

قانون التجارة الدولية وتعاقدها

١ - المقصود بقانون التجارة الدولية:

زادت أهمية التجارة الدولية، وتعددت مشاكلها، بحيث أصبح الاهتمام بمحاولة البحث عن حلول لمشاكلها القانونية يشغل بال الباحثين والمشرعين في مختلف الدول سواء على المستوى الوطنى أو على المستوى الدولى.

وأصبح المجتمع التجارى الدولى، تؤيده منظمات دولية وهيئات تجارية، يسعى إلى خلق قواعد موحدة تحكم النشاط التجارى الدولى بغض النظر عن طبيعة النظام الاقتصادى الذى يسود فى دولة من الدول، ودون اعتبار لطبيعة النظام القانونى الذى تتبعه هذه الدول، فهى قواعد تتبع من العرف التجارى الدولى دون اعتبار للتقسيم السائد فى دول العالم إلى دول اشتراكية ودول رأسمالية ودول تطبق نظام القانون المشترك (قانون العموم Common Law) أو دول تطبق القانون المدنى المشتق من القانون الرومانى .

على أن الحقيقة السابقة لا تصل بنا إلى حد القول أن قانون التجارة الدولية فى مختلف الدول يعتبر موحداً، بل الأدق أن نقول أنه يعتبر متشابهاً .

وإذا كانت طبيعة التجارة الدولية هى التى أدت إلى تشابه النظم القانونية التى تحكمها فى مختلف دول العالم، فإن هذا لا يغير من أن تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية فى كل دولة منوط بقبول السلطات المختصة لها.

ولا نجد لقانون التجارة الدولية تعريفاً، خيراً من تعريف الأمانة العامة للجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة عند البحث فى إنشاء لجنة لتوحيد أحكام قانون التجارة الدولية سنة ١٩٦٥ فهذا القانون هو « مجموعة القواعد التى تسرى على العلاقات التجارية المتعلقة بالقانون الخاص والتى تجرى بين دولتين أو أكثر » ويشتمل قانون التجارة الدولية على مجموعة الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية والشروط العامة المبرمة فى مجال معين بالإضافة إلى العرف التجارى الدولى السائد فى علاقة تجارية معينة.

٢ - العلاقة بين القانون التجارى الوطنى وقانون التجارة الدولية:

نلاحظ أن الفارق بين القانون التجارى الوطنى وقانون التجارة الدولية فى دول الاقتصاد المخطط، أن القانون الأول يعتبر جزءاً من القانون الاقتصادى العام الذى تخضع له المؤسسات القائمة بالنشاط الاقتصادى والذى يقوم على إرادة المشرع الذى يضع قواعد قانونية عامة يخضع لها النشاط الاقتصادى بطريقة حاسمة، أما قانون (صفحة ٤) التجارة الدولية فإنه يستند على مبدأ سلطان إرادة المتعاقدين التى لا تكملها أحكام القانون التجارى الوطنى. ومن ثم فإنه إذا اختلفت طبيعة أحكام القانون التجارى الوطنى فى الدول الاشتراكية عنها فى الدول الرأسمالية، فإن قواعد قانون التجارة الدولية تكاد تكون واحدة فى النظامين. ويؤكد هذا المبدأ استقلال القانون التجارى الوطنى عن قانون التجارة الدولية.

وإذا كان كل من القانون التجارى الوطنى وقانون التجارة الدولية يتضمن قواعد موضوعية، فإن القانون الوطنى يقتصر عمله على نطاق الدولة التى تصدر فيها بينما تجاوز أحكام قانون التجارة الدولية حدود الدول ليحكم العلاقات التى تنشأ فى إقليم أكثر من دولة.

ويختلف معيار الدولية بحسب نوع العلاقة التى تنظمها أحكام قانون التجارة الدولية، لذلك تحدد الاتفاقيات الدولية عادة المقصود بدولية العلاقة التى تحكمها، وقد يختلف تبعاً لذلك معيار الدولية من حالة إلى أخرى.

