب والقابل، حتى لو لم يقم الموجب بفتح الرسالة والإطلاع عليها والعلم بمضمونها.

أما إذا لم يتفق الطرفان علي طريقة إرسال القبول، فالبعض يري أن أفضل طريقة الإرسال القبول هي استخدام نفس الوسيلة التي أرسل بها الإيجاب. فإذا أرسل الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني فيجب إرسال القبول عن طريق البريد الإلكتروني وإذا أرسل عن طريق أحد برامج المحادثة فيرسل القبول بنفس الوسيلة المستخدمة.

أما طبقاً لنظرية العلم بالقبول فإن العقد يعد مبرماً عندما يعلم الموجب علماً حقيقياً بالقبول، بأن يفتح صندوق بريده الإلكتروني ويطلع على محتويات الرسالة الإلكترونية للقابل ويعلم أنه قد قبل بالفعل الإيجاب المعروض عليه. ويري البعض أن الموجب في هذه الحالة لا يستطيع التذرع بحجة أنه لم يدخل إلى جهاز الحاسوب أو دخل إلى الجهاز ولم يفتح بريده الإلكتروني، لأن الموجب عادة ما يدرج عنوان بريده الإلكتروني على شبكة الإنترنت حتى يتسنى للقابل الإتصال به، ومن ثم فإذا لم يعلم الموجب بفحوى رسالة القبول ومضمونها فقد أهمل ولا يجوز أن يتحمل القابل نتائج هذا الإهمال.

أما التعاقد من خلال مواقع الويب المنتشرة على شبكة الإنترنت أو عبر المحادثة المباشرة أو عن طريق الوسائل السمعية المرتبة فليس هناك مشكلة، حيث أن العقد ينعقد في اللحظة التي يوافق فيها القابل بالضغط على زر القبول في الخانة المخصصة للقبول أو كتابة عبارة تفيد الموافقة باستخدام لوحة المفاتيح المتصلة بالحاسوب [٢١].

- **(ب) مكان إبرام العقد الإلكتروني:**

ترجع لصعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني نتيجة صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة لأنها تتم عبر فضاء إلكتروني Cyber Space، وبالتالي يثور التساؤل حول الإعتداد بمحل إقامة المستهلك، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول، أم مكان تسجيل موقع الويب ؟

[٢١] راجع د.أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص٤٦ وما بعدها.

هذا وتحرص عادة بروتوكولات وإتفاقيات نقل رسائل البيانات الإلكترونية بين أنظمة المعلومات المختلفة، على تسجيل اللحظة التي سلمت فيها الرسالة من نظام معلومات إلى آخر، أو اللحظة التي يتم فيها تسلمها، أو قراءتها من قبل المرسل إليه، ولكن هذه الإتفاقيات لا تبين عادة المكان الجغرافي لشبكات الإتصال، وهو ما يعوق تقدم التجارة الإلكترونية وازدهارها، ولذلك وضح القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية مكان إبرام العقد الإلكتروني، في المادة (٤/١٥) حيث قرر "أن مكان إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وإن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه علي غير ذلك".

وعليه، فإن العقد الإلكتروني يكون قد أبرم في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وذلك بالطبع ما لم يتفق طرفا التعاقد الإلكتروني على خلاف ذلك، فيجوز لهما أن يحددا مكاناً آخر بالإتفاق فيما بينهما على أنه مكان الإرسال أو مكان الاستلام.

وقد تبني هذا الاتجاه قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنه ٢٠٠١ (م١٨) وقانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ٢ لسنه ٢٠٠٢ م (٤/١٧)، وقانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية (م ٤/١٤).

ولكن قد يثور التساؤل بصدد ما إذا كان للمنشئ أو للمرسل إليه أكثر من موطن أعمال، فقد يكون له، مثلاً، مقر عمل رئيسي وآخر فرعي، في هذه الحالة بين القانون النموذجي أنه يعتد بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني وتنفيذه أي الأكثر صلة بموضوع العقد، أو بمقر العمل الرئيسي. كما تعرض القانون النموذجي الحالة عدم وجود مقر عمل للمنشئ أو المرسل إليه، حيث قرر أنه يعتد بمحل الإقامة المعتاد (م ١٥/ ب).

ومن جانبي أري أنه يمكن إعتماد محل إقامه المستهلك كمكان الإبرام العقد الإلكتروني ما لم يتفق طرفا العقد علي خلاف ذلك، ولا شك أن تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك له مبررات عديدة [٢٢] .

المبحث الثالث

إثبات التوقيع الإلكتروني

- **تمهيد وتقسيم:**

[٢٢] راجع د هيه ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سبق ذكره ،ص٩٩ وما بعدها.

لم تعد الوسيلة التقليدية في إثبات وتوثيق العقود وهي التوقيع الخطي مناسبة للمعاملات والمبادلات الإلكترونية، والتي يتعذر معها توافر هذا التوقيع وذلك لإحلال الوسيط الإلكتروني محل الوسيط الورقي. ومن هنا ظهرت الحاجة الملحة إلى ضرورة إيجاد بديل إلكتروني يحل محل التوقيع الخطي اليدوي ويؤدي نفس وظائفه من حيث التوثيق والإثبات، فظهر التوقيع الإلكتروني كتقنية يستطيع بها الأطراف المتعاملون بنظام التبادل الإلكتروني للبيانات والرسائل الإلكترونية توثيق معاملاتهم.

