الباب الثاني

قواعد الإثبات المستحدثة فى المواد التجارية

تمهيد وتقسيم

نقدم ابتداء أن الثورة التكنولوجية الهائلة التى حدثت فى وسائل الاتصال الحديثة والتى فرضت على الجميع مُكنة الاستفادة منها بداية من ظهور التلكس والفاكس وانتهاء بشبكة الإنترنت والتى صارت وسيلة دولية تتجاوز الحدود الإقليمية لدول العالم، والتى مَكّنت الأشخاص سواء الطبيعية، أو الاعتبارية من تبادل المعلومات السريع فى وقت قصير لم تشهده البشريه من قبل البشرية من قبل، وهو ما نتج عنه نشأة فكرة التجارة الإلكترونية والتى وفرت على المستخدمين الوقت والجهد المبذولين عند التعاقد التقليدى، وهو ما نتج عنه فى الواقع العملى استحداث طرق ووسائل حديثة فى التعاملات الإلكترونية أبرزها إبرام هذه العقود على دعامات غير ورقية وهو ما نشأ عنه ظهور بعض من المشكلات العملية والقانونية، وكذلك التوقيع التقليدى والذى أُستعيض عنه بالتوقيع الإلكترونى.

هذه الاستعاضة عن التوقيع التقليدى بالتوقيع الالتكرونى فى معاملات التجارة الإلكترونية لم يحدث ويتم الاعتراف بها فى وقت قصير إنما استغرقت من الوقت والجهد من الفقه والقضاء والهيئات والمنظمات الدولية التي أصدرت توجيهات

ونصوص قانونية تداركاً لهذه المفاهيم الحديثة ومنها لجنه الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسيترال) ومنظمه التعاون الاقتصادى والتنمية *OECD* [1] ومنظمه التجارة العالمية *WTO* [2] وغرفه التجارة الدولية ICC [3] والاتحاد الأوربى [4] إلى أن تدخل المشرع بتقنين هذه التعاملات الإلكترونية.

وما يهمنا فى مجال بحثنا هذا كيفية إضفاء الحجية القانونية لهذا التوقيع الإلكترونى، ومن ثم الإقرار بحجية العقود المبرمة من خلال هذه التجارة الحديثة وطريقة إثباتها.

بيد أن هذه الحجية لا تكون إلا بوجود نصوص تشريعية تنظم الإثبات الإلكترونى وتعترف بحجية عناصر الدليل الإلكترونى نظراً لعدم قدرة القواعد القانونية فى الإثبات التقليدية فى استيعاب هذه المستجدات.

وبهذا سوف نتناول فى هذا الباب التجارة الإلكترونية وقواعد إثبات تعاقداتها والمحرر الإلكترونى والتوقيع الإلكترونى.

---

1 - اختصاراً لـ: Organization for Economic Cooperation &Development راجع الموقع الإلتكرونى للمنظمة http://www.oecd.org

2 - اختصاراً لـ: World Irade Organization lo Organization mondial du commerce للتفصيل انظر الموقع الإلكترونى http://www.wto.org

3 - اختصاراً لـ: International Chamber of Commerce انظر الموقع الإلكترونى لغرفه التجارة العالمية : www.iccwbo.org

4 - التوجيه الأوروبى رقم ٩٧/٧ بشأن عقود البيع بعد الصادر فى ٢. مايو ١٩٩٧ منشور فى الجريدة الرسمية للإتحاد الاوربى عدد (١٤٤) ص ١٩ الصادر بتاريخ ٤ يونيه لعام ١٩٩٧

الفصل الأول
التجارة الإلكترونية وقواعد إثبات تعاقداتها

تمهيد وتقسيم

فى ظل انتهاء النظام الاشتراكي فى أغلب دول العالم والتي كانت تتخذه منهجاً وأسلوباً فى تسير مناحي حياتها السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وازدهار التجارة، وانتشار التجارة الحرة فى مختلف دول العالم وما واكب ذلك من ظهور وسائل حديثة للاتصال جعلت العالم أشبه بقرية صغيرة، خاصة إنشاء شبكة الإنترنت التي سهلت الاتصال بين الأشخاص ومكنتهم من البيع والشراء عبرها دون تحمل عناء السفر والتنقل عبر قارات العالم وهو ما زاد أعداد وحجم المتعاقدين عبر هذه الوسيلة الإلكترونية، وقد لاقت التجارة الإلكترونية اهتمام الكثير من اللجان والهيئات والمنظمات الدولية والإقليمية والتى وضعت نظام قانونى للتجارة الإلكترونية لتذليل العقبات أمامها ويسمح بالتفاعل مع المستجدات الحديثة والمتطورة فى هذا المجال ومن بين تلك المنظمات والهيئات لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى ومنظمة التعاون الاقتصادى والتنمية، ومنظمة التجارة العالمية، وغرفة التجارة الدولية بباريس.

فقد وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولي (الأنستيرال) قانوناً نموذجياً فى شأن التجارة الإلكترونية "قانون الأنستيرال النموذجى بشأن التجارة الإلكترونية"[1] عام ١٩٩٦ ويهدف هذا القانون إلى تيسر أعمال التجارة الإلكترونية عن طريق وضع مجموعة من القواعد الموحدة المقبولة دولياً، والتى يمكن أن تستخدمها الدول فى إعادة النظر فى تشريعاتها لتذليل العقبات القانونية والأمور

---

1 - وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولي قانون الأنستيرال فى ١٢ يونيو سنة ١٩٩٦ واعتمدته الجمعية العمومية بالقرار رقم ١٦٢/١. بتاريخ ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٩٦ .وللاطلاع على هذا القانون مع دليل تشريعة انظر الموقع الإلكترونى http://www.uncitral.org/en_hdex.htm

التنظيمية التى تواجه التجارة الإلكترونية، كما يتضمن مبادىء توجيهية للمتعاملين والتجار يمكنهم اللجوء إليها، أو استخدامها والاستعانة بها عند إبرام اتفاقاتهم التعاقدية من أجل إزالة الصعوبات والعقبات القانونية التى تعترض التجارة الإلكترونية.

وقد لاقت التجارة الإلكترونية اهتمام كبير من منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECDوذلك عن طريق الاهتمام من خلال المؤتمرات التى عقدتها لهذا الخصوص ومنها مؤتمر تذليل العقبات أمام التجارة الإلكترونية الذي عقد بتركيا فى نوفمبر عام ١٩٩٧، والمؤتمر العالمي الذي انعقد بأوتاوا فى أكتوبر سنة ١٩٩٨ تحت مسمى "عالم بلا حدود " لتدعيم وجود التجارة الإلكترونية العالمية.

اهتمت منظمة التجارة العالمية "WTO" من خلال الإشراف على تنفيذ اتفاقيات التجارة الدولية والعمل على تنسيق السياسات الاقتصادية الدولية وتوفير منتدى للتفاوض حول المسائل المستجدة فيما يتعلق بأمور التجارة الدولية.

هذا وقد اهتمت غرفة التجارة الدولية (١٢٢) ببحث الجوانب القانونية والتجارية لتبادل المعطيات المعلوماتية، إذ قامت بوضع نموذجين للعقود النموذجية للتجارة فى المعطيات المعلوماتية أحدهما على المستوى الأوروبى، والثانى على المستوى الدولى.

كما قامت بإعداد مشروعي قانون فى مجال التجارة الإلكترونية يتعلق الأول بالمصطلحات الإلكترونية التى تستخدم فى مجال التجارة الإلكترونية، والثانى يهدف إلى وضع قواعد موحده حول الواقع العملي فى مجال التوثيق والشهادات الإلكترونية.

وقد حذت التشريعات الوطنية حذو التشريعات والتوجيهات الدولية فى وضع تعريف للتجارة الإلكترونية من خلال إصدار تشريعات تنظمها ، أو تعديل نصوصها القانونية القائمة لمواكبة كافة الأمور المستحدثة التى ظهرت مع ظهور التجارة الإلكترونية وانتشارها.

ومن ذلك صدور القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ فى مصر بشأن تنظيم التوقيع الإلكترونى، وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات الصادر بتاريخ ٢٢ من أبريل سنة ٢٠٠٤ والذى

بموجبه أصبح للتوقيع الإلكترونى والكتابة الإلكترونية والمحررات الرسمية والعرفية فى نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية فى أحكام قانون الإثبات إذ توافرت فيها الشروط المنصوص عليها فى هذا القانون [1] .

وأيضاً فى الأردن صدر القانون رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ بتنظيم المعاملات الإلكترونية فى البلاد العربية.

وفى فرنسا صدر القانون رقم ٢٣. لسنة ٢٠٠٠ المؤرخ فى ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ المتعلق بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكترونى المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٦٢ فى ١٤ من مارس سنة ٢٠٠٠ ، وكذلك المرسوم رقم ٢٧٢ لسنة ٢٠٠١ الصادر فى ٣. مارس سنة ٢٠٠١. [2] .

وفى تونس صدر قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠.

وفى إمارة دبى العربية صدر قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢.

وفى الجزائر صدر القانون رقم ٠٥-١٠. بتاريخ ٢٠. يونيو سنة ٢٠٠٥ بتعديل مداد الإثبات بما يتواءم مع تقنيات الاتصال الحديثة والتوقيع الإلكترونى.

ونخلص من ذلك أن مشرعى مختلف الدول قد اتجهوا إلى مساواة التوقيع الإلكترونى بالتوقيع التقليدى، ومنحه ذات الحجية فى الإثبات، إذا توافرت فيه الشروط القانونية والضوابط الفنية التى تضمن صحته وسلامته وتوفر الثقة فى نسبته للموقع، كما أن أيا من تلك التشريعات لم يركز على طريقة معنية ، أو شكلاً معيباً لتلك المعاملات وهو ما يفتح المجال فى انتشار أشكال جديدة له. وسنعرض لمفهوم التجارة الإلكترونية ، و العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية وتكوينه وأنواع تلك العقود وزمان ومكان انعقادها .

---

1 - انظر القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الإلكترونى وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المنشور فى الجريدة الرسمية بالعدد ١٧ تابع (د) فى ٢٢ أبريل سنة ٢٠٠٤.

2 - للاطلاع على هذا القانون انظر الموقع الإلكترونى

WWW.Journal.officiel.gour.fr

المبحث الأول

مفهوم التجارة الإلكترونية

تمهيد وتقسيم

يتطلب العرض لمفهوم التجارة الإلكترونية أن نعرض لتعريفها وأنواعها ومزاياها ومخاطرها .

المطلب الأول

تعريف التجارة الإلكترونية:

تعددت التعريفات الفقهية للتجارة الإلكترونية فقد عرفها البعض بأنها جميع المعاملات التى تتم عبر الإنترنت ولو لم تتمتع بالصفة التجارية وإن كانت فى الغالب بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة ، أو الخدمة [1] .

بينما عرفها جانب آخر من الفقهاء بأنها شكل من أشكال التبادل باستخدام شبكة الاتصالات سواء كان ذلك بين الشركات بعضها البعض ، أو بين الشركات وعملائها بمعنى إتمام الصفقات التجارية والمالية بين المنتجين والمستهلكين بطرق الكترونية، بما فى ذلك تقديم شتى الخدمات التى يحتاجها الجمهور، دون الحاجة إلى الالتقاء الجسدى بين شريحة المنتجين ، أو مقدمى الخدمة، وبين من يطلب تلك السلعة ، أو الخدمة [2] .