٣ - قانون التجارة الدولية والقانون الدولى الخاص:

تهدف أحكام القانون الدولى الخاص الى وضع قاعدة أسناد عند تنازع القوانين التى تحكم علاقة معينة، أما قانون التجارة الدولية فإنه يشتمل على مجموعة الاتفاقيات الدولية المبرمة فى مجال التجارة الدولية، وعلى ذلك نرى أنه بينما يعنى القانون الدولى الخاص بتعيين القانون الوطنى الواجب التطبيق فى مجال تنازع (صفحة ٥) القوانين على العلاقة القانونية موضوع النزاع، فإن قانون التجارة الدولية يهدف إلى إيجاد قواعد موضوعية فى شأن هذه العلاقة تحل محل القواعد الوطنية وتتقضى بالتالى على التنازع بينها.

٤ - الهيئات المهتمة بتوحيد قانون التجارة الدولية:

ان الطريق إلى توحيد قانون التجارة الدولية طويل وشاق ومع ذلك فقد قامت بعض الهيئات الدولية باتخاذ خطوات واسعة نحو إتمام هذا الهدف. وهذه الهيئات إما حكومية أو غير حكومية.

والهيئات الحكومية هي التي تتكون من عضوية حكومات بعض الدول، ويمثلها مندوبون فيها، وأهم هذه الهيئات لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة ومقرها فيينا والتي تعرف باسم UNCITRAL وسنعرض لها فيما بعد، والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما والمعروف باسم UNIDROIT وتلعب دوراً كبيراً في توحيد القوانين الموضوعية لقانون التجارة الدولية (٨)، ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الذي يهدف إلى توحيد القواعد الوطنية لتنازع القوانين دون القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO.

أما الهيئات غير الحكومية فهي التي تتكون من أعضاء لا يمثلون حكومات معينة وإنما يشتركون فيها بصفاتهم الشخصية من المتخصصين والمشتغلين بقانون التجارة الدولية وأهم هذه الهيئات غرفة التجارة (صفحة ٦) الدولية بباريس ICC (٩)، واللجنة البحرية الدولية في بروكسل IMC، وتعمل على توحيد القانون البحري على المستوى الدولي.

٥ - لجنة قانون التجارة الدولية UNCITRAL :

كان الأستاذ شميتوف Clive Schmitthoff من أوائل الداعين إلى أهمية وجود تنظيم فعال لتوحيد قانون التجارة الدولية وقد أبرز هذا المعنى في الندوة التي نظمتها الجمعية الدولية للعلوم القانونية سنة ١٩٦٢ في لندن بتشجيع وتدعيم مالي من منظمة اليونسكو، وقد اشترك أبرز أساتذة العالم من المتخصصين في هذا المجال في هذه الندوة ونشرت أعمالها والبحوث المقدمة فيها في كتاب بعنوان مصادر قانون التجارة الدولية. The Sources of The Law of International Trade. Edited by Schmitthoff. Stevens & Sons. London ١٩٦٤. لذلك لم يكن غريباً، عندما فكرت هيئة الأمم المتحدة في تكوين لجنة لقانون التجارة الدولية، سنة ١٩٦٥ أن تدعو الأستاذ شميتوف لتستعين به في وضع تقرير في مجال توحيد قانون التجارة الدولية، وفي السنة التالية

قدم هذا التقرير معتمداً على الدراسة العميقة التي أعدها الأستاذ المذكور، وعرض التقرير لتطور قانون التجارة الدولية وأشار إلى النجاح المحدود للمحاولات المبكرة لتوحيد هذا القانون، وقد أبرز التقرير أنه لا توجد هيئة من الهيئات المهتمة بتوحيد القانون تتمتع بقبول دولي وتمثل مصالح جميع الدول على اختلاف نظمها السياسية والاقتصادية وسواء كانت من الدول المتقدمة أو الدول النامية مما يبرر ضرورة وجود هيئة موحدة تدعو إلى التوحيد وتتمتع بقبول دولي وانتهى الاقتراح إلى إنشاء لجنة جديدة تسمى لجنة الأمم المتحدة (صفحة ٧) لقانون التجارة الدولية United Nations Commission on international Trade Law.

واجتمعت الجمعية العامة للأمم المتحدة وأصدرت قراراً في ديسمبر ١٩٦٦ بإنشاء هذه اللجنة التي عرفت باسم اليونسيترال UNCITRAL وهي تسمية مأخوذة من الحروف الأولى لاسم اللجنة باللغة الانجليزية، وضمت اللجنة عند تكوينها تسع وعشرين دولة كأعضاء فيها، منها سبع دول أفريقية بينها مصر، وخمس دول آسيوية وأربع دول من أوروبا الشرقية وخمس دول من أمريكا اللاتينية وثمان دول من غرب أوروبا ومن دول أخرى منها الولايات المتحدة الأمريكية.