وبناء عليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول : ماهية التوقيع الإلكتروني

المطلب الثانى : حجية التوقيع الإلكتروني

المطلب الثالث : توثيق التوقيع الإلكتروني

المطلب الأول

ماهية التوقيع الإلكتروني

في ظل التحول الرقمي الذي يشهده العالم، أصبح التوقيع الإلكتروني من أبرز أدوات إبرام العقود والمعاملات عن بعد، سواء في المجال التجاري أو الإداري أو القضائي. لكن لضمان حجية هذا التوقيع أمام القضاء، لا بد من وجود آلية قانونية وتقنية تُعرف بـ "توثيق التوقيع الإلكتروني"، والتي تهدف إلى ضمان صحة هوية الموقع وسلامة المستند. فما هو توثيق التوقيع الإلكتروني؟ وكيف تنظر إليه التشريعات المختلفة؟

ولبيان ما هية التوقيع الإلكترونى نذكر أولاً تدخل المشرع الفرنسي بتعديل بعض نصوص القانون المدني لتتفق مع التوقيع على العقود والمحررات الإلكترونية فنص في المادة (١٣١٦) مدني فرنسي المعدلة بالقانون الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠ بتعريف التوقيع بأنه " التوقيع الذي يميز هويه صاحبه ، وإذا ما تم التوقيع في شكل إلكتروني وجب استخدام طريقة موثوق بها لتمييز هويه صاحبه.

فنجد المشرع المصري قد عرف التوقيع الإلكتروني في القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ في المادة الأولي المخصصة للتعريفات على أنه "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو

رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره. وحسناً فعل المشرع المصري حيث يساير التشريعات الحديثة الخاصة بالتجارة الإلكترونية.

الحماية القانونية للتوقيع الإلكتروني الموثق

القوانين الحديثة في معظم الأنظمة القانونية تمنح التوقيع الإلكتروني الموثق قوة قانونية مساوية للتوقيع اليدوي، ما دام مستوفيًا الشروط التالية:

- هوية الموقع مؤكدة.
- التوقيع مرتبط بالمستند بشكل لا يسمح بالتلاعب.
- التوقيع تم إنشاؤه بأداة موثوقة.
- الجهة المصدقة مرخصة ومعتمدة.

وهناك من يري أن التوقيع الإلكتروني هو: "بيانات إلكترونية تُرفق أو ترتبط منطقياً بسند إلكتروني وتُستخدم لإثبات هوية المُوقّع والتعبير عن قبوله أو موافقته."

كما نجد أن غالبية التشريعات الحديثة المعنية بتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية وضعت تعريفاً للتوقيع الإلكتروني، وتكتفي في هذا المقام بعرض بعض أهم هذه التعريفات.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية نص القانون الفيدرالي على أنه يقصد بالتوقع الإلكتروني أي رمز أو وسيلة بصرف النظر عن التقنية المستخدمة إذا ما تم نسبته إلى شخص يرغب في توقيع مستند".

وقد عرف قانون الأونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني لسنه ٢٠٠١ التوقيع الإلكتروني بأنه "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، ويجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة بيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة فيها".

ويمكن من وجهة نظرى تعريف التوقيع الإلكترونى على أنه "توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة بشكل إلكتروني ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد هوية الشخص الموقع ويميزه عن غيره تمييز ينفى الجهالة ".

المطلب الثانى

حجية التوقيع الإلكتروني

التوقيع في الشكل الكتابي يمكن أن يؤدي مجموعة متنوعة من الوظائف حسب طبيعة المستند الذي يحمل التوقيع، فمثلاً التوقيع يمكن أن يكون دليلاً على نية الموقع الإقرار بتحريره نص المستند، وأيضاً كدليل للإثبات في حالة قيام نزاع مستقبلي بين الأطراف، وكذلك فهو أداة للتعبير عن إرادة الشخص في قبوله الالتزام بمضمون العقد ووسيلة لتوثيق العقد وتأمينه من التعديل، كما أنه يميز شخصية صاحبه ويحدد هويته.

أما التوقيع الإلكتروني فخلاف قيامه بالوظائف السابقة فهو يتفوق على التوقيع التقليدي بالنظر إلى أن الاستيثاق من شخصية صاحب التوقيع يتم بشكل روتيني في كل مرة يتم فيها استخدام الرقم السري أو المفتاح الخاص، وبالتالي فإنه لا مجال للإنتظار حتى ينشب النزاع للبحث في مدي صحة التوقيع كما هو الشأن في معظم الأحوال بصدد المحررات الموقعة بخط اليد. أضف إلى ذلك ما توفره التقنية الحديثة المستخدمة في تأمين التوقيع الإلكتروني عن طريق نظام المعاملات الإلكترونية الآمنة Transaction Secure Electronic، ويوفر هذا النظام التحقق من شخصية صاحب التوقيع[٢٣].

كما يوجد نظام تأمين آخر يستخدمه الأشخاص في حالة زيارة مواقع الويب عبر الإنترنت يسمى بروتوكول تأمين طبقة المقابس Secure Sockets Layer SSL ويهدف إلى تأمين نقل المعلومات والبيانات بين العميل والوحدات التجارية، وبصفة خاصة تأمين بيانات بطاقات الدفع البنكية، وقد تم تطوير هذا البروتوكول بواسطة إحدى الشركات التي تعمل في مجال تقديم برامج التصفح عبر مواقع الويب المنتشرة على الإنترنت وهي شركة Netscape.

ورغم أن التوقيع الإلكتروني يمكنه القيام بذات وظيفة التوقيع التقليدي إلا أنه غير مستوفى للشكل الذي يتطلبه القانون، فهو نتاج حركة يد الموقع، ولكنه لا يتم بشكل الحركة الذي حدده القانون المصري في الإمضاء أو الختم أو البصمة والذي لا يعتد بأي شكل آخر للتوقيع.

وقد نصت المادة (٧) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية على الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني بشرط أن يكون التوقيع دالاً على هوية الشخص الموقع.

---

[٢٣] مركز هردو لدعم التعبير الرقمي ، حجية إثبات المحرر الالكتروني ، القاهرة، ٢٠١٦.