---

1 - د/أسامة أبو الحسن مجاهد " خصوصية التعاقد عبر الإنترنت –دار النهضة العربية طبعة ٢... ص٣٤.

2 - د/ نجوى أبو هيبه." التوقيع الإلكترونى مدى حجيتة فى الإثبات " دار النهضة العربية طبعة ٢..٤

وعرفها البعض بأنها ذلك النوع من التجارة الذى يتم باستخدام الوسيط الإلكترونى، سواء داخل الحدود السياسية لدولة ما ، أو خارجها بصرف النظر عن نوعية الخدمة ، أو السلعة محل التجارة ، أو مدى مشروعيتها ، أو القانون الذى تخضع له، والتى تستخدم فيها وسائل الكترونية للتعاقد والسداد [1] .

وإن كان هذا الرأى محل نظر لأنه يسرى بين مشروعية التعامل وعدم مشروعيته فى حين أن التعاملات غير المشروعة لا تصلح لأن تكون موضوعاً لمنازعة قضائية من ذلك تجارة الرقيق والبغاء والسلاح والمخدرات وما شابه ذلك هذا إلى أن القانون لا ينظم مثل تلك المعاملات.

ويرى رأى فى الفقه المصرى أن مصطلح التجارة الإلكترونية يقصد به ببساطة شديدة المعاملات المالية التى تتم الكترونياً عبر شبكة الإنترنت سواء تمت بالصفة التجارية أم لا[2] .

ومن جميع ما تقدم يمكن تعريف التجارة الإلكترونية بأنها المعاملات المالية التى تتم عن بعد بطريقة الكترونية سواء كانت بصفة تجارية، أو مدنية، أو إدارية وأن يكون محل التعامل مشروعاً بصرف النظر عما إذا كانت داخل حدود الدولة الجغرافية أم خارجها للتعاقد على سلعة، أو خدمة.

---

1 - د/ قدرى عبد الفتاح الشهاوى قانون التوقيع الإلكترونى و لائحة التنفيذية فى التشريع المصرى والعربى والأجنبى" دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٥ ص ٢٩٧

2 - د / محمد المرسى زهرة " الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكترونى – الإثبات الإلكترونى – المستهلك الإلكترونى) . دار النهضة العربية الطبعة الأولى ٢٠٠٨ ص ١ . .

المطلب الثانى

أنواع التجارة الإلكترونية

تحتل التجارة الإلكترونية مكانه هامة فى حجم التجارة العالمية خاصة بعد تطورها وانتشارها، مما أدى إلى عزوف البائعين والمشترين عن أسواق التجارة التقليدية ودخولهم فى سوق التجارة الإلكترونية وهى سوق تتميز بالسرعة والبساطة.

وتقسم التجارة الإلكترونية إلى أربع مستويات وفقاً لأطراف المعاملة التجارية وهى:

أولاً : التجارة الإلكترونية بين مصر وحدة أعمال ووحدة أعمال أخرى

Business to Business

وهى تلك التجارة التى تتم بين الشركات ويتم التعامل فيها بين شركتين ، أو أكثر[1]، وهذه التجارة قد تكون مفتوحة بحيث يمكن لأى شركة ترغب فى التعاقد أن تتفق مع الشركة الأخرى، وقد تكون تجارة مغلقة تتميز بمحدودية أطراف التعامل، فلا يسمح لأى شركة خارج نطاق المجموعة فى الشبكة فى الدخول والاطلاع على طبيعة ، أو شروط الصفقات المبرم بينهم[2] .

---

1 - انظر : - Bauchurbery (L):Internet et Commerce électronique- premiere Edition - ParisDelmas -1999-h 9.3- p 112

2 - د/ عبد الله الخشروم، قانون المعاملات الإلكترونية لعام ٢٠٠١ ، وأثره فى عمليات البنوك .بحث منشور فى موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة بالموقع: http://www.ar.wikipedia.org/wiki

وتجارة الأعمال هذه تتضمن تبادل المنتجات والخدمات والمعلومات بين مؤسسات الأعمال وهى غالباً على المستوى الدولى، من خلال عمليات التصدير والاستيراد، وهذا الشكل يمثل الغالبية العظمى من حجم التجارة الإلكترونية والأكثر شيوعاً سواء على المستوى المحلى ، أو الدولى [1] .

ثانياً: التجارة الإلكترونية بين وحدة الأعمال والمستهلكين

Business To Customer B2C

هذا المستوى من التجارة الإلكترونية يشمل التعاملات التجارية التى تتم بين الشركات ، أو المنتجين وعملائهم سواء الحالين ، أو المرتقبين من خلال وسائل الاتصال خاصة شبكة الإنترنت، وتتم هذه التجارة من خلال عرض السلع ، أو الخدمات وبينها عبر شبكة الإنترنت.

وتعتبر تجارة B2C من أشهر التعاملات التجارية التى تتم بين المنتجين والمستهلكين فى مجال التجارة الإلكترونية، نظراً لاتساع قاعدة المستهلكين على العالم، إلا أن الواقع العملى يشير إلى أن حجم التعاملات فى هذا المجال يعتبر أقل من حجم التعاملات فيما بين الشركات بعضها البعض B2B .

ثالثاً : التجارة الإلكترونية بين وحدة الأعمال أو العملاء وبين الحكومة

ويرمز لها برمزى C2G , B2G **وهما اختصار**

Business to Government, Customer to Government

---

1 - انظر التوقيع الإلكترونى ومدى حجيته فى قواعد التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة للباحث/ عادل غانم لنيل درجة الماجستير فى القانون – جامعة القاهرة – ٢٠٠٨ .

وهو ما يطلق عليه الآن الحكومة الإلكترونية حيث يمكن القيام بإجراء المعاملة الكترونياً دون حاجة المتعامل إلى الذهاب للجهات الحكومية، وهى تشمل كافة المعاملات التى تتم بين الشركات والحكومة، وكذلك ما بين الأفراد والإدارات الحكومية المختلفة باستخدام الوسائل الإلكترونية وخاصة شبكة الإنترنت.

وقد أنشأت الحكومة المصرية موقعاً الكترونياً [1] وإن كان لم يُفعّل بعد دفعاً للغرض المعد من أجله، إنما هو بداية يمكن أن يكون لها أهمية بالغة فى المستقبل القريب وإن كان التقدم للجامعات والمعاهد والكليات العسكرية يتم عن طريقه بدلاً من التعامل المباشر مع تلك الجهات.

رابعاً : التجارة الإلكترونية بين وحدة الأعمال أو العملاء أو الحكومات وبين البنوك ويرمز لها بالرمز *B2bank, C2 bank, G2bank* **وهى اختصار لـ** *Tobank gorernmemt to bank Business to bank Customer*

وهذه التجارة تشمل كافة المعاملات التى تتم بين البنوك وعملائها سواء كانت شركات ، أو أفراد ، أو بين البنوك والحكومات من خلال شبكة الإنترنت، وهذا المستوى يطلق عليه مصطلح البنوك الإلكترونية حيث تؤدى البنوك خدمات دفع وتسديد الفواتير والتمويلات المالية، والكشف على الحسابات المختلفة، والودائع والحسابات الجارية الخاصة بالعميل ، أو بالشركة، وتبادل الرسائل الإلكترونية بين البنك وعملائه [2] .

1 - الموقع الإلكترونى للحكومة المصرية WWW.elhokom.gov.eg

2 - د/ قدرى الشهاوى (المرجع السابق) ص٣,١

المطلب الثالث

مزايا ومخاطر التجارة الإلكترونية

بدأت التجارة الإلكترونية تفرز العالم أجمع حتى أصبح من لا يتعامل من خلالها متخلفاً عن ركب الحضارة وهو ما أدى إلى زيادة أعداد المتعاملين عن طريق هذه التجارة لما لها من مزايا كثيرة ومتعددة وما تحققه من فوائد عن تلك التى تتحقق عن طريق التجارة التقليدية، وإذا كان لها مزايا فإنها لا تخلو من بعض العيوب.

وسنعرض فيما يلى لهذه وتلك:

أولاً: مزايا التجارة الإلكترونية

تتمتع التجارة الإلكترونية بالكثير من المزايا وهو ما جعل الكثير من الأشخاص يقبلون على التعامل عن طريقها وهو ما جعلها تزداد وتتطور باستمرار وهى:

تعمل التجارة الإلكترونية على توفير الكثير من النفقات مقارنة بالتجارة التقليدية، فهى توفر الكثير من النفقات مع إعطاء التعامل عن طريقها مكنه الوصول إلى أسواق لم تكن متاحة له من قبل، كما وأنه يمكن إنشاء محل تجارى على شبكة الإنترنت مجاناً ، أو برسوم قليلة، كما يمكن اختيار وتسجيل الاسم التجارى والسمة للمنشأة على الإنترنت[1]

1 - د / طاهر شوقى مؤمن " عقد البيع الإلكترونى – بحث فى التجارة الإلكترونية –" دار النهضة العربية ٢٠٠٧ ص١٥ .

هذا إلى أنها توفر الكثير من نفقات الإعلان والتسويق مما يؤدى إلى توفير منتجات وخدمات تقل عن تلك التى يمكن الحصول عليها بطريق التجارة التقليدية.

أضف إلى ذلك أنها تؤدى إلى زيادة المنافسة بين التجار وهو ما يؤدى إلى الحصول على المنتج، أو الخدمة بسعر أقل، وتوفر الكثير من الوقت وتمكن العملاء من الحصول على كافة المعلومات التفصيلية عن السلع والخدمات فى وقت قصير مما يؤدى إلى سرعة إبرام الصفقات التجارية[1].

كما أنها تعمل على اتساع نطاق التجارة العالمية حيث يمكن عن طريقها وما استحدث فيها من وسائل للاتصال الحديثة الحصول على السلع والخدمات فى أى وقت وفى أى مكان فى العالم.

ثانياً : عيوب التجارة الإلكترونية

مع كل هذه المزايا السابق عرضها للتجارة الإلكترونية إلا أن الأمر لا يخلو من بعض العيوب ، أو المخاطر والتى يمكن أن تؤدى إلى الانتقاص من أهميتها وتحد بالتالى من انتشارها ويمكن عرضها فيما يلى:

١ – يؤخذ عليها عدم توافر الثقة بين أطرافها ويرجع ذلك لطبيعة الوسيلة التى تتم بها فهذه الوسيلة فى حالة التعاقد لا يمكن أن توضح فى الحقيقة مدى جودة السلعة ، أو الخدمة ولا يمكن معاينتها فى الحال مثلما يحدث فى التجارة التقليدية[2].

---

1 - مدى حجية التوقيع الإلكترونى فى عقود التجارة الإلكترونية للباحث/محمد أحمد محمد نور رسالة دكتوراة جامعة القاهرة ٢٠٠٥ ص٢٥ .

2 - د/ محمد احمد محمد نور جستينية " مدى حجية التوقيع الإلكترونى فى عقود التجارة الإلكترونية " رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ٢٠٠٥ ص٢٣ .