واقترح أن تكون مهمة اللجنة إعداد وترويج معاهدات أو اتفاقيات دولية جديدة ونماذج قوانين Model Laws وقوانين موحدة وتقنين ونشر الاصطلاحات والشروط والعادات والأعراف التجارية الدولية.

وفي ربيع سنة ١٩٦٨ عقدت اللجنة أول اجتماع لها في نيويورك وأشار الأستاذ شميتوف في هذا الاجتماع إلى أن الإنجاز العظيم الذي تم بإنشاء هذه اللجنة، أنها أنشئت دون صعوبات تذكر بسبب طبيعة نشاطها باعتباره نشاطاً فنياً غير سياسي من طبيعة قانونية. وكانت هذه هي فعلا البداية التي تشكل حجر الأساس للمشاركة في أعمال هذه اللجنة على نطاق واسع من جميع الدول.

ويجوز للجنة أن تكون مجموعات عمل Working groups من عدد محدود من الأعضاء للقيام بإعداد مشروع اتفاقية أو تعديل (صفحة ٨) اتفاقية أو لدراسة موضوع معين أو لوضع نموذج

لقانون موحد أو لعقد موحد ثم يناقش هذا العمل بعد ذلك فى اللجنة. وقد اختارت اللجنة فى أول دورة لها سنة ١٩٦٨ عدة موضوعات تقوم بدراستها وهى: -

البيع التجارى الدولى، والتحكيم، والنقل، والتأمين والوفاء بالديون الدولية عن طريق الأوراق التجارية والاعتمادات المصرفية، والملكية الذهنية، وتحريم التفرقة بين الدول فى القوانين المتعلقة بالتجارة الدولية، والتمثيل التجارى، والتصديق على الوثائق فى مجال التجارة الدولية. وقررت اللجنة الأولوية للبيع التجارى الدولى، وطرق الوفاء بالديون الدولية، والتحكيم التجارى الدولى.

وقد أنجزت اللجنة حتى الآن عدداً لا بأس به من الاتفاقيات الدولية والقواعد النموذجية أهمها:

١ - اتفاقية مدة التقادم فى البيع الدولى للبضائع فى نيويورك سنة ١٩٧٤، والبروتوكول المعدل لاتفاقية مدة التقادم فى البيع الدولى للبضائع فى فيينا سنة ١٩٨٠.

٢ - اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحرى للبضائع لعام ١٩٧٨ فى هامبورج وتعرف باسم قواعد هامبورج والتي ستدخل دور النفاذ فى أول نوفمبر سنة ١٩٩٢ فيما يتعلق بالدول المنضمة إليها.

٣ - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولى للبضائع فى فيينا سنة ١٩٨٠ والتي دخلت دور النفاذ فى أول يناير سنة ١٩٨٨ فيما يتعلق بالدول التي انضمت إليها.

٤ - النظر فى اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨ والتي لم تتبع عن عمل اللجنة والمتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها وقد انضمت مصر إلى هذه الاتفاقية فى ٩ مارس سنة ١٩٥٩. (صفحة ٩).

٥ - القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى فى يونيو ١٩٨٥. وقد شكلت وزارة العدل المصرية لجنة لوضع مشروع قانون للتحكيم التجارى الدولى وضعت مشروعاً تبنت فيه القانون النموذجى لليونسيفترال، ولم يصدر هذا القانون حتى الآن (١٤).

٦ - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج (الكمبيالات) الدولية والسندات الإذنيه الدولية والتي أقرتها اللجنة فى اجتماعها فى فيينا بتاريخ ١٤ أغسطس ١٩٨٧.

٧ - الدليل القانوني لصياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية حسبما أقرته مجموعة العمل التي انعقدت في نيويورك في أبريل ١٩٨٧، وقد أقرته اللجنة في فيينا بتاريخ ١٤ أغسطس عام ١٩٨٧.