ونص القانون الفيدرالي الأمريكي للتوقيع الإلكتروني الصادر في ٣٠ يونية ٢٠٠٠ فيما يتعلق بالاعتراف بالتوقيع الإلكتروني على أنه لا يجب إنكار الأثر القانوني للتوقيع ولا إنكار صلاحيته أو تنفيذه فقط لأنه في شكل توقيع الكتروني.

كما اشترطت القوانين الوطنية المختلفة بشأن التوقيع الإلكتروني للإحتجاج به عدة شروط يمكن إجمالها في أنه يجب أن يكون القصد منه إثبات هوية الطرف الموقع، وأن يتم التوقيع بوسائل خاصة به وتحت سيطرته، وأن ينفرد به الشخص الذي أصدره، وأن يكون التوقيع مرتبطاً بالرسالة الإلكترونية، وأن يقوم الموقع ببذل العناية المعقولة والحيطة اللازمة لتفادي استخدام توقيعه الإلكتروني استخدام غير مسموح به [٢٤].

ولأن وسائل توثيق العقود في القانون المصري محددة تحديداً جامعاً وليس من بينها وسائل التوثيق الإلكتروني، لذلك نجد قانون التوقيع الإلكتروني وتكنولوجيا المعلومات رقم ١٥ لسنه ٢٠٠٤ – واستجابة لمتطلبات المعاملات الإلكترونية – قد تضمن نصوصاً تتضمن مبدأ المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي التقليدي من حيث الحجية المقررة للتوقيعات التي تتم على الوسائط الورقية، وذلك شريطة أن يستوفي التوقيع الشروط والضوابط الفنية المطلوبة وفق اللائحة التنفيذية، والتي منها إعتماد التوقيع من جهة التصديق المرخص لها باعتماد التوقيعات الإلكترونية.

- **حجية الوثيقة الإلكترونية في الإثبات:**

تفتقر المنظومة التشريعية في مصر إلي قانون موحد ومنظم لحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات وتنظيم المستخرجات من علي شبكة الانترنت . بل خضعت تلك المستخرجات والمحررات لاجتهادات القضاء المصري والعرف السائد. وعلي الرغم من أن التكنولوجيا واستخدامات الإنترنت أصبحت جزء لا يتجزأ من الأعمال اليومية والحياتية في كافة بلدان العالم إلا أن تلك التكنولوجيا ذات وتيرة سريعة للغاية لا تتناسب معها سرعة المشرع المصري وهو ما جعلنا اليوم في حالة فوضي قانونية وتشريعية من حيث تنظيم استخدامات الانترنت والمحررات المستخرجة منه ،

وعلي الرغم من صدور قانون تنظيم الاتصالات وقانون التوقيع الإلكتروني إلا أنهما لا يعدو جزءا متناهي الصغر في تنظيم عالم الإنترنت. ولعل أهم ما يبرز كحاجة ملحة للتنظيم هو المحررات

[٢٤] خالد عرفه ، حجية الوثيقة الإلكترونية فى الإثبات، تونس ،٢٠٢٠.

الإلكترونية ومدي حجيتها في الإثبات أمام المحاكم وفي العلاقات القانونية بين أشخاص القانون العام والقانون الخاص والمعاملات المدنية والتجارية والجنائية [٢٥].

- **ماهية المحررات الالكترونية:**

وفقاً للقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ والخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات تنص المادة (١/ب) من ذلك القانون على أن " المحرر الإلكتروني هو: رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، أو ضوئية، أو بأية وسيلة أخرى مشابهة " .

كذلك عرفت المادة (٢) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة ٢٠٠١ رسالة البيانات بأنها تعني " معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي.

- **قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام ٢٠٠١ [٢٦]:**

---

[٢٥] د. محمد سُهيل الفقي ، حجية الوثيقة الالكترونية فى الاثبات، مقال منشور بمجلة كلية الشرطة العدد رقم ٤٦ ،٢٠١٩.

[٢٦] يهدف القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (قانون التوقيعات) إلى التمكّن من استخدام التوقيعات الإلكترونية وتيسير استخدامها عن طريق وضع معايير بشأن الموثوقية التقنية اللازمة لتحقيق التكافؤ بين التوقيعات الإلكترونية والخطية. وهكذا، فقد يساعد قانون التوقيعات الدول على وضع إطار تشريعي حديث ومنسّق وعادل يعالج موضوع المعاملة القانونية للتوقيعات الإلكترونية معالجة فعّالة ويضفي اليقين على وضعيتها القانونية.

ونشأت الحاجة إليه؛ بسبب زيادة استخدام تقنيات التوثيق الإلكترونية كبدائل للتوقيعات الخطية وغيرها من إجراءات التوثيق التقليدية، إلى وضع إطار قانوني محدد للتقليل من الشكوك إزاء الأثر القانوني الذي قد ينتج عن استخدام تلك التقنيات الإلكترونية. وتلبية لهذه الاحتياجات، فإن قانون التوقيعات مبني على المبدأ الأساسي الذي ترتكز إليه المادة ٧ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية فيما يتصل بأداء وظيفة التوقيع في نظام إلكتروني باتباع نهج الحياد التكنولوجي، الذي يتفادى تفضيل استخدام أي تكنولوجيا أو عملية محدّدة. ويعني هذا الأمر في الممارسة العملية أن التشريعات المستندة إلى هذا القانون النموذجي قد تعترف بكل من التوقيعات الرقمية القائمة على الترميز (مثل البنية التحتية للمفاتيح العمومية) والتوقيعات الإلكترونية التي تستخدم تكنولوجيات أخرى.