٢- كما يؤخذ على التجارة الإلكترونية عدم توافر الأمان فيها، ومرجع ذلك العديد من العوائق الفنية والتقنية، وهو الأمر الذى فهد الطريق أمام محترفى نظم المعلومات فى غياب الحماية الكافية للتطفل على البيانات الشخصية للأفراد، خاصة تزوير ومعالجة التوقيعات الرقمية مما يمكن أى شخص من انتحال صفة لا يتمتع بها، ، أو استخدام هذه المعلومات بطرق غير مشروعة، ولهذا فإن المتعامل عبر شبكة الإنترنت من خلال التجارة الإلكترونية يجب عليه إثبات هويته الشخصية، وتقديم المعلومات الثبوتية الموثقة التى تبدد شك الطرف الآخر، ولا يتم هذا إلا من خلال توافر الوسائل التى يمكن من خلالها تحقيق أمن التجارة الإلكترونية.

وهذه الوسائل تتمثل فى تشفير البيانات ، أو وجود طرف ثالث يقوم بالتحقق من هوية الشخص ويصدر شهادة توثيق توقيعه الإلكترونى [1]

٣- كما يؤخذ على التجارة الإلكترونية أنها قد تؤدى إلى زيادة معدلات البطالة بالاستغناء عن عدد كبير من العمال نتيجة إعادة هيكلة الكوادر الإدارية بالشركات والجهات الإدارية وهذا نظراً للطبيعة الذاتية للتجارة الإلكترونية[2].

٤- أنها قد تؤدى إلى ارتفاع حالات الإفلاس وانهيار بعض الشركات التى لا تظهر مقدرة على سرعة مواكبة الفقيرات والمستجدات الحديثة فى التجارة.

---

1 - محاذير الشراء الإلكترونى للدكتور/ جميل حلمى بحث منشور على الموقع الإلكترونى
WWW.islamonlaine.net/arabic/elonomics/2..3//2/articaleo2shtml

2 - د / قدرى عبد الفتاح الشهاوى " المرجع السابق " ص٢٧٧ .

المبحث الثانى

العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية وتكوينه

تمهيد وتقسيم

ترتكز التجارة الإلكترونية على العقد الإلكترونى، وهو يعتبر بمثابة الأداة الأساسية للتجارة الإلكترونية، بحيث يرتبط بها ارتباطا وثيقا لاينفصل عنها، فالعقد الإلكترونى يمثل ترجمة قانونية لتلاقى الارادات بين البائع ، أو مقدم الخدمة من ناحية، والمشترى ، أو المستهلك الخدمة من ناحية أخرى، [1] أى أنه اتفاق يتم ابرامة بين طرفين وينفذ كليا أو جزئيا من خلال تقنية الاتصال عن بعد بدون حضور مادى متزامن لأطرافه .

ونظرا للطبيعة الخاصة للعقد الإلكترونى فقد اختلف الفقه حول تحديد ماهية العقود التجارية الإلكترونية، سواء من حيث تعريفها ، أو من حيث خصائصها التى تميزها عن غيرها من سائر العقود بصفة عامة[2] .

يشهد التعاقد بالوسائل الإلكترونية نمواً متزايداً، حيث بات يمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية والداخلية وبصفة خاصة فى دول الشمال نتيجة تطورها التكنولوجى الهائل، ويرجع السبب فى ذلك إلى سهولة وسرعة وإبرام هذه العقود، بل أن الأمر الأكثر من

---

1 - د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال " التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة: - دراسة مقارنة – دار النهضة العربية الطبعة الاولى سنة ٢٠٠٦ ص٥٦ .

2 - د / خالد مصطفى فهمى " النظام القانونى للتوقيع الإلكترونى فى ضوء التشريعات العربية والاتفاقات الدولية " – دار الجامعة الجديدة –سنة ٢٠٠٧ ص ٢٤ . .

ذلك أننا نجد المنشآت التجارية العالمية أصبحت ترفض التعامل مع أى عميل جديد لا يستخدم أسلوب التعاقد الإلكترونى ، أو التبادل الإلكترونى للبيانات.

علماً بأن التعاقد الإلكترونى مصطلح يتم تداوله للدلالة على التعاقدات التى تتم بالوسائل الإلكترونية، فالتعاقد بين غائبين يطلق على التعاقد بين شخصين لا يضمهم مجلس واحد والتعاقد الإلكترونى أى الذى يتم باستخدام البرامج والوسائل الإلكترونية.

وهو ما يدعو إلى محاولة التعرف على ماهية العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية من خلال بيان أوجه الخصوصية فيه، وتتمثل بطريقة انعقاده من خلال شركات اتصال دولية ومن أهمها الإنترنت، وذلك بغرض وضع تنظيم هيكلى له، فالقواعد العامة للتعاقد، والمستمدة من النظرية العامة فى الالتزامات وضعت لتنظيم التعاقد فى الشكل التقليدى دون الإلكترونى، وهل تكفى النظرية العامة للتعاقد لتنظيم أحكامه، أم أن له أحكاماً خاصة ناتجة عن طبيعته، وكونه يبرم فى بيئة الكترونية.

هذا إلى أن هناك عقوداً تبرم عن طريق شبكة الإنترنت من أجل تسهيل التجارة الإلكترونية دون أن تكون تلك التجارة محلاً لها، وهو ما يميز العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية عن غيرها من العقود التى تتم فى البيئة الإلكترونية.

وسنعرض فيما يلى لماهية العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية، ثم نعرض لخصائصه كل فى مطلب.

المطلب الأول

ماهية العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية

من المعلوم أن العقد بصفة عامة، يتمثل فى تلاقى إرادتين على إحداث أثر قانونى معين، والعقد من حيث تكوينه إما أن يكون عقداً رضائياً، أو شكلياً، أو عينياً، وهو من حيث الأثر إما أن يكون ملزماً للجانبين، أو ملزماً لجانب واحد، كما أنه يمكن أن يكون عقد معاوضه ، أو عقد تبرع، وهو من حيث الطبيعة أما أن يكون عقداً فورياً ، أو عقد مستمراً، وأما أن يكون عقداً محدداً ، أو عقد احتمالياً[1].

فالتعاقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة إجمالاً هو إيجاب يصدر من أحد المتعاقدين وقبول من المتعاقد الأخر بقصد إحداث أثر قانونى هو إبرام عقد عن طريق إحدى تلك الوسائل سواء المسموع منها، أو المكتوب، أو المرئى.

إن العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية فى حقيقة الأمر، لا يخرج فى بنائه، وتركيبه، وأنواعه، ومضمونه عن هذا السياق، وبذلك فهو يخضع فى تنظيمه للأحكام الواردة فى النظرية العامة للعقد، فالمشرع لم يضع تنظيماً خاصاً له.

العقد لغة هو العهد، ويقال عهدت إلى فلان فى كذا وكذا أى ألزمته، فإذا قلت عاقدته ، أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمته ذلك بإستيثاق [2] وفى الفقه الإسلامى أطلق

---

1 - انظر فى ذلك الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الأول مصادر الالتزام للدكتور/ عبد الرزاق السنهورى طبعة ١٩٨١ ص٢٣ وما بعدها.

2 - لسان العرب ، ابن منظور الجزء الرابع ص ٣١٦ .

لفظ العقد على كل تصرف يمكن أن يرتب أثاراً شرعية سواء كان هـذا التـصرف قـائماً على إرادتين ، أو إرادة واحدة[1]

وعرفه غالبية فقهاء القانون المدنى بأنه اتفاق شخصين، أو أكثر على إحداث أثر قانونى معين.

وقد فرق بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد فـالأول أكثـر شـمولاً مـن الثـانى فالاتفاق يرمى إلى إنشاء الالتزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه، فى حين أن مدلول العقد يقتصر على إنشاء التزام، أو نقله فقط فالعقد بذلك صورة من صور الاتفـاق، وحـسبما يرى البعض أن العقد نوع من جنس الاتفاق إلى أن كل عقد اتفـاق ولـيس كـل اتفـاق عقداً ، أو حسب تعبير المادة(١١.١)من القانون المـدنى الفرنـسى، أن الاتفـاق جـنس *Genre* ، والعقد نوع *Espece* .

ويرى جانب آخر من الفقه [2]أن للتميز بين العقد والاتفاق أهمية علمية مـن حيـث الأهليـة لإبرام كل منهما، فالأهلية المطلوبة للعقـد فى حالـة إنـشاء الالتـزام هـى غـير الأهليـة التـى تـشترط للانعقاد، بل هى أوسع مدى منها، غير أن هذا الرأى أصـبح الآن غـير مقبـول، لانعقـاده إلى نتـائج قانونية، فالأهلية تختلف حسب طبيعة التـصرف القـانونى ومـدى خطورتـه ولـيس بوصـفه منـشئاً للالتزام من عدمه، فمثلاً الأهلية اللازمة للبيع تختلف عن تلك اللازمة للإيجار، ومع ذلك لا يمكن التفرقة بين مختلف العقود لهذا السبب، فالبيع والإيجار كلاهما عقد.[3]

---

1 - انظر أحمد بك إبراهيم مذكرة مبتدئة فى بيان الالتزامات وما يتعلق بها من أحكام فى الشرع الاسلامى القاهرة ١٩٩٤ ص ٤١ وما بعدها .

2 - بلانيول وريبير واسمان ، ج١ بند ١٣ .ص ١٨ .

3 - د/ حلمى بهجت بدوى " أصول الالتزامات طبعة ١٩٤٣

غاية القول أننا نقصد بالتعاقد معنى محدداً هو ركن التراضى، أى تلاقى الإيجاب والقبول، أما بقية الأركان الأخرى فتخضع للقواعد العامة، هذا إلى أن هناك فريقاً فى الفقه القانونى [1] ينتقد أركان العقد بالمفهوم الاعتيادى الذى ورثناه عن الرومان وهى الرضا والمحل والسبب وهذا الاتجاه الجديد عالجه الفقه الإسلامى [2] فيقصر العقد على ركن واحد هو الإيجاب والقبول فقط.

و الذى يهمنها فى هذا البحث هو متى يتم إبرام التعاقد عن طريق وسائل الاتصال، وبصرف النظر عن أية اعتبارات أخرى تكون مؤثرة على علاقة الأطراف، أو أهليتهم وفقاً لقانونهم الوطنى.

وفى التشريع المصرى، اتحد مفهوم الاتفاق بالعقد، فنصت المادة ١٢٢ من القانون المدنى على أن " العقد اتفاق ما بين شخصين، أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها ".

لكن ما هو المقصود بالعقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية؟

فالعقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية هو أحد العقود المبرمة عن بعد، وقد عرفته المادة الثانية من التوجيه الأوروبى الصادر فى ٢. من مايو سنة ١٩٩٧، [3] والمتعلق بحماية المستهلك فى العقود المبرمة عن بعد، المقصود بالتعاقد عن بعد *Remote Contract* بأنه "أى عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمى الخاص بالبيع عن بعد، أو تقديم الخدمات التى ينظمها المورد، والذى يتم باستخدام واحد، أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى تمام التعاقد".

---

1 - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ١٩٨٨ لمحمود جمال الدين ذكى ص٣٥ وما بعدها .
2 - الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية لمحمد أبو زهرة ١٩٧٧ ص ٢٨٨ .
3 - التوجيه الأوربى رقم ٩٧/٧ بشأن عقود البيع عن بعد الصادر فى ٢. مايو ١٩٩٧ منشور فى الجريدة الرسمية للاتحاد الأوربى عدد (١٤٤) ص١٩ الصادرة بتاريخ ٤ يونيو ١٩٩٧ انظر الموقع الإلكترونى http://www.ec.euroqa.eu

ولأن العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية يتم من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية وقد عرفها هذا التوجيه بأنها " أية وسيلة تستخدم فى التعاقد ما بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادى والمتزامن لهما وذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف ".