انعقاد العقد الإلكتروني

العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد العادي في أركان انعقاده وشروط صحته والأثر المترتب عليه من حيث المسؤولية وإنما يختلف عنه في الوسيلة التي يتم بها إبرامه إذ يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها فينعقد بتلاقي الإيجاب بالقبول بفضل التواصل بين المتعاقدين بوسيلة مرئية مسموعة عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، ومتى كان العقد الإلكتروني لا يعدو أن يكون عقداً عادياً لا يختلف عنه إلا في الطريقة التي ينعقد بها عبر وسائل الاتصال الحديثة مثل الإنترنت فإنه يلزم أن نعرض للتنظيم الذي وضعه المشرع للعقد العادي حيث صدر المرسوم رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني الكويتي ونص في المادة ٢١ منه على إن العقد هو (ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون) ونص في المادة ٣٢ منه على أن (ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول إذا ورد على محل واستند إلى سبب معتبرين قانوناً، وذلك دون إخلال بما يتطلبه القانون، في حالات خاصة، من أوضاع معينة لانعقاد العقد).

فعلى ذلك فالعقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، فالرضا أو التراضي هي قوام العقد، والتراضي ينصرف إلى إنشاء الالتزام وكل التزام لا بد أن يكون له من محل وسبب وهذا هو العقد التقليدي وفقاً للنظرية العامة للالتزام.

وإذا كان العقد الإلكتروني يخضع في تنظيمه للقواعد والأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقد بوجه عام ولكن يختلف بوسيلة إبرامه إذ أنه عقد يُبرم بين غائبين عن بُعد باستخدام وسائل إلكترونية حديثة.

ولذلك يلزم التعرف على العقد العادي من حيث أركان انعقاده وشروط صحته وفقاً للتنظيم الذي وضعه المشرع الكويتي ومن خلال ذلك نعرض للطبيعة الخاصة للعقد الإلكتروني طبقاً للترتيب

الآتي:

المبحث الأول: توافر الرضا.

المبحث الثاني: المحل في العقد الإلكتروني.

المبحث الثالث: السبب في العقد الإلكتروني.

توافر الرضا

المطلب الأول

الإيجاب

الإيجاب: هو تعبير عن إرادة المتعاقد، يدل بصورة قاطعة على أنه يقبل التعاقد وفقاً لشروط معينة، وهذا ما عرّفته المادة ٣٩ من القانون المدني الكويتي بقولها:

(يعتبر إيجاباً العرض الذي يتضمن عزم صاحبه على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له، ويلزم أن يتضمن على الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية). وقد عرفته محكمة النقض المصرية بقولها (عرض يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين)، ولذلك يجب لاعتبار التعبير عن الإرادة إيجاباً أن يكون دالاً على إرادة نهائية وأن يتضمن جميع العناصر الأساسية للعقد.

وقد وضعت اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن النقل الدولي للبضائع في المادة (١/١٤) معياراً لتحديد الإيجاب فنصت على أن الإيجاب (يكون محدداً بشكل كافٍ إذا تعينت فيه البضائع محل البيع وتحددت كميتها وثمنها صراحة أو ضمناً، أو إذا كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب).

هذا بالنسبة للإيجاب وفقاً لمعناه التقليدي أما بالنسبة لتعريف الإيجاب بشأن العقد الإلكتروني فقد عرفه التوجه الأوروبي الصادر في ١٩٩٧/٥/٢٠ م (إنه كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان).

ولفظ إلكتروني إذا ما أضيف إلى الإيجاب فلا يؤثر في معناه المذكور شيء وفقاً للنظرية العامة للالتزامات، فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة، فالتعبير في العقد الإلكتروني يتجسد في وسائل الاتصال الحديثة عن طريق الحاسب الآلي، يظهر التعبير عن

الإرادة على شاشة هذا الحاسب وقد يتم التعبير عن الإرادة إلكترونيا عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق موقع انترنت أو عن طريق المحادثة.

أولاً: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني: ويهدف الإيجاب الذي يتم عبر البريد الإلكتروني أن يكون العرض لأشخاص محددين وذلك في حالة إذا ما رغب التاجر في أن يخصص الإيجاب لأشخاص الذي يرى إنهم قد يهتمون بمنتجه دون غيرهم من أفراد الجمهور، ويلاحظ أن الإيجاب إما أن يكون موجه لشخص واحد فقط أو موجه لعدة أشخاص، وأن الإيجاب الموجه لشخص واحد هو إيجاب غير ملزم إلا إذا كان الإيجاب خلال مدة معينة يلتزم من خلاله الموجب بالبقاء على إيجابه طوال تلك المدة، وفي حالة الإيجاب غير الملزم يمكن رفضه عبر البريد الإلكتروني إذا قام الموجب له بإغلاق جهاز الحاسب الآلي أو انتقل إلى موقع آخر غير موقع الموجب.