هذا ويستند قانون التوقيعات إلى المبادئ الأساسية المشتركة بين جميع نصوص الأونسيترال المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، ألا وهي عدم التمييز والحياد التكنولوجي والتكافؤ الوظيفي. ويحدّد قانون التوقيعات معايير الموثوقية التقنية اللازمة لتحقيق التكافؤ بين التوقيعات الإلكترونية والخطية، كما يحدّد قواعد سلوك أساسية قد تكون بمثابة مبادئ توجيهية لتقييم واجبات والتزامات كل من الطرف الموقع والطرف المعوّل على التوقيع والأطراف الثالثة الموثوقة التي تتدخّل في عملية التوقيع. وأخيرا، فإن قانون التوقيعات يحتوي على أحكام تفضل الاعتراف بالشهادات الأجنبية والتوقيعات الإلكترونية على أساس مبدأ التكافؤ الموضوعي الذي يتجاهل مكان منشأ التوقيع الأجنبي.

تنص المادة(٦) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية على أنه : (١- حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يعد ذلك الإشتراط مستوفي بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع إلكتروني موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات ، في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة . ٢ -تنطبق الفقرة ١ سواء أكان الإشتراط المشار إليه فيها في شكل التزام أم كان القانون يكتفي بالنص على تبعات تترتب على عدم وجود توقيع).

- موقف التشريع المصري من الوثيقة الالكترونية :

منح قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في قانون الإثبات متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ، وذلك من خلال نص المادة (١٥) والتي سبق الإشارة إليها . وعليه إذا كان التوقيع على المحرر الرسمي المكتمل للشروط القانونية من حيث صدوره من موظف في حدود وظيفته وإختصاصه المكاني والزماني كان له حجية مطلقة لا يطعن بها إلا بالتزوير ، أما بخصوص التوقيع على المحررات العرفية فهي ملزمة لأطرافها ، وهي قابلة لإثبات العكس ، وتدحض بالدليل الكتابي العكسي كالدفاتر التجارية فإن حجيتها في الإثبات تتضاءل حسب الأحوال إذ أن المشرع لم يمنحها تلك القوة من الحجية التي منحها للعقود وهذا ما تنص عليه المادة (١٧) من قانون الإثبات المصري ,حيث أوردت على أن : (دفاتر التجار لا تكون حجه على غير التاجر ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساسًا يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة).

ولا شك أن هذا الإعتراف بحجية الإثبات للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية سواء كانت رسمية أو عرفية يدعم إستخدام تلك الوسائل الإلكترونية ، ويشجع التعامل بمقتضاها بين الأفراد وجميع الجهات الحكومية الرسمية ، ويعد خطوة مهمة ، ولكن قد يثار تساؤل حول دور القاضي في الترجيح بين الدليل الكتابي التقليدي والدليل الكتابي الإلكتروني ، في حال توافر كليهما ، فأي منهما يكون له الحجية على الأخر؟ وبتعبير أخر ما هو معيار التفضيل بين المحرر التقليدي والمحرر الإلكتروني؟.

حقيقة لم ينظم المشرع المصري هذه الحالة وإقتصر دوره على إعتماد حجية الكتابة الإلكترونية متى تماثلت مع الكتابة التقليدية وإستوفت شروطها وفق ما أشرنا إليه سلفاً في المادة (١٥) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري ولعدم ورود نص تشريعي في هذا الصدد ، ترك المشرع تقدير قوة المحرر الإلكتروني في الإثبات لسلطة قاضي الموضوع التقديرية .

وعليه ينبغي المثول لإرادة أطراف النزاع ، فإذا كان أطراف النزاع قد اتفقوا على أن تكون العلاقة بينهم وفقاً للأدلة الكتابية التقليدية، أو الأدلة الكتابية الإلكترونية ، يلتزم المشرع بإرادة الأطراف ، ومن ثم الرضوخ لإرادتهم في هذا الشأن فإذا لم يكونوا قد اتفقوا على ذلك ، فإنه يرجح المشرع المحرر الرسمي على المحرر العرفي سواء أكانت تلك المحررات تقليدية أو إلكترونية ثم الرجوع إلى الأقدم ثبوتًا في التاريخ فالأحدث ، إلا إذا كان الأطراف قد اتفقوا على الأحدث ، فإذا لم يثبت تاريخ وقت نشوء الدليل يتم الرجوع لسلطة قاضي الموضوع التقديرية . ويُفضّل أن يفصل المشرع المصري ذلك ويضع تعديل تشريعي يكون من شأنه تنظيم أدلة الإثبات للموازنة بينها في حال حدوث خلاف وعدم ترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية [٢٧].

و بناء عليه ومن وجهة نظري فإن تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية الرسمية أو العرفية لمنشئها إذا توافرت الضوابط الفنية والتقنية الآتية:

(أ) أن يكون متاح بشكل فني تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل.

(ب) أن يكون متاح بشكل فني تحديد مصدر إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر.

(ج) في حالة إنشاء وصدور الكتابة الإلكترونية فإن حجيتها تكون متحققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحررات.

وعلى ذلك فإنه يتعين الإستهداء بتلك المواد في شأن المرسلات التي تتم بين أطرافها عن طريق البريد الإلكتروني، فلا يكون لهذه المرسلات عند جحدها أو إنكارها ثمة حجية إلا بمقدار توافر الشروط المنصوص عليها في قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني، فإن لم يتم التحقق من توافر تلك الشروط فلا يعتد بها.

---

[٢٧] د. صالح المنزلاوى، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م، بند رقم ١١، ص١.

المطلب الثالث

توثيق التوقيع الإلكتروني

جهة التوثيق الإلكتروني: للتحقق من صحة التوقيع فلابد من وجود جهة موثوق بها لربط شخص أو كيان بعينه بالتوقيع، ويتم ذلك باستخدام طرف ثالث محايد يطلق عليه مقدم خدمات التصديق أو مورد خدمات التصديق أو جهة التوثيق.