كما عرف جانب من الفقه الأمريكى العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية بأنه " هو العقد الذى ينطوى على تبادل للرسائل بين البائع والمشترى والتى تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة الكترونياً، وتنشىء التزامات تعاقدية "[1].

ولما كان العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت يتميز بأنه يتم فى الغالب الأعم على المستوى الدولى، فقد ذهب البعض إلى تعريف عقد التجارة الإلكترونى الدولى بأنه " العقد الذى تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص فى دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات الدولية للإنترنت، بهدف إتمام العقد "[2].

ومما سبق يمكن أن نعرف العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية بأنه " العقد الذى يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول من خلال شبكة اتصالات دولية يقصد إنشاء التزامات تعاقدية ".

وتشتمل عملية التعاقد الإلكترونى بخلاف الإيجاب والقبول الإلكترونى على العديد من المعاملات الإلكترونية، مثل العروض والإعلان عن السلع والخدمات، وطلبات الشراء الإلكترونية والفواتير وأوامر الدفع الإلكترونية.

ويدخل فى نطاق العقد المبرم من خلال الوسائل الإلكترونية الاتصالات والرسائل والبيانات الإلكترونية المتبادلة بين منشأة تجارية ومنشأة تجارية أخرى

---

1 - Michael S.Baum & Henry H.Perritt, Electronic Contracting, Op, cit.,p6

2 - د/أحمد عبد الكريم سلامة ص٦٨ القانون الدولى الخاص النوعى.

المطلب الثانى

خصائص العقد المبرم من خلال الوسائل الإلكترونية

تتميز العقود المبرمة من خلال الوسائل الإلكترونية ببعض الخصوصية التى تميزها عن العقود التقليدية، ويمكن أن نعرض لهذه الخصائص فيما يلى:

أولاً: أن السمة الأساسية للتعاقد الإلكترونى أنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد بشكله التقليدى المتعارف عليه، إنما يتم عن بعد من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة دون لقاء مادى مباشر بينهما[1].

وقد عرف المشرع الفرنسى الاتصال عن بعد فى المادة٢ من قانون تنظيم حرية الاتصالات الصادر فى ٣.ديسمبر ١٩٨٦ بأنه " كل انتقال، أو إرسال، أو استقبال لرموز، أو إشارات، أو كتابة أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها بوساطة ألياف أو طاقة لاسلكية أو أية أنظمة الكترومغناطسية أخرى"

ثانياً: يُستبدل العقد المبرم من خلال الوسائل الإلكترونية الكتابة والأوراق وأدوات الإبرام بالوسائط الإلكترونية، ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية فى العقد المبرم من خلال الوسائل الإلكترونية، بل هى الأساس لهذا العقد، حيث يتم إبرامه خلال شبكة اتصالات الكترونية، وهى الميزة الأساسية التى تفرق بينه وبين العقد التقليدى، والتى يتم التعويل عليها فى مسألة إثبات العقد المبرم خلال الوسائل الإلكترونية.

---

1 - د / صالح المنزلاوى " القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية "- دار الجامعة الجديدة ٢..٦ ص١٨ وما بعدها .

ويلاحظ أن اصطلاح شبكة الاتصالات الإلكترونية يأخذ مفهوماً واسعاً فى مجال التعاقد الإلكترونى، لانطباقه على كل نوع من أنواع الاتصالات التى يتم التعبير فيها عن الإيجاب بطريق الصوت، أو الصورة، أو الإشارة الدالة على محتواها، وينطبق ذلك على الاتصالات التى تجرى بالوسائل السلكية، كما يشمل أجهزة الاتصالات التى تعمل بالموجات الهيرتيزية، كما ينطبق على عروض الإيجاب التى تنتقل من خلال الأقمار الصناعية [1]

ثالثاً : أن العقد المبرم من خلال الوسائل الإلكترونية غالباً يكون عقد عابر للحدود ، ومن ثم يتصف غالباً بالطابع الدولى ، ولذلك فإن شبكة الإنترنت هى إحدى الوسائط الأساسية التى تجعل الجميع فى حالة اتصال دائم ، وعلى الرغم من عالية العقد المبرم خلال الوسائط الإلكترونية فقد يكون عقداً محلياً ، أو دولياً وفق أحد المعايير التالية .

المعيار الأول: وهو معيار قانونى، ويكون للعقد طابعه الدولى وفقاً لهذا المعيار إذا تواجد المتعاقدون فى أكثر من دولة .

المعيار الثانى : وهو معيار اقتصادى : ويتصف بالدولية إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية وترتب عليه تدفق السلع والمنتجات والخدمات عبر الحدود [2].

رابعاً : أنه يتصف غالباً بالطابع التجارى والاستهلاكى ، لذلك سمى بعقد التجارة الإلكترونية وكذا تصف بذلك وفقاً للسمة الغالبة عليه ، فمعظمها عقود بيع من جهة وتبرم بين تاجر ومستهلك .

---

1 - د/ أشرف وفا محمد عقود التجارة الإلكترونية فى القانون الدولى الخاص بحث مقدم إلى مؤتمر الاتجاهات الحديثة فى معاملات التجارة الإلكترونية والذى عقد بالقاهرة بجامعة الدول العربية خلال الفترة من ١٧- ١٨ يناير ٢٠٠٠ .

2 - د/ أشرف وفاء محمد (المرجع السابق) ص١٩٧

خامساً : يتميز العقد المبرم من خلال الوسائل الإلكترونية باستخدام وسائل الدفع الإلكترونية محل النقود العادية ، وذلك عن طريق البطاقات البنكية .

سادساً : يفتقر إلى الورق للإثبات فالعقد المبرم من خلال الوسائل الإلكترونية يخرج عن هذه الدعامة ، حيث يتم إثباته بواسطة المستند الإلكترونى والتوقيع الإلكترونى ، وتتبلور فى المستند الإلكترونى حقوق طرفى التعاقد ، فهو المرجع للوقوف على ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين وتحديد الالتزام القانونى لكل منهما، والتوقيع وحده هو الذى يضفى حجية على هذا المستند .

سابعاً: العقد المبرم خلال الوسائل الإلكترونية عقد مقترن بحق العدول، فنظراً لأن المستهلك فى العقد المبرم خلال الوسائل الإلكترونية لا يملك مكنه المعاينة الفعلية للسلعة، أو الإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول، وهو ما قرره المشرع الفرنسى للمستهلك فى المادة ١٢١/ ١٦ من تقنين الاستهلاك الفرنسى.

نخلص مما تقدم أن العقد المبرم من خلال الوسائل الإلكترونية ينفرد بخصوصية تميزه عن العقود التقليدية.

وكل ذلك بفضل شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) وأصبح هناك استطاعة الحصول على المنتجات وتسلمها عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونى أى التسليم المعنوى للبضائع من ذلك برامج الكمبيوتر والملفات والكتب والتسجيلات الموسيقية وغير ذلك من الخدمات المقدمة عن طريق الإنترنت وكيفية استلامها الكترونياً.

المبحث الثالث

أنواع العقود المبرمة من خلال الوسائل الإلكترونية

تمهيد وتقسيم

لعل من أهم ما يميز النشاط الإلكترونى هو التطور والتنوع الأمر الذى يسبب ظهور أنواع مختلفة من العقود فى مجال الإلكترونيات، وعلى الرغم من أن العقد المبرم من خلال الوسائل الإلكترونية يتشابه فى كثير من خصائصه مع العقود التقليدية، فإن خصوصيته التى تميزه عن العقد التقليدى تولد للمجتمع القانونى عقوداً جديدة لم يعرفها من قبل .

ويثور التساؤل هنا هل يعتبر التعاقد من خلال الإنترنت، أو ما يعرف بالعقد المبرم عن طريق الوسائل الإلكترونية إيجاباً فى منشأة أم مجرد دعوة للتفاوض ؟

وظاهر المسألة أن العقود الإلكترونية عبارة عن وسيلة عقدية تتخذ من الإنترنت كوسيلة اتصال ساحه لها ومن ذلك نشر مواقع الكترونية للبيع والشراء والتأجير وما سواها موضوعها مختلف أنواع السلع ، فإذا وضع موقع الكترونى وفيه سلع مختلفة ومنها عرض للبيع فهل يعتبر العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية عندها دعوة للتفاوض أم للإيجاب ؟

عالج القانون المدنى الأردنى هذه المسألة فلم تعد محل خلاف، فقد نصت المادة ٩٤ منه على:

١- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً " وهى القاعدة الأصلية والأولى بالإتباع فقد جعل العرض مع بيان الأسعار بغض النظر عن تلك الأسعار ، أو جهة عرضها ، أو نطاق العرض وما شابه.

وبينت الفقرة الثانية من تلك المادة هذه المسألة أكثر عندما اعتبرت أن النشر والعرض الموجه للجمهور لا يعتبر إيجاباً عند الشك، وإنما هو دعوة للتفاوض.

ولما كان الأمر فى خدمات الإنترنت والحال عند إبرام العقود الإلكترونية أن هناك مواقع متخصصة للبيع والشراء وإبرام العقود ، وأنها مزودة بأيقونات مفاتيح للتعبير عن إرادة كلا طرفى العقد وزودة بما يعرف بالتوقيع الإلكترونى وخدمات أخرى يستدل منها بلا شك على أن هذا الموقع هو أشبه ما يكون بمتجر معنوى لعرض البضائع للبيع فلا يعد من شك أذن لاعتبار العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية بصورته تلك إيجاباً لا مجرد دعوة للتفاوض [1].

ونعرض فيما يلى لبعض أنواع هذه العقود ، وذلك من خلال أربع مطالب .

1 - د/ مراد يوسف مطلق التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونى (المرجع السابق) ص ٨٨ وما بعدها.

المطلب الأول

عقود الخدمات الإلكترونية

يقصد بعقود الخدمات الإلكترونية تلك العقود الخاصة بتجهيز خدمات الإنترنت وتقديمها وكيفية الاستفادة منها، وأهم هذه العقود:

١- عقد الدخول إلى الشبكة

يعتبر عقد الدخول إلى الشبكة من أهم العقود الإلكترونية المألوفة والشائعة على الإنترنت، لا سيما وأن هذه الشبكة تمثل الوسيلة المثلى للتحاور ونقل المعلومات بين الأطراف فى شتى أرجاء المعمورة.

وهو عقد يلتزم بمقتضاة مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول على الإنترنت من الناحية الفنية، وذلك بإتاحة الوسائل التى تمكنه من ذلك، وأهمها برنامج الاتصال الذى يحقق الربط بين جهاز الكمبيوتر والشبكة، والقيام ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل الجديد، وذلك مقابل التزام العميل بسداد رسوم الاشتراك المقررة[1].

وغالباً ما يتعهد مقدم خدمة الاشتراك بعدم الدخول على مواقع تقدم مواد غير مشروعة.