أما إذا كان الإيجاب موجه لعدة أشخاص فإنه يكون عند الشك مجرد دعوة إلى التفاوض أو التعاقد ولا يكون إيجاباً استناداً إلى أن النشر أو الإعلان أو بيان الأسعار الجاري التعامل بها أو بطلبات موجه للجمهور فلا يعتبر عند الشك إيجاباً، ولكن يكون دعوة إلى التعاقد.

ثانياً: الإيجاب الذي يتم عبر صفحات الويب web:

وهذا النوع من الإيجاب لا يختلف كثيراً عن الإيجاب الصادر من الصحف أو عبر التلفاز وذلك لأنه إيجاباً مستمراً على مدار الساعة، وأن هذا الإيجاب يكون في الأغلب موجه إلى الجمهور وليس إلى فرد معين، وذلك إن الإيجاب الصادر عبر صفحات الويب لا يكون محدداً بزمن وإن كان محدداً بنفاذ الكمية أو مدة معقولة كما في الإيجاب التقليدي ليس إلا وفي مثل هذه الحالة يكون الإيجاب كاملاً إذا استكمل شروطه العامة.

ثالثاً: الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة:

وهنا يستطيع المتعامل على شبكة الإنترنت أن يرى المتصل معه على شاشة الحاسب الآلي، وأن يتحدث معه وذلك عن طريق كاميرا بجهاز الكمبيوتر لدى كل من الطرفين، ويتصور في هذه

الحالة أن يصدر من أحد الطرفين إيجاباً يصادفه قبولاً من الطرف الآخر وهنا ينعقد العقد بناء على تلاقي الإيجاب والقبول وتكون أمام تعاقد بين حاضرين حكماً.

والواقع أن صدور الإيجاب الإلكتروني ينبغي أن تسبقه مراحل تفاوضية قبل إتمام التعاقد ، وبما أن الإيجاب الإلكتروني يكون إيجاباً عن بعد فإن العقد الذي ينتهي إليه يكون عقداً مبرماً عن بعد إضافة إلى أنه غالباً ما يكون موجهاً من تاجر مهني إلى طائفة المستهلكين لذلك فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك التي تفرض على التاجر أو المتعاقد المهني العديد من الالتزامات والواجبات تجاه المستهلك ويأتي في مقدمتها تحديد هوية البائع وعنوانه وتحديد الشيء المبوع أو الخدمة المقدمة وأوصافها والسعر المقابل لها وطريقة الدفع أو السداد وخيار المستهلك في الرجوع إلى التعاقد في خلال المدة المحددة قانوناً، وإعادة إخطار المستهلك بالمعلومات السابقة في خلال مدة لا تتجاوز إعادة تسليم، ومدة الضمان وخدمة ما بعد البيع.

ويتميز الإيجاب الإلكتروني الذي يتم عبر الإنترنت بوجود وسيط بعرض الإيجاب ونشره نيابة عن الموجب ولهذا السبب فإن الإيجاب لا يكون فاعلاً لمجرد صدوره وإنما بعرضه على الموقع إذ بهذا العرض يتحقق الوجود القانوني المؤثر للإيجاب ويكون صالحاً لترتيب آثاره.

كما أن الإيجاب الإلكتروني يختفي بمجرد سحبه من موقع عرضه إذ في هذه الحالة ينعدم أثره القانوني ولا يصبح له وجود يعتد به. لأنه لن يكون متاحاً للجمهور في هذه الحالة.

ويلاحظ أنه غالباً ما يتم الإعلان عن السلع والخدمات عن طريق الإنترنت ويمكن تعريف الإعلان بأنه (كل شكل من أشكال الاتصال في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو فني بهدف الدعاية لتوريد أشياء أو خدمات).

واختلفت الآراء حول الحد الفاصل بين الإيجاب والإعلان فيرى أصحاب هذا الرأي أن الإعلان لا يعتبر إيجاباً وإنما دعوة إلى التعاقد وذلك بسبب عدم تعيين الشخص المقصود بالإيجاب فضلاً عما يحمله هذا النوع من ضغط معنوي على المستهلك وتحريض له على شراء سلع غير ضرورية.