وجهة التوثيق هذه Certification Authority أو مقدم خدمات التصديق Certification service provider، هي هيئة عامة أو خاصة تعمل تحت إشراف السلطة التنفيذية، وتتكون غالباً من ثلاثة مستويات مختلفة من السلطة تأتي في المرتبة العليا " السلطة الرئيسية " وهي تختص بالتصديق على تكنولوجيا وممارسات جميع الأطراف المرخص لهم بإصدار أزواج مفاتيح التشفير أو شهادات تتعلق باستخدام تلك المفاتيح، وتليها في المرتبة " سلطة التصديق " وهي جهة خاصة بعملية التصديق على أن المفتاح العام لأحد المستخدمين يناظر بالفعل المفتاح الخاص لذلك المستخدم، وفي مستوي أدني تأتي " سلطة تسجيل محلية " ومهمتها تلقي الطلبات من الأشخاص الراغبين في الحصول على أزواج مفاتيح التشفير – العام والخاص – والتأكد من هوية وشخصية هؤلاء المستخدمين ومنح شهادات تصديق تفيد صحة توقيع العملاء .

إذاً فتوثيق التوقيع الإلكتروني، فهو:

"عملية اعتماد رسمي للتوقيع الإلكتروني من خلال ربطه بشهادة رقمية صادرة عن جهة موثوقة، تضمن صحة هوية الموقع وسلامة المستند من التغيير."

وقد عرف قانون الأونيسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني مقدم خدمات التصديق بأنه يعني " شخصاً يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخري ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية ". ولذلك يقوم مقدمو خدمات التصديق بدور هام وفعال في ضمان التوقيعات والإعتراف بها قانوناً.

أما قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ فقد جاء خالياً من ثمة تعريف لجهة التوثيق الإلكتروني، وإن كان حظر مزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الهيئة المختصة وهي هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات وفقاً للقواعد والإجراءات والضمانات التي تحددها اللائحة التنفيذية ، كما وضع عقوبة جنائية في حالة مخالفة ذلك (م٢٣).

آلية توثيق التوقيع الإلكتروني

١- طلب التوقيع من جهة معتمدة (مثل هيئة التصديق).

٢- التحقق من الهوية الشخصية للموقع عبر وثائق رسمية أو آليات بيومترية.

٣- إنشاء شهادة رقمية (Digital Certificate) تتضمن:

- اسم الموقع.
- الرقم التعريفي.
- توقيت الإنشاء.
- الجهة المصدقة.
- ربط الشهادة بالمستند الموقع بحيث يتم تشفيره إلكترونيًا.
- إصدار سجل توثيق إلكتروني لضمان سلامة التوقيع.

الجهات المسؤولة عن توثيق التوقيع الإلكتروني

تُعرف هذه الجهات بـ "مزودي خدمات التصديق الإلكتروني" (Certification Authorities - CAs)، وهي كيانات مرخصة من الدولة أو الهيئات المعنية.

أمثلة دولية:

- فى مصر : هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات (ITIDA)
- فى المملكة العربية السعودية : المركز الوطني للتصديق الرقمي (NCDC)
- فى دولة الإمارات العربية المتحدة : هيئة تنظيم الاتصالات والحكومة الرقمية (TDRA)
- فى الاتحاد الأوروبي : جهات معتمدة وفق لائحة eIDAS
- فى الولايات المتحدة الأمريكية : جهات خاصة معتمدة وفق قانون ESIGN

وجميع هذه الجهات تضمن للمستفيدين أن التوقيع الصادر عنهم موثوق، ويمكن الرجوع إليه عند النزاع.

الخلاصة من وجهة نظرى : يُعد توثيق التوقيع الإلكتروني خطوة جوهرية في تعزيز الثقة في المعاملات الرقمية، وضمان أمانها وحجيتها القانونية. ومع التطور التكنولوجي والتشريعي، بات التوقيع الإلكتروني الموثق جزءًا لا يتجزأ من البنية التعاقدية الحديثة. لذا، فإن تعزيز الأطر التنظيمية، والتوعية القانونية باستخدامه، يمثلان ضرورة حتمية لنجاح التحول الرقمي الشامل.

الخاتمة

وإجمالاً فقد تناولنا في السطور السابقة المفهوم القانونى العام للعقد الإلكتروني من خلال بيان ماهية العقود التجارية الدولية متناولاً مقدمات العقود التجارية الدولية وصور للبيوع التجارية الدولية مع توضيح بعض المفاهيم المرتبطة بقوانين بالتجارة الدولية . كما تم إلقاء الضوء علي تعريف العقد الإلكتروني الدولي وخصائصه العقد الإلكتروني وبيان مدي توافر الإذعان في العقد الإلكتروني وما هو التراضي في العقد الإلكتروني بين الإيجاب والقبول الإلكتروني . كما تمت الإشارة إلي مجلس التعاقد الإلكتروني ، جلسة العقد الإلكتروني، وقت ومكان إبرامه . وكان لابد من التطرق إلي إثبات التوقيع الإلكتروني ؛ سواء توضيح ماهية التوقيع الإلكتروني وحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات .

وقد توصلت الدراسة إلى بعض النتائج والتوصيات نذكرها تباعاً:

أولاً:النتائج

أولاً : عُرف العقد الإلكتروني علي أنه "العقد الذي يتلاقي فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة الإتصالات الدولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية على طرفيه".

ثانياً: إن بيان طبيعة العقد الإلكتروني، عما إذا كان عقد رضائي أم إذعان، يجب الرجوع إلى الوسيلة المستخدمة في إبرام التعاقد الإلكتروني. كما أن العرض الموجه إلى الجمهور أى كان صورته لا يعد إيجاباً وإنما دعوة للتفاوض هو ما يتفق مع طبيعة ومستلزمات عقود التجارة الإلكترونية.