٢- عقد خدمة المساعدة الفنية

---

1 - د/ لأسامة أبو الحسن مجاهد " المرجع السابق: ص ٥٥ وما بعدها

وهو ما يعرف بالخط الساخن وهى تمكن مستخدم الإنترنت من مواجهة حل المشكلات الفنية التى تعترضه، وتسهم هذه النوعية من العقود فى إتمام العمليات التى تتعلق بالتجارة الإلكترونية وبصفة خاصة إبرام العقد عن طريق الوسائل الإلكترونية الواردة على منتجات ذات تقنية عالية.

ويتم التعاقد على تلك الخدمة غالباً بين المورد والعميل بمناسبة الاشتراك فى شبكة الإنترنت، ويتم تقديم هذه الخدمة عن طريق التيلفون تنفيذاً للشروط التعاقدية المتفق عليها التى تبين موعد وكيفية وأساليب الاستفادة منها.

٣- عقد الإيواء

وهو عبارة عن مرور فنى إلزامى عبر الإنترنت حيث أن العميل الراغب فى الاستقرار على الإنترنت بغرض الحصول على مجرد موقع على الشبكة ، أو بغرض فتح متجر افتراضى، فعليه أن يتبع نظام عقد الإيواء، والذى يتضمن التزاماً من مقدم الخدمة باستقبال موقع العميل ، أو متجره الافتراضى على الشبكة لمدة معينة مقابل شىء معين.

وعلى ذلك يمكن القول بأن عقد الإيواء عبارة عن عقد إيجار أشياء وقد نظمه المشرع الفرنسى فى المادة ١٧١٣ من التقنين المدنى، والتى تقابل المادة ٥٥٨ من القانون المدنى المصرى.

ونظراً لأن مقدم الخدمة يسمح لعميله بالإنتفاع بأجهزته مع احتفاظه بملكيتها، ويتنازل له عن حيازتها لبعض الإمكانيات التى تنتجها هذه الأجهزة، فإن مسئوليته عن

الأضرار الناتجة عن استعمال العميل لأجهزته، تتحدد بالقدر الذى يتخلى فيه عن حيازته لإمكانات أجهزته.

فإذا وصل ذلك إلى الحد الذى يمكن معه اعتبار أنها خرجت من تحت حراسته فإنه يكون مسئولاً عن الأضرار التى تلحق بالغير بسبب استعمال العميل ما لم يثبت أن مقدم الخدمة كان يعلم بما قام به العميل، كما تقدم مسئولية مقدم الخدمة أيضاً إذا لم يتخلى عن حيازته لإمكانات أجهزته ولا يخرج ذلك عن القواعد العامة المقررة بشأن مسئولية حارس الأشياء.

ويتم تحديد التزامات مقدم الخدمة فى العقد حيث يمكن ان تتضمن التزامات إضافية كالالتزام بالمساعدة ، أو تزويد العميل بالمعلومات فى حين يلتزم العميل بدفع المقابل المتفق عليه، وأن يستخدم هذه الأدوات على شكل صحيح ولا يسبب الأضرار بالأجزاء المخصصة له وأن يلتزم باحترام القوانين والأعراف السائدة.

٤-عقد إنشاء موقع

وهو عقد يلتزم فيه مقدم الخدمة المعلوماتية بإنشاء موقع للعميل بحيث يتمكن من التعامل عبر الموقع، ومعنى ذلك أنه عقد مقاولة موضوعه إنجاز عمل يتعلق بأداء خدمة معلوماتية وقوامه أن يلتزم مصمم الموقع بإنجاز ذلك عبر المواصفات الفنية والجمالية ذات الصلة الخاصة به على نحو يضمن حمايته القانونية كعمل يندرج فى إطار الملكية الفكرية بالإضافة إلى بعض الالتزامات الإضافية كالالتزام بإيواء الموقع ، أو إتمام الإجراءات الإدارية اللازمة للحصول على اسم له.

٥- عقد تقديم خدمة البريد الإلكترونى

قد يخصص مقدم الخدمة للعميل عبر الإنترنت حيزاً معيناً على جهاز الكمبيوتر الخاص به والمتصل بالشبكة من أجل صندوق خطاباته الإلكترونى، فيمكنه من خلاله تلقى الرسائل من أى مستخدم آخر للإنترنت ويرسل فى ذات الوقت إلى أى شخص له عنوان بريد الكترونى[1].

٦- عقد إنشاء المتجر الافتراضى

وهو عقد يلتزم بمقتضاة مقدم الخدمة بأن يمكن التاجر من عرض بضاعته من خلال موقع الكترونى ، أو مركز تجارى افتراضى، وذلك مقابل أمر متفق عليه.

ويتضمن هذا العقد عادة نوعين من الشروط، شروطاً عامة تخضع لها كل المتاجر المشاركة فى المركز التجارى كتحديد البيانات الشخصية للمشارك، وتقديم بيان مفصل للمنتجات والسلع المعروضة وصورها الدقيقة، وتحديد اللغة التى يتم بها العرض، وتحديد الأسعار بوضوح مع بيان الضرائب ونفقات الشحن ومواعيد التسليم، واحترام التشريعات والأعراف السائدة، وتنظيم إبرام العقود مع الأفراد، وسبل الوفاء، وهناك بعض الشروط الخاصة بكل متجر على حده.

1 - د / محمد حسين منصور " المرجع السابق: ص ٢٥ وما بعدها .

المطلب الثانى

العقود المعلوماتية

لما كانت العملية المعلوماتية تستوجب فى انجازها أدوات معينة، فإن إرادة الأطراف تتجه إلى استخدام قوالب قانونية مختلفة، فهناك توريد الأشياء المادية فأجهزة الكمبيوتر، وهناك الأموال المعنوية كالبرامج، إضافة إلى الخدمات الذهنية كالدراسة والمشورة والخدمات المادية كالتركيب ومن أهم هذه العقود[1] .

١- عقود بيع برامج المعلومات

ويلجأ إليها الشخص عادة عندما يندمج البرنامج فى وسيط مادى يتم عرضه فى الأسواق كالإسطوانات والكتب.

٢- عقود تأجير برامج المعلومات

ويكون ذلك عندما يجد الشخص نفسه فى حاجة لاستعمال البرنامج لمدة معينة لا تستلزم الشراء فيكتفى بتأجيره لهذه المدة التى يحتاجها.

٣- عقود تقديم المساعدة الفنية

وفى هذه العقود يلتزم المورد بتزويد العميل بالفنيين اللازمين لتدريب أفراده على تشغيل الحاسبات والبرامج وإصلاحها وصيانتها، وكيفية إدارة المشروع بالأساليب الفنية.

---

1 - د/ محمد حسين منصور " المسئولية الإلكترونية " ص٢٥ .

المطلب الثالث

عقود الفضائيات والإعلانات

أولاً : عقود الفضائيات

لا شك أنه مجال خصب من العقود التى تبرم مع القنوات الفضائية بقصد تلقى إرسال تليفزيونى بعينه فى تخصصات مختلفة.

ثانياً : عقود الإعلانات

وهى عقود تبرم بقصد بث إعلانات معينة ذات طبيعة تجارية ، أو مهنية عبر قنوات الإرسال ، أو شبكة الإنترنت، إذ يتم تقديم مواقع على شبكة المعلومات مجاناً، حيث يتضمن هذا الموقع برنامجاً يساعد المستفيد على التعامل مع الشبكة، ويقوم مؤلف البرنامج بعرض إعلانات التجار فى هذا الموقع، فيطلع عليها كل باحث ، أو متجول فيها.

المطلب الرابع

العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية وعقود الإذعان[1]

لما كان العقد المبرم من خلال الوسائل الإلكترونية عقد كسائر العقود الأخرى من حيث الموجبات العامة وبما يتوفر له من أركان ونمو ذلك فإن التساؤل يثور فى نطاق العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية هل هو عقد إذعان أم لا.

والواقع أن الإجابة على مثل هذا التساؤل تأتى بصورة ملحه من حيث أن العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية ذو طبيعة استثنائية من حيث أسس ودوافع التعاقد الأمر الذى يدفع العديدين نحو التفكير فى مدى اعتبار العقود الإلكترونية عقود إذعان، وهو ما يقتضى البحث فى أمرين:

أولاً: مفهوم عقد الإذعان بصفة عامة

ثانياً: مدى انطباق هذا المفهوم على العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية

أولاً: مفهوم عقد الإذعان

عقد الإذعان عقد كسائر العقود المدنية إلا أنه اختل فى ناحية من نواحى بنائه العامة فكان مختلفاً عن سائر العقود من هذه الناحية ألا وهى تفاوت القوة التفاوضية لكلا طرفيه.

فإذا كان العقد بصفة عامة هو ارتباط القبول بالإيجاب وتوافقهما على نحو يثبت أثره فى المعقود عليه، فإن معنى ذلك أن العقد ما هو سوى ارتباط إيجاب بقبول بالدرجة

---

1 - التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونى (المرجع السابق) ص ٩٢ وما بعدها.

الأولى ثم توافق هذا القبول مع الإيجاب والعكس، بحيث يجتمعان على ذات النقاط ويتفقان على ذات الصورة، وبهذا يقوم العقد.

فإن اختلف القبول عن الإيجاب فإن صدر قبول مغاير لم ينعقد العقد إلا بإيجاب آخر يقابله والتطابق مطلوب بكل الأحوال وألا فلا عقد عندها.

إلا أنه وفى بعض الأحيان يرد على هذه القاعدة استثناءات تتعلق بتطابق القبول والإيجاب وأخرى تتعلق بمبدأ التفاوض الذى يؤدى إلى هذا التطابق .

وما يهمنا فى هذا المجال هو تلك المفاوضات التى تركنا لكلا طرفى العقد وصولاً إلى تطابق الإيجاب بالقبول ففى بعض الأحيان لا يكون لأحد العاقدين حق ، أو فسخه ، أو حرية فى التفاوض على بنود العقد وإبداء رأيه فى التفاوض حول بنود وشوط وأحوال العقد الذى هو فى غالب الأحيان معد مسبقاً من قبل المتعاقد الآخر [1].

هذا النوع من العقود اصطلح على تسميته "عقود الإذعان " التى تشير إلى إذعان أحد الطرفين فى العقود لإرادة مطلقة للمتعاقد الآخر وفقاً للنموذج الذى ارتأه ذلك المتعاقد

ويبدو أن هذه العقود وجدت فى الواقع العملى خدمة للطرف الأقوى الذى امتلك بذلك حرية فرض إرادته على العقد والطرف الآخر كالعقود التى تبرمها شركات الكهرباء مع المستهلكين وكذلك عقود تزويد المياه والغاز والهاتف ونحوها .

ثانياً : مدى انطباق المفهوم على العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية

1 - د/ حسام الدين الاهوانى " النظرية العامة للالتزام طبعة ١٩٩٥ ص ١٢٤ .

إن الحديث عن مدى توافر خصائص عقود الإذعان فى العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية ينطلق من طبيعة وخصائصه عقد الإذعان بصفة عامة والعلة التى اتجهت البته إلى اعتبار تلك العقود عقود إذعان .

والأمر عندنا كما يرى الفقه أيضاً أن العقد يوصف بأنه عقد إذعان عندما لا يكون لأحد الطرفين فيه فرصه للتفاوض على بنود العقد وشروطه ويكون كل ما فى الأمر أن يقبل بهذا العقد وحده ، كما هو ، أو برفضه كما هو .