أما الرأي الأخرى فيعتبر الإعلان الموجه للجمهور عبر الإنترنت إيجاباً، ونحن نميل لأصحاب

الرأي الثاني طالما أنه قد تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه كأن يتضمن تحديداً للسلعة أو الخدمة تحديداً نافياً للجهالة ويتم أيضاً تحديد الثمن أما إذا لم يتضمن الإعلان ذلك فإنه لا يعد وأن يكون مجرد دعوة للتعاقد.

المطلب الثاني

القبول

القبول: هو تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على الإيجاب ويؤدي القبول إلى إتمام العقد متى وصل إلى علم الموجب وكان الإيجاب لا يزال قائماً أي لم يكن قد سقط لسبب من الأسباب كموت الموجب أو الموجب له أو بفقد أحدهما الأهلية وهذا ما أكدته المادة ٤٢ من القانون المدني الكويتي بقولها: (يسقط الإيجاب بموت الموجب أو الموجب له أو بفقد أحدهما الأهلية).

والقبول الإلكتروني يتوافق مضمونه مع المعنى السابق كل ما في الأمر أنه يتم من خلال وسيط إلكتروني ويصدر في الغالب الراجح من المستهلك ويتم عن بعد. وإذا كان القبول العادي قد يكون صريحاً أو ضمناً، فإن القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحاً سواء باستعمال لفظ صريح ومباشر يدل على المعنى المقصود ويتم إما عن طريق اتصال تليفوني عبر الإنترنت أو عن طريق المحادثة الكتابية MIRC أو عن طريق البريد الإلكتروني وقت أن يعد المستهلك قبوله في شكل رسالة بريدية من خلال أحد برامج البريد الإلكتروني ويتم كتابة مضمون القبول في سطر الموضوع، ثم مجرد الضغط على زر الإرسال لتوجيه الرسالة إلى القائمة البريدية الإلكترونية الخاصة بالمحترف المهني.

كما أن السكوت واتخاذ موقف سلبي لا يدل على إرادة معينة يعتبر قبولاً إذا لابسته ظروف معينة تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر رداً على إيجابه. وهذا ما نصت عليه المادة ٤٤ من القانون المدني الكويتي بقولها: (١- لا ينسب لسكوت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً ٢- ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واقتصر الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا كان الإيجاب محض منفعة الموجب له وكذلك يعتبر سكوت المشتري بعد تسلمه لبضاعة التي اشتراها وقائمة الثمن قبولاً لما ورد في هذه القائمة من شروط).

ولذلك يظهر لنا سؤال هل يصح السكوت الملابس للتعبير عن القبول الإلكتروني؟

رأى قال: أن سكوت أحد المتعاقدين في التعامل السابق بينهما عبر الإنترنت يمكن أن نستنتج منه

القبول شأنه في ذلك شأن القبول التقليدي. ويرى جانب آخر من الفقه أن السكوت لا يصلح للتعبير عن القبول الإلكتروني ولذلك فإن من يتسلم رسالة إلكترونية عبر الإنترنت تتضمن إيجاباً وينص فيها على أنه إذا لم يرد على هذا العرض خلال مدة معينة اعتبر ذلك قبولاً.

وفي تقديرنا أنه من الصعوبة بمكان اعتبار السكوت الملابس تعبيراً عن القبول في التعاقد عبر الإنترنت تطبيقاً لنص المادة ٤٤ من القانون المدني إذ أن سهولة إرسال الإيجاب عبر الإنترنت سواء أكان ذلك بواسطة صفحات الويب أو بواسطة البريد الإلكتروني قد يؤدي إلى فرض التعاقد على الشخص الذي اعتاد التعامل مع متجر افتراضي عبر الشبكة وذلك بمجرد إرسال التاجر على سبيل المثال لرسالة إلكترونية وعدم الرد عليها خلال مدة معينة بمثابة القبول لما جاء فيها من إيجاب فظروف التعامل السابق لا يكفي بنظرنا لاعتباره من قبيل السكوت الملابس في التعاقد عبر الإنترنت.

متى استكمل الإيجاب شروطه ووافقه قبول مكتمل انعقد العقد ومعنى