ثالثاً: إن العبرة في تحديد إبرام العقد الإلكتروني من عدمه هو بالنظر إلى ما يحتويه ملحق الرسالة من شروط وبنود، فإذا كانت الشروط ثانوية كشرط مكان التسليم أو طريقة السداد، أبرم العقد، ما لم يتضح أن المتعاقدين قد اشترطا بأن العقد لا ينعقد إلا بالإتفاق على المسائل الثانوية، كاشتراط الدفع عبر بطاقات الإئتمان أو بواسطة النقود الإلكترونية، فعندها ترتفع المسائل الثانوية إلى مرتبة المسائل الجوهرية من حيث اعتبارها أساساً لإبرام العقد.

رابعاً : عُرف التوقيع الإلكترونى على أنه " توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة بشكل إلكتروني ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد هوية الشخص الموقع ويميزه عن غيره تمييز ينفى الجهالة ". كما إن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زماناً وغائبين مكاناً، إلا في حال التعاقد غير اللحظي حيث يكون بين غائبين زماناً ومكاناً.

خامساً : المشاكل التى تصادف وضع العقود النموذجية :

بالرغم من المزايا السابق ذكرها لإبرام العقود الدولية باعتبارها من أهم وسائل توحيد قانون التجارة الدولية ، إلا أن هذه العقود بسبب اتجاهها كما لاحظنا إلى الشروط العامة أو العقود النموذجية فى أغلب الأحيان تصادف مشاكل عملية عند محاولة وضع الشروط العامة لهذه العقود. وعلى الرغم من أن الهيئات المعنية بوضع هذه الشروط تحاول أن تضع صيغاً للعقود الدولية يمكن أن تلائم إحتياجات ومتطلبات الحياة التجارية ، إلا أن تعدد الصيغ واختلافها حتى بالنسبة للموضوع الواحد غالباً ما تؤدى إلى إيجاد المتعاقدين فى مواقف غير متوقعة أو فى مراكز غير متكافئة ، وتنتج هذه المشاكل عن الأسباب الآتية :-

١ – تحاول صيغ العقود النموذجية أن تواجه التفاصيل دون وجود قواعد ، أو مبادئ عامة تحكم العلاقة التعاقدية . ولا يجوز أن نتصور أن هذا القول يتعارض مع ما سبق ذكره من وجود شروط عامة وشروط تفصيلية للتعاقد ، ولا نقصد هنا الشروط العامة التى تتعلق بعقد من نوع معين وإنما نشير إلى الأصول القانونية التى تحكم جوهر العلاقة التعاقدية وهى ما تفتقر إليه العقود النموذجية.

٢ – تبرم هذه العقود بين أطراف تتعارض مصالحها الإقتصادية ولا نعنى بتعارض المصالح هنا مجرد التعارض الناشئ عن طبيعة اختلاف مركز كل متعاقد كالتعارض الناشئ عن وجود بائع ومشترى فى عقد البيع أو مقاول ورب عمل فى عقد المقاولة ، أو مؤمن ومستأمن فى عقد التأمين ، أو مصرف وعميل فى عقد فتح الاعتماد لأن هذا التعارض حتمى ، وإنما نعنى بالتعارض هنا عدم التكافؤ الاقتصادى بين المتعاقدين ، فالتبادل التجارى للسلع قد يتم بين دول مستعمرة ومستعمراتها السابقة أو بين دول متقدمة إقتصادية ودول نامية أو بين دول اشتراكية ودول رأسمالية .

٣ – قد ينتمى أطراف العلاقة التعاقدية إلى دول تتباين نظمها القانونية ويترتب على ذلك إختلاف تفسير المقصود ببعض الاصطلاحات القانونية من دولة إلى أخرى . كما قد لا تعرف بعض النظم القانونية إصطلاحات تعرفها نظم أخرى . وقد توجد فى بعض النظم تنظيمات قانونية لا توجد فى غيرها من النظم من ذلك مثلاً أن النظام الأنجلو أمريكى لا يعرف إصطلاح الخطأ الجسيم المعروف فى النظام اللاتينى ، كما أن نظام المشاركة " Partnership " والنظام المعروف باسم " Trust " لا يوجد إلا فى النظام الأنجلوأمريكى دون النظام اللاتينى وهكذا.

ثانياً: التوصيات

أولاً : الالتزام بأصول قانونية واحدة تعتبر كحد أدنى لمبادئ قانونية عالمية تساعد تدريجياً على إلغاء الحدود بالنسبة لحرية انتقال السلع ، ومن أهم هذه الأصول الاعتراف بمبدأ حرية التعاقد فى جميع القوانين الوطنية فى نطاق التجارة الدولية ، ونلاحظ أن هذا الحل يوافق عليه كثير من كتاب قانون التجارة الدولية سواء منهم من ينتمى إلى دول نظام الاقتصاد المخطط أى الدول الاشتراكية أو إلى دول السوق الحر أى الدول الرأسمالية .

ثانياً: يجب أن يراعى عند وضع الشروط العامة أو العقود النموذجية أن توضع بطريقة تضمن حماية مختلف المصالح المعنية ، ويمكن ضمان هذه الحماية إذا تم وضع الشروط العامة أو العقود النموذجية على أسس معينة أهمها – كما حدث فى صيغ العقود التى وضعتها اللجنة الإقتصادية الأوروبية – مناقشة المشاكل المتعلقة بالتجارة الدولية بواسطة مندوبين أو مؤهلين فنياً لذلك ويمثلون جميع الدوائر المعنية بهذه العقود، فيجب مثلاً تمثيل تجار السلعة سواء كانوا مصدرين أو مستوردين التى توضع لها صيغ العقود، وتمثيل . الناقلين والمؤمنين والمصارف ، على أن يكون لدى الجميع الرغبة فى إيجاد قواعد تحكم علاقاتهم التجارية تتسم بالعدالة بالنسبة لجميع الأطراف دون أن تسيطر على أحدهم الرغبة فى الإفادة من قوة مركزه الإقتصادى بالنسبة للطرف الآخر.