ترىهل يتوافر هذا المفهوم فى العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية ؟

وبالإشارة إلى نص المادة ١ .. من القانون المدنى والتى لم تتضمن تعريفاً لعقد الإذعان: إلا أنه يمكن تعريفه بأنه العقد الذى يتحدد مضمونه العقدى كلياً ، أو جزئياً بصورة محددة وعامة قبل الفترة التعاقدية، فعقد الإذعان هو عقد كسائر العقود من حيث توافر الأركان المعروفه فيه، إلا أنه يتميز بأن الإيجاب فيه يصدر للكافة وبشروط واحدة وهى مقررة فى معظمها لمصلحة الطرف الموجب، وأن الطرف المذعن يقبل هذه الشروط دون مناقشة ، أو تفاوض[1].

وبالنظر فيما تقدم فإن العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية لا يمكن أن يكون عقد إذعان ولا يتصور النظر إليه بهذه الصفة لما يلى:

١- أن عقد الإذعان لا يقبل فيه النقاش والرأى من أحد المتعاقدين وهذا لا يتوافر بالعقود الإلكترونية القائمة أساساً على التراضى .

٢- أن عقد الإذعان وجد لحماية الطرف القوى الذى يملى إرادته على الطرف الضعيف والأمر فى العقود الإلكترونية أنه لا طرف قوى ولا طرف ضعيف والأمر أن كلا العاقدين على قدم المساواة معاً.

---

1 - وقد اوردت محكمة النقض فى حكم لها انه " يجب لكى يعتبر العقد عقد اذعان أن يتضمن احتكارا قانونيا أو فعليا أو فى القليل سيطرة على السلعة أو المرفق تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق،" نقض الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٣٥ق جلسة ٣ يونية ١٩٦٩ س٢. ص ٨٥١ .

٣- أن عقود الإذعان تتعلق بسلع محتكرة أو ذات ضرورة ملحة للناس كالماء والكهرباء وسواها ولذلك فإن العقود الإلكترونية لا تتعلق بهذه السلع على أقل تقدير بل تتسع لكل ما يمكن أن يكون محلها قابلاً للتعاقد من الجهة القانونية،[1] أن الإذعان لا يكون بمجرد وضع نموذج معه مسبقاً للتعاقد بل يكون بحاجة الطرف الضعيف للتعاقد دون أن يملك الحق بالتناقض فى بنود تلك النماذج.

ومع ذلك فإن بعض الفقه يرى أن العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية هو عقد إذعان باعتبار أن مفهوم عقود الإذعان تطورت إلى حد القول بأنها أصبحت تتعلق بحماية المستهلك، ولذا فإن كافة العقود التى تتعلق بالمستهلك وتطال سلعاً ضرورية له فهى عقود إذعان، ومن ذلك العقود الإلكترونية.

ويميز الفقه بين نوعين من التعاقد الإلكترونى.

التعاقد عبر البريد حيث يملك كلا طرفى العقد مطلق الحرية فى التعبير عن الإدارة والمناقشة حول كافة بنود العقد وفى هذا العرض لا تعتبر العقود الإلكترونية عقود إذعان.

التعاقد عبر الويب: أو المواقع الثابتة التى يكون فيها نماذج معدة مسبقاً للسلع تبين شروط التعاقد والدفع والأسعار والتعليم وغيرها ولا يملك القابل التفاوض حول تلك البنود، وفى هذا العرض يعتبر العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية عقد إذعان.

---

1 - وقد أوردة محكمة النقض فى هذا " أن من خصائص عقود الاذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة الى المستهلكين أو المنتفعين ، ويكون فيها احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق اتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سبطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وأن يكون صدور الايجاب الى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة : (نقض الطعن رقم ٢,٨ لسنة ٢١ق جلسة ٢٢ أبريل ١٩٥٤ س٥ص٧٨٨ .

ومع أن مفهوم ومنطق عقود الإذعان لا يقف عند حد وجود أنموذج مكتوب مسبقاً لا يقبل التفاوض حوله فليس هذا مغزى الإذعان المنصرف إلى إرادة القابل بل الأمر فى نظرنا يكمن ويشكل رئيس فى صفة القابل من الموجب وهل هو بدرجة من الحاجة والضعف والإلحاح حيث لا يكون هناك يد من الدخول والتعاقد وقبول الانموذج على حاله[1].

واقع الأمر أن العقود الإلكترونية لا يتوافر فيها الاحتكار منا لا يبقى للأنموذج تلك الصفة طالما أمكن للمتعاقد أن ينتقل عبر صفحات الويب والمواقع الأخرى بحثا عن فرصة أفضل للتعاقد مما يخرجه من دائرة الاحتكار والضعف والحاجة وهو الرأى الأفضل لحماية سلطان الارادة ، و تحقيقا لفاعلية التعاقد عبر الإنترنت .

وفيما يتعلق بالطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية من حيث مدى إمكانية اعتبارها من عقود الإذعان ، أو من عقود المساومة هناك اتجاهان مختلفان فى التشريع والفقه .

الاتجاه الأول: العقود الإلكترونية من عقود الإذعان

يذهب أنصار هذا الرأى إلى اعتبار بعض العقود الإلكترونية من تطبيقات عقود الإذعان ويتمثل هذا الاتجاه فى جانب من الفقه الانجليزى والفرنسى [2]وكذلك اتجاه فى التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية من ذلك المشروع المصرى لقانونى التجارة الإلكترونية الذى نص فى المادة ١٨ منه على أنه "تعتبر العقود النمطية المبرمة إلكترونياً من عقود الإذعان فى مفهوم القانون من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية، ويعد شرطاً تعسفياً كل شرط من شانه الإخلال بالتوازن المالى للعقد وكل شرط يتضمن حكماً لم يجر به عرف " ويستند

1 - د / أسامة أحمد بدر " حماية المستهلك فى العقود الإلكترونية " المرجع السابق ص ١٩. .
2 - د / سمير برهان " ابرام العقد فى التجارة الإلكترونية " المرجع السابق ص٢. .

هذا الاتجاه فى موقفه إلى أن غالبية العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت تتم عادة من خلال عقود نمطية (نموذجية) تظهر فى الموقع الإلكترونى للبائع على شكل استمارة الكترونية تتضمن تفاصيل التعاقد وتتوجه بشروط متماثلة إلى الجمهور على وجه الدوام، وتبقى فترة طويلة وتكون ملزمة ولا تقبل المناقشة ، أو التعديل، وكما يذهب أصحاب هذا الرأى يتوافر ضعف الطرف المذعن لمجرد أعداد العقد مسبقاً من قبل الطرف الآخر الذى يكون عادة منتجاً [1].

محترفاً ومتمتعاً بالخبرة فى مجال تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد بالصورة التى تحقق مصلحته دون السماح للطرف المذعن بالمناقشة فيها ولا يوجد أمام الطرف الآخر إلا أن يقبلها ، أو لا يتعاقد أصلاً، كما يرون أنه لا محل لاشتراط توافر الاحتكار القانونى ، أو الفعلى لسلعة ضرورية لاعتبار العقود الإلكترونية من عقود الإذعان بل يعتمد أنصار هذا الاتجاه إلى تغليب المعيار الاقتصادى على غيره من المعايير إذ ينشىء الإذعان بالتفاوت الاقتصادى الشديد بين الطرفين.

الاتجاه الثانى: العقود الإلكترونية من عقود المساومة

فعقود المساومة هى تلك العقود التى يمكن التفاوض فى شروطها ومناقشتها وتوضع هذه الشروط باتفاق الطرفين.

ويرى أنصار هذا الاتجاه من الفقه [2]أن العقود الإلكترونية التى تعد فى الواقع عقود إذعان كالعقود المبرمة إلكترونياً للحصول على الخدمات الضرورية كالماء والكهرباء والهاتف والغاز ، وخدمات الاشتراك فى شبكة الإنترنت ولكن ليس بالضرورة أن تكون العقود الإلكترونية من عقود الإذعان دائماً على الرغم من أنها أى شروط التعاقد قد تكون معدة مسبقاً للموقع الإلكترونى للتاجر على الشبكة ولكن

1 - انظر د / حسام الدين الأهوانى " المرجع السابق " ص ٥٨ وما بعدها .
2 - د / سمير برهان (المرجع السابق) ص٢

هذه ليست بالخاصية الوحيدة لعقود الإذعان، بل يفترض أن يكون العقد متعلقاً بسلعة ، أو خدمة ضرورية، وفى ذلك قضت محكمة النقض " أن من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع ، أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين ، أو المنتفعين، ويكون فيها اقتصار الموجب هذه السلع ، أو المرافق اقتصاراً قانونياً ، أو فعلياً ، أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محدودة، والسلع الضرورية هى التى لا غنى للناس عنها، والتى تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون فى وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التى يقدمها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة، كما أن انفراد الموجب بإنتاج سلعة ما ، أو الاتجار فيها لا يعد اقتصاراً يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الإذعان ما لم تكن السلعة من الضرورات الأولية للجمهور بالمعنى المتقدم ونلاحظ أن الأوصاف المميزة لعقود الإذعان فى العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت دائماً[1].

ونلخص مما سبق إلى عدم ضرورة اعتبار جميع العقود الإلكترونية المبرمة عقب شبكة الإنترنت من قبيل عقود الإذعان لأسباب كثيرة.

١- أنه ولئن خلت معظم التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية مما يدل على اعتبار العقود الإلكترونية من عقود الإذعان إلا أن غالبية هذه التشريعات والتى تضمنت أحكاماً قانونية خاصة بالمعاملات والعقود الإلكترونية أتاحت للمستهلك عندما يكون طرفاً ضعيفاً فى هذه العقود حماية قانونية أكبر من الحماية القانونية التى توفرها القواعد العامة للطرف المذعن [2] وأيضاً ما ورد فى المادة ١٨ من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصرى من اعتبار

1 - نقض الطعن رقم ٣٩٨ لسنة ٣٧ ق – جلسة ١٩٧٤/٣/١٢ لسنة ٢٥ ص ٤٩٢ .
2 - انظر التشريع التونسى والأردنى ودبى والبحرين والخاص بتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية

العقود الإلكترونية النموذجية المعدة شروطها سلفاً من عقود الإذعان أما العقود الأخرى النموذجية فتبقى فى إطار عقود المساومة.

٢- أن العقود الإلكترونية النمطية المعدة شروطها سلفاً تتيح للطرف المتعاقد الحرية فى التعاقد ولا ينحصر خياره فى الموافقة على تلك الشروط بل يستطيع شراء السلعة من منتج أخر إذا لم تناسبه الشروط المقدمة من قبل الموجب، خاصة إذا ما عرفنا أن أحد مزايا التجارة الإلكترونية التى تعد العقود من آلياتها، هى خيارات اللتسوق الأفضل للمشترى.

٣- أن العقود الإلكترونية وخصوصاً تلك التى تبرم بين قطاع الأعمال تتم عادة بعد إجراء مفاوضات ومناقشات مفصلة بصدد شروط التعاقد، بل أن شبكة الإنترنت تتيح للمتعاقدين أساليب متنوعة من التحاور والتفاهم، تختلف عن الأساليب والصور الأخرى للتعاقد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية.

المبحث الرابع

زمان ومكان انعقاد العقد

تمهيد وتقسيم

مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد من أهم المشكلات القانونية التى يثيرها التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة سواء بالرسائل والبرقيات العادية ، أو غيرها، ويشير الأستاذ/ مورل [1]. إلى أن هذه المشكلة طرحت على بساط البحث منذ أمد طويل، لاسيما وأن قانون التجارة الإلكترونية النموذجى لسنة ١٩٩٦، والتوجيه الأوروبى بشأن التجارة الإلكترونية الصادر سنة ٢...، لم يحددا إبرام العقد تحديداً صريحاً، ومن ثم لم تحسم المشكلة بعد وتعد من المشكلات التى استحال بشأنها وضع مبدأ مطلق، على الرغم من دقتها وأهميتها.

وتكمن صعوبة تحديد وقت إبرام العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية فى صعوبة تحديد زمان وصول القبول والإيجاب إلى الطرف الآخر، ذلك انه عندما يتم نقل التعبير عن الإرادة إلكترونياً عن طريق الضغط على إزرار لوحة المفاتيح بالكمبيوتر، فإن هذه الإرادة الإلكترونية تنتقل عن طريق ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى

1 - MoreLila formation bu. Contrr SA foce obligatiore course De Doctorat paris 1..4

ومضات إلكترونية تصل إلى جهاز الكمبيوتر لدى المرسل إليه، ويصعب تحديد تاريخ وصول الومضات الإلكترونية إلى الطرف الآخر.

والقاعدة العامة بالنسبة لانعقاد العقد، أن تحديد المكان يكون تبعاً لتحديد زمان الانعقاد [1] إلى أن الأمر يختلف بالنسبة للتعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، وقد اختلفت الآراء وتشعبت النظريات حول هذه المسألة إلى عدة مذاهب، نبحثها تباعاً فى مطلبين مستقلين.

المطلب الأول: مكان انعقاد العقد

المطلب الثانى: زمان انعقاد العقد

1 - النظرية العامة للالتزام إسماعيل غانم ١٩٦٦ ص ١٢. وما بعدها .

المطلب الأول

مكان انعقاد العقد

على الرغم من التطور التقنى الـذى يعـم العـالم، فـــإن هنـــاك مجموعـة مـن الدول، لم تتول تنظيم قواعد قانونية تحكم مثل هذا العمـــل، والـسندات الإلكترونيـة تتميز بقابلية الانتقال عبر شـبكات سـواء المحليـة (*Area Network LAN LOCAL*) أو الشبكات الموسعـــة (*Wan – wide Area network*).

وبالتالى من المتصور تقديم السند كبينة قائمة فى دعوى أقيمت فى دولة المنـشىء ، أو المرسل إليه، وعندها لابد من تحديد مكان الإنشاء، والقانون واجب التطبيق عليها، خاصة وأن وجود البيانات على شبكة الإنترنت يعطيها وصف الوجودية فى كـل مكـان لعقود التمركز الجغرافى للمعلومات على هذه الشبكة، علماً بـأن غالبيـة التـشريعيات فى هذا المجال متقاربة، كونها منقولة عن قواعد الاونسترال فى معظم موادها، لكن هـذا لا يمنع من وجود بعض التباين أحياناً.

وتبرز أهمية تحديد مكان إبرام العقد سواء الإلكترونى أم التقليدى، وتكمـن فى تحديد المحكمة المختصة للفصل فى المنازعات حول العقد، سواء كان الأمر يتعلق بإبرام العقد ، أو فى المرحلة السابقة على التعاقـد، ، أو فـيما يتعلـق بالآثـار المترتبـة عـلى إبـرام العقد[1].

وبالرجوع إلى أحكام قانون التوقيع الإلكترونى المصرى . وكونـه جـاء خاصـاً لتنظيم المعاملات التى تتعلق بالتوقيع الإلكترونى، فقد جاء خالياً من أى نـص قـانونى

1 - د/ إسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٢١.

يحدد مكان إبرام العقد ، أو ما يشير إلى ذلك، الأمر الذى يوجب تطبيق أحكام الشريعة العامة (القانون المدنى) لكل ما لا يرد فيه نص[1].

وقد جاءت المادة ١٧ من قانون تنظيم التوقيع الإلكترونى تطبيقاً لما سلف فقد أحالت إلى القواعد العامة لكل ما لم يرد عليه نص فى هذا القانون، والذى جرى نصها على ما يلى: "تسرى فى شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكترونى والكتابة الإلكترونية فيما لم يرد فى شأنه نص فى هذا القانون ، أو فى لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها فى قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية ".

أما قانون الانسترال النموذجى فقد جاء أكثر تفصيلاً، فقد نصت المادة ١٥/ ٤ منه على أنه " ما لم يتفق المنشىء والمرسل إليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذى يقع فيه مقر عمل المنشىء ويعتبر أنها استلمت فى المكان الذى يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة.

أ- إذا كان للمنشىء ، أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل هو المقر الذى له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية ، أو مقر العمل الرئيسى إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

ب- إذا لم يكن للمنشىء ، أو المرسل إليه مقر عمل يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد.

وبذلك يعتبر أن السند مرسل من المكان الذى يقع فيه مقر عمل المنشىء، وإذا لم يكن لهذا المنشىء مقر يمارس من خلاله أعماله، فأن مقره لعمله يعتبر المكان الذى يقيم فيه، أما إذا تعددت المقار التى يمارس من خلالها عمله، فإن المقر الأكثر صلة بالمعاملة يعتبر مكاناً لإرسالها، كل ذلك ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وبالتالى حتى لو لم تكن دولة

1 - القانون رقم ١٥ لسنة ٢..٤ بتنظيم التوقيع الإلكترونى وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المنشور بالجريدة الرسمية العدد ١٧ (د) تابع بتاريخ ٢٢ من أبريل سنة ٢..٤ .

التقاض قد نظمت الاسناد الإلكترونية، فإن أطراف العلاقة يملكون الاتفاق على أن الأسناد الإلكترونية حجة بينهم.

وحيث إننا بينا أن السند الإلكترونى يستكمل إنشاؤه بخروجه من نظام المعالجة التابع للمنشىء، فإن مكان إقامته هو المكان ذاته الذى أنشىء به السند، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

وبالتالى فإن الشروط التى يحددها قانون المنشىء الواجب توافرها لإنشاء السند الإلكترونى هو الواجب التقيد بها وليست شروط قانون دولة القاضى ، أو المرسل إليه، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك وفى حالة عدم استيفاء هذا السند مثل هذه الشروط، فإن ذلك يشكل دفعاً قانونياً بعدم استيفاء السند الشروط القانونية لإنشائه فى مواجهة المحتج بالسند[1].

وبالرجوع إلى الأحكام العامة فى القانون المدنى المادة (٢.) العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد موطن المتعاقدين ، أو قانونهما الوطنى المشترك[2].

ويرى جانب من الفقه لزوم الأخذ بنظرية التلازم بين زمان انعقاد العقد ومكانه فى حالة التعاقد بين غائبين ، وهو ما أخذ به المشرع المصرى فى المادة ٩٧/ ١ من القانون المدنى "يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول بالمقابل يرى جانب من الفقه أنه وفى حالة عدم حسم ذلك الموضوع تشريعياً فإن لا يوجد مثل هذا التلازم بحيث يتم الفصل بينهما.

---

1 - وهو ما نصت عليه المادة ٣/٢٦ من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبى .

2 - وفى هذا قضت محكمة النقض " مؤدى نص المادة ٢. من القانون المدنى أن المشرع أخذ بقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل ابرامة . وجعلها القاعدة العامة، على أن للتعاقدين اختيار أى قانون من القوانين الأخرى الواردة بها، واختصاص القانون الذى يسرى على الشكل لايتناول – على ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية –الا عناصر الشكل الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى، فتخضع للقانون الذى يحكم موضوع التصرف وليس لقانون محل ابرامة، وعلى هذا فاذا استلزم القانون الذى يحكم موضوع التصرف الكتابة لإثباتة ولم يستلزمها قانون محل قانون ابرامة تعين الأخذ بهذا القانون الاخير . نقض الطعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ق جلسة ١٧ مارس سنة ١٩٧٣ س٢٤ ص٧٧٢ .

وفى هذا قضت محكمة النقض على أن العبرة فى تحديد زمان ومكان انعقاد العقد فى التعاقد بين غائبين لاتفاق الطرفين، وبين حالة عدم وجود اتفاق يؤخذ بزمان ومكان علم الموجب بالقبول [1].

ويلزم أن تفرق فى حالة التعاملات الإلكترونية بين أمرين:

١- العقود المبرمة داخل دولة واحدة [2]، وفى هذه الحالة لا تثور أى مشكلة إذا كانت الدولة بسيطة حيث يختص قانون هذه الدولة فى تحديد مكان انعقاد العقد، وقد حدد المشرع فى القانون المصرى لاختصاص المكانى ومكان إبرام العقد الذى يتم بين غائبين، حيث أخذ بنظرية العلم بالقبول، والتى بموجبها يكون العقد قد أبرم فى اللحظة التى يعلن الموجب بالقبول، على أن يكون الإيجاب مازال قائماً ومرتباً لإثارة بعكس الحال فى القانون الأردنى الذى أخذ بنظرية صدور القبول، ونرى أن المشرع المصرى كان أكثر توفيقاً فى ذلك نظر لأن نظرية صدور القبول لا يحقق تلاقى الارادتين بالشكل الفعلى .

٢- أما العقود المبرمة بين شخصين فى دولتين مختلفتين ، أو ما يسمى بالتعاقد عبر الحدود فيعاد الفقه يجمع على خضوعه لإرادة الأطراف صراحة ، أو ضمناً[3]، أما فى حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فيتم تطبيق القواعد العامة على النحو السابق ، وهو الحال الأكثر اتفاقاً مع التعاقد الإلكترونى .

وفى نطاق المعاملات الإلكترونية والعقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية ، وهى عقود تبرم عن بعد وتطبق عليها القواعد العامة ، فإن العقد يكون قد انعقد فى ظل القانون المصرى فى المكان الذى علم به الموجب بالقبول ، وهذا العلم يكون بكل الطرق المقبولة قانوناً ، ويمكن إثبات هذا العلم بكل طرق الإثبات .

---

1 - طعن النقض رقم ١٦٤٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦ السنة ٣٥ ص ١٩٢. .

2 - التعاقد عن بعد محمد حسن قاسم ص ٩١ .

3 - الموجز فى القانون الدولى الخاص حفيظة الحداد بيروت ٢..٣ ص ١،٨ .

المطلب الثانى

زمـــان انعقاد العقد

سبق وإن بينا أن سريان القوانين يكون فى فترات زمنية تشكل العمر الزمنى للقانون، بحيث يكـون واجـب التطبيـق عـلى المعـاملات التـى تـتم فى فـترة سريانـه، ومـن بـين هـذه التشريعيات القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية.

وقد جاء قانون التوقيع الإلكترونى المصرى وكغالبية التـشريعات خاليـاً مـن تحديـد حكم مثل هذه المعاملات كدليل وبينة قانونية، فتعـين الرجـوع إلى الـشريعة العامـة للقـوانين والأحكام العامـة فى القـانون المـدنى لمعرفـة القـانون الواجـب التطبيـق عـلى هـذا التـصرف القانونى، ذلك أن تطابق الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين مع القبول الصادر مـن المتعاقـد الآخر يؤدى إلى إبرام العقد، إلا أنه قد تفصل بينهما فترة زمنية.