ثالثاً: يجب أن يراعى عند وضع هذه الشروط العامة أو العقود النموذجية أن تتمتع بقدر كبير من المرونة بحيث يمكن دائماً ملاءمة هذه الشروط أو العقود مع الظروف المتغيرة للتجارة الدولية وذلك حتى يمكن أن تتمتع هذه الوسيلة لتوحيد قانون التجارة الدولية بتوحيد شروط التعاقد بأهمية عملية تفوق الإتفاقيات الدولية فى مجال التجارة الدولية.

رابعاً : لابد من قبول التحكيم التجارى كوسيلة وحيدة لتسوية الخلافات الناشئة عن العقود الدولية والإعتراف فى جميع الدول بأحكام هيئات التحكيم التجارى ، وتلعب اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ لتنفيذ أحكام التحكيم الإجنبية ، دوراً هاماً فى هذا المجال .

خامساً : يجب أن يكون مضمون الشروط العامة أو العقود النموذجية التى توضع فى مختلف فروع التجارة الدولية كاملاً ومفصلاً بقدر الإمكان ، إذ أنه برغم خضوع هذا المضمون لمبدأ التفاوض الحر للأطراف ، فإن مواجهة الشروط العامة أو العقود النموذجية للحلول اللازمة للمشاكل القانونية الجوهرية التى يمكن أن تثور بين المتعاقدين خلال فترة التعامل موضوع العقد ، من شأنه أن يجعل

العقد الدولى وبحق ، قانون المتعاقدين وبحيث يحل محل القوانين الوطنية التى يمكن أن تنطبق فى مجالات أخرى وبهذا يتحقق أهم أهداف العقد الدولى ، وهو وحدة المعاملة التجارية الدولية .

والخلاصة هنا إن العقد الدولى يمكن أن يحل محل الإتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية ويصبح قانون المتعاقدين فى نطاق المعاملة التجارية الدولية ، إذا روعيت الإعتبارات التى أشي إليها سلفاً وإتبعت الأصول الفنية التى تحقق هذا الهدف على النحو الذى سبق بيانه .

– تصور عملى لما يمكن أن يكون عليه العقد الدولى يجب أن يتضمن الأمور الآتية :–

١ – تحتوى المقدمة على تعريف محدد للإصطلاحات التجارية التى يتكرر إستعمالها فى العقد حتى لا يثور الخلاف بين المتعاقدين حول تفسير هذه الإصطلاحات خاصة إذا إنتمى المتعاقدان إلى دول نظمها القانونية متباينة .

٢ – قواعد انعقاد العقد (تحديد وقت انعقاده والقيمة القانونية للمراحل السابقة على التعاقد باعتبارها منتهية ولا صفة إلزامية لها بعد إتمام التعاقد) .

٣ – تحديد المبيع من حيث الصنف والصفات والخصائص ودرجة الجودة والمقدار أو الوزن أو عدد الوحدات .

٤ – إذا كانت البضاعة مما يجب تغليفها ، يجب أن ينص العقد على طريقة تغليفها ونوع الأغلفة والطرف الذى يتحمل نفقات التغليف .

٥ – موضوع تسليم البضاعة من البائع وتسلمها من قبل المشترى فيحدد العقد زمان التسليم ومكانه وهو أمر يختلف بحسب نوع أداة النقل ونوع العملية التجارية ، وهل يتم التعاقد على أساس " C.I.F." أو " C. & F " أو " F.O.B." .

ويرتبط بالتسليم تحديد الطرف الذى يتحمل تبعة هلاك البضاعة ومتى تنتقل هذه التبعة من البائع إلى المشترى ، وهى مسألة تهتم . بها العقود الدولية عادة ، بينما لا ينصرف إهتمام معظم العقود الدولية إلى تحديد وقت انتقال ملكية المبيع ، لأن المشترى يفيد بالمبيع بمجرد تسلمه له .

٦ – الوفاء بالثمن وينظم العقد الدولى عادة طريقة سداد الثمن عن طريق فتح اعتماد من جانب المشترى أو من يعينه لمصلحة البائع . كذلك قد يتفق المتعاقدان على حق البائع فى زيادة الثمن أثناء فترة تنفيذ العقد إذا طرأت ظروف يحددها العقد تقتضى ذلك ويبين العقد عادة فى هذه الحالة طريقة حساب الزيادة .

٧ – حق المشترى فى فحص البضاعة المبيعة والمدة التى يتم فيها ذلك وحقه فى إخطار البائع بعدم مطابقة البضاعة لما تم الإتفاق عليه والأجل المحدد لهذا الإخطار والمدد الخاصة برفع الدعاوى أو توجيه المطالبات عما يحدث من مخالفات للعقد .

٨ – إذا كان المبيع أجهزة أو آلات أو أدوات فينص العقد عادة على ضمان البائع للعيوب التى قد تظهر فى المبيع ومدة إلتزام البائع بهذا الضمان .

٩ – أنواع الجزاءات التى يجب إعمالها عند مخالفة شروط العقد والإلتزامات التى يضعها على عاتق أطرافه ، وقد تتمثل هذه الجزاءات فى التعويض أو الغرامة التى تفرض على المخالف أو إصلاح المبيع أو استبداله ، وقد يكون الفسخ هو الجزاء المقرر على مخالفة إلتزام معين .

١٠ – ينص العقد أيضاً على تحديد القوة القاهرة التى تؤدى إلى تحلل أحد الأطراف من التزامه أو وقف اللاإلتزام حتى تزول القوة القاهرة .