والعقود الإلكترونية باعتبارها من العقود التى تبرم بين غائبين حيث لا يكون هنـاك وجود مادى متعاصر لطرفى العقد فى مكان واحد، مما يثير صعوبة فى تحديد الوقت الذى ينعقد فيه العقد، ، أو بمعنى آخر الوقت الذى يحدث فيـه الإيجـاب أثـره بتلافيـه مـع القبـول فهـذه العقود تتميز بأن أطرافها يجتمعون من خلال شبكة الإنترنت وبعده طرق ، سواء مـن خـلال المحادثة الكتابية ، أو التحدث ، أو مشاهدة كل من الطرفين للآخر أثناء الحديث عـلى الـشبكة والذى يمكن أن تفيد معه أن هناك تعاصراً زمنياً بين المتعاقدين فى الوقت الذى لا يجمعهم فيه مكان واحد على الرغم من مشاهدتهما لبعضهما البعض .

كل ذلك أدى إلى انقسام الفقه بشأن تحديد مكان القبول وزمانه بالنسبة للتعاقد الذى يتم بين غائبين، وظهور أكثر من مذهب فقهى بشأن ذلك [1] ونجمل هذه المذاهب على النحو التالى:

أولاً: نظرية إعلان القبول

ويعتبر أصحاب هذا المذهب أن العقد يكون قد انعقد وقت إعلان القبول الإلكترونى بإرسال رسالة معلوماتية ، أو الضغط على زر القبول ، أو المكان المحدد للقبول، وإن كان هذا المذهب يتفق والسرعة فى التعامل، إلا أنه يؤخذ عليه أن الطرف الآخر قد يجهل القبول، مما يخلق مدة من الزمن قد ترتب أثاراً سيئة على المتعاقدين، وتتعارض فى الوقت نفسه مع العقد القائم على تقابل الإرادات.

ثانياً : نظرية إرسال القبول

وهذه النظرية نشأت لتغطية الانتقادات التى وجهت للنظرية السابقة، بحيث تضمن القبول النهائى للقابل، وضمان ذلك هو إرسال القبول، والذى هو محل احترام فى المعاملات الإلكترونية بأن يرسل القابل الرسالة الإلكترونية التى تتضمن قبوله للإيجاب الصادر من قبل المعنى بالتعاقد.

ثالثاً : نظرية تسلم القبول

تعتبر هذه النظرية أن القبول يكون نهائياً إذا ما تم تسلمه من قبل المرسل إليه ، ولا يشترط نتيجة لذلك أن يكون المستقبل قد اطلع على الرسالة ، بل أن مجرد استلامها يشكل قرينة على العلم والموافقة ، ويؤخذ على هذه النظرية أن التعاملات الإلكترونية تأخذ طابعاً

1 - عبد الرزاق السنهورى (المرجع السابق) المجلد الأولس ٢٣٩ وما بعدها .

خاصاً ، حيث إن البريد الوارد قد يزود المرسل بتقرير استلام الرسالة فى حين أن الرسالة لم تصل ، أو أنها اتلفت ، وأن الحاسوب لم يتعرف عليها ، أو لم يتعرف على اللغة الحاسوبية المرسلة بها .

رابعاً: نظرية العلم بالقبول

وتستوجب تلك النظرية العلم بالقبول، فلا يكفى أن يقوم المرسل بإرسال الرسالة المتضمنة القبول، بل لابد من أن يطلع عليها المرسل إليه وبعلم المضمون الوارد فيها.

والواقع أن المشرع المصرى كان أكثر توفيقاً من كثير من التشريعات العربية فى هذه الصياغة، فقد نصت المادة ٩٧ من القانون المدنى على أن "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق ، أو نص يقضى بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان الذين فصل فيهما هذا القبول، فهو بذلك أقام قرينة على أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان الذى تسلم فيه العاقد ما لم يثبت هو خلاف ذلك[1].

أن وقت إبرام العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية لا يختلف فى ذلك عن وقت إبرام العقد التقليدى.

وبالنظر إلى الاونسترال الخاص بالتجارة الإلكترونية، لا نرى أى مشكلة فى التطبيق القانونى فى حالة الاتفاق على تحديد مكان إبرام العقد وزمانه، فالتشريعات الوطنية تجيز

---

1 - وقد قضت محكمة النقض بان " المقرر وفقا لنص المادة ٢/٩٧ من القانزن المدنى على أن –يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان ، و الزمان اللذين بعلم فيها الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق أو نص يقض بغير ذلك " نقض الطعن رقم ١٦٤٩ لسنة٥١ ق جلسة ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٨٤ س٣٥ ص١٩٢. .

لأفرادها الاتفاق على ذلك، وفى التعاملات الإلكترونية غالباً ما نجد الإيجاب يحتوى الجهة التى يتم إرسال القبول لها من جهة وزمان القبول خاصة بالتعاقد عبر الإنترنت.

فعملية إنشاء السند الإلكترونى، تمر ضمن مجموعة من الإجراءات حتى تتمكن من الحصول على سند الكترونى على الصورة السابق بيانها، وتبدأ العملية من خلال إدخال البيانات المجردة إلى جهاز الحاسوب بإحدى طرق الإدخال وعلى الصيغة المتفق عليها ، أو التى يريدها المرسل، ثم يقوم المنشىء من خلاله مباشرة ، أو من خلال النائب عنه، بالتوقيع على هذا السند، بالتوقيع الإلكترونى العائد له على أن يكون التوقيع مستوفياً كامل شروطه القانونية، وبعد ذلك يتم توثيق رسالة المعلومات من قبل إحدى الجهات التى تملك صلاحية التوثيق[1] .

فالتوثيق كما سلف يعتبر من أهم الشروط الواجب توافرها فى السند الإلكترونى، وبانعدامة لاترتب رسالة المعلومات والتوقيع الإلكترونى أى أثر قانونى، ومن ثم يرسل السند الإلكترونى على شكل رسالة معلومات الى المستقبل ليخرج من نظام معالجة التابع للمنشىء، وتدخل بالنتيجة لنظام معالجة يدخل تحت سيطرة المرسل اليه، وفى تلك اللحظة تعتبر رسالة المعلومات قد تم ارسالها، أى بخروجها من سيطرة المرسل ودخولها سيطرة المرسل اليه، مالم يتم الاتفاق بين الطرقين على وقت آخر .

---

1 - تتعدد وسائل الادخال (input) إلى جهاز الحاسب الآلى وأكثرها انتشارا ، لوحة المفاتيح (key board) والفأره (Mouse) وكرة المسار (track Ball) وبالمس على لوحة خاصة ممغنطة (Touch Pad) ولمس الشاشة (Touch Scereen) والقلم (Light Pen) وما سمات الصفحة (scanners) وعصا التحكم (Joustick) والميكرفون (Microphone) ومشغلات الأقراص (Disk Drivers) .

ومنذ تلك اللحظة يكون السند الإلكترونى قد تم إنشاؤه ورتب أثره بمواجهة المنشىء مبدئياً ما لم تكن معلقه على شرط ، فأطراف العلاقة يملكون الاتفاق على البيانات التى تحكم العلاقة بينهم وحتى مع عدم وجود تنظيم قانونى للاسناد الإلكترونية يملك الأطراف الإتقان على قبولها كبينه بينهم ، وعقدها يكون القانون واجب التطبيق على هذا السند كبنية ، وعطفاً على ما سبق هو القانون السارى المفعول وقت خروج الرسالة المعلوماتية من سيطرة المنشىء وبالتالى إذا لم يكن المشرع فى وقت إنشاء السند الإلكترونى قد وضع قواعد قانونية تحكم مثل هذا المستحدث ، ولم تكن الأطراف قد سبق لها أن اتفقت على الاعتراف به كدليل بينها ، فإنه لا يتصور الاعتراف به كبنيه فى مواجهة الآخرين ، وهذا يشكل أول دفع يمكن إثارته بمواجهة المحتج بالسند الإلكترونى كبينة .

غير أن زمان ومكان انعقاد العقد فى القانون الانجليزى مرهون بتطبيقات القضاء، فقانون العقود الانجليزى هو قانون قضائى يتمتع باستقلالية خاصة عن بقية القوانين لأنه نشأ وتطور من خلال أحكام القضاء إضافة إلى أن موضوع العقد مستقل ومنفصل تماماً عند الالتزامات الأخرى كالفعل الخاطىء ويتراوح موقف المحاكم الانجليزية بين نظريتين هما: نظرية تصدير القبول ونظرية استلام القبول ولقد برر القضاء الانجليزى الأخذ بنظرية تصدير القبول على اعتبار أن العقد يتكون فى أقرب وقت ضماناً لسرعة واستقرار المعاملات ولقد اتضح ذلك فى دعوى مفادها أن شخصاً يدعى *Grant* اكتتب بأسهم الشركة المدعية فقام مديرها بتصدير قبول خطاب قبول الاكتتاب قائلاً أنها قد خصصت للمدعى عليه فقد هذا الخطاب ولم يتسلمه *Grant* أبداً، وبعد ذلك بفترة صفية الشركة بسبب سوء أحوالها المالية. فطلب المصفون فيه أن يسدد قيمة الأسهم التى اكتتب فيها كاملة، وقضت المحكمة

بأنه يعتبر مساهماً لأن عرضه الاكتتاب قد قبل من تاريخ تصدير الشركة خطاب القبول، لذا سيكون ملتزماً بسداد قيمة الأسهم[1].

وفى دعوى أخرى عرفت باسم (*Telex case*) تفير موقف القضاء الانجليزى فأخذ بنظرية استلام القبول ، ومضمونها أن الشركة الانجليزية المدعية وهى تباشر نشاطها فى لندن ، والمدعى عليها شركة أمريكية للمكتب فى أمستردام ، والشركتان مجهزتان فى لندن وأمستردام بأجهزة تلكس ، كل منهما يستطيع أن يطلب الأخرى بواسطة جهاز التلكس الخاص بها ويكون ما يكتب على آلة التلكس فى لندن يكتب فوراً على الجهاز الآخر فى أمستردام والعكس صحيح ، عرضت الشركة المدعية إيجاباً بطريقة التلكس وقبل من المدعى عليها بالتلكس أيضاً ، وتزعم الشركة المدعية أن العقد تكليف ببيع كمية من الأجهزة الكهربائية لم ينفذ على الوجه الصحيح وتريد رفع الدعوى ضد الشركة الأمريكية أمام القضاء الانجليزى تمسكت المدعى عليها بأن قبولها صدر فى هولندا وليس انجلترا ولكن صدر حكم القضاء الانجليزى بأن العقد تم فى لندن وهو مكان استلام القبول[2].

وبناءً على ذلك عملت المحاكم الانجليزية على تطوير قاعدتين هما: قاعدة البريد وقاعدة الاستلام لتحديد لحظة تكوين العقد عن طريق البريد والتلكس، والتحقق من هاتين القاعدتين تجربة المحاكم[3].

---

1 - د / مراد محمود يوسف "التعاقد عن طريق وسئل الاتصال الالكتودرونى " رسالة الدكتوراه المشار اليها سلفا ص٦٤ .

2 - د / فتحى عبد الرحيم عبجالله "المرجع السابق "ص١١٩ .

3 - العناصر المكونة للعقد فتحى عبد الرحيم عبد الله ص ١١٩