١١ – وجود شرط التحكيم لحل المنازعات التى قد تثور بين المتعاقدين وطريقة تشكيل هيئة التحكيم والقواعد التى تتبع لإتمام التحكيم وينص عادة على اتباع قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس أو قواعد اليونسيترال ، كما قد ينص العقد على بيان القانون الواجب التطبيق على النزاع فى الأمور التى تنشأ بين المتعاقدين ولا يواجهها العقد ، وسنفرد أجزاء كبيرة فى هذا المُؤلف لتوضيح كيف يفصل التحكيم بصفة عامة والتحكيم الإلكترونى بشكل خاص منازعات التجارة الدولية .

وفى الختام أرجو أن أكون قد وفقت فى إعداد هذا البحث على الوجه اللائق علمياً وقانونياً فإن كان التوفيق حليفي فهو هبة من الله عز وجل وإن لم اوفق لدراسة مثالية متكاملة، فشفيعى فى ذلك أن الكمال لله وحده ، والحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع

أولاً : الكتب

١. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م.

٢. إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ، ٢٠٠٦.

٣. إبراهيم الدسوقى أبوالليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمى، جامعة الكويت، ٢٠٠٣م.

٤. أبو العلا النمر ، المختصر في تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ،٢٠٠٦.

٥. أبو العلا انمر ، مفاوضات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، ط١،القاهرة ،٢٠٠٢.

٦. أحمد بن محمد بن إسماعيل الحنفى، حاشية الطحاوى على الدار المختار، الجزء الثالث، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٥٧م.

٧. أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاقي، بحث مقدم المؤتمر القانون والكومبيوتر والإنترنت كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربيةالمتحدة، مايو ٢٠٠٠.

٨. أحمد عبد الكريم سلامه ، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٠.

٩. أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.

١٠. أحمد محمود الفضلي الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار قنديل للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر.

١١. أشرف الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣

١٢. بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، ٢٠١٢.

١٣. حسام أسامة أحمد الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩ .

١٤. حسن الهداوي ،القانون الدولي الخاص تنازع القوانين،دار الثقافة ، الأردن،٢٠١٩.

١٥. حنان عبد العزيز مخلوف ، التجارة الدولية، بدون دار نشر،٢٠١٠.

١٦. خالد عرفه ، حجية الوثيقة الإلكترونية فى الإثبات، تونس ،٢٠٢٠.

١٧. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، القاهرة،٢٠٠٥.

١٨. سليم رستم باز، شرح المجلة، دار إحياء التراث العربى، ط٣، دار إحياء التراث العربى، ١٣٠٥هـ.

١٩. سمير عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٢٠. شريف محمد غنام حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧ .

٢١. صالح المنزلاوى، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

٢٢. عادل إبراهيم، الوجيز فى الالتزامات والعقود التجارية، ٢٠٠٢م.

٢٣. عادل أبو هشيمة عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٢٤. عباس العبودى، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، موصل، ٢٠٠٠م.

٢٥. عدنان إبراهيم سرحان، أسماء النطاق على الشبكة العالمية للمعلوماتية، المفهوم والنظام،القانوني دراسة مقارنة مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد٢٥، ٢٠٠٦.

٢٦. عصام عبد الفتاح مطر التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

٢٧. على صادق أبوهيف، القانون الدولى العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ط١٢.

٢٨. فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية،٢٠٠٢.

٢٩. فؤاد رياض وسامية راشد، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

٣٠. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨ .

٣١. كوثر ماركر الحماية القانونية للعلامة عبر الشبكة الرقمية في علاقتها مع أسماء المواقع ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد ٣، ٢٠٠٨، ص٧٥.

٣٢. لسان العرب – ابن منظور – المؤسسة العامة للتأليف والنشر، ج١٥.

٣٣. محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، ط٢٠٠٣م.

٣٤. محمد سُهيل الفقي ، حجية الوثيقة الالكترونية فى الاثبات، مقال منشور بمجلة كلية الشرطة العدد رقم ٤٦ ،٢٠١٩.

٣٥. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥

٣٦. مركز هردو لدعم التعبير الرقمي ، حجية إثبات المحرر الالكتروني ، القاهرة، ٢٠١٦.

٣٧. مصلح أحمد الطراونة ونور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، دمشق المجلد الثاني، ع١، ٢٠٠٣.

٣٨. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية وزارة التربية والتعليم، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.

٣٩. المنجد فى اللغة والإعلام، الطبعة التاسعة والعشرون، دار الشروق، بيروت، ١٩٨٦م.

٤٠. نادية تيان التحكيم كالية لتسوية نزاعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، الجزائر،٢٠٠٦.

٤١. نبيل زايد مقابلة، النظام القانونى لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية فى القانون الدولى الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩م.

٤٢. نزيه محمد الصادق المهدي انعقاد العقد الإلكتروني، مؤتمر المعاملات الإلكترونية ، مركز الإمارات للدراسات والبحوث ١٩ ٢٠ مايو ٢٠٠١.

٤٣. نضال إسماعيل، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،٢٠٠٥ .

٤٤. هشام صادق ، تنازع القوانين ،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧

٤٥. هشام صادق ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠١.

٤٦. هيه ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة زين الحقوقية ، لبنان، ٢٠١١.

ثانياً : الرسائل العلمية:

١. د. رمضان على عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة وتسوية المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ٢٠٠٩م.

٢. ضياء على أحمد نعمان، المسئولية المدنية الناتجة عن الوفاء الإلكترونى بالبطائق البنكية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، مراكش، ٢٠١٠م.

ثالثاً : المجلات والتقارير والمقالات :

١. مصطفى محمد الجمال، فى سبيل نظرية عامة موحدة للقانون فى العالم العربى والإسلامى، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد السادس، سبتمبر ١٩٩٢م،

٢. د .فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،٢٠٠٢.

٣. د. كوثر ماركر الحماية القانونية للعلامة عبر الشبكة الرقمية في علاقتها مع أسماء المواقع ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد ٣، ٢٠٠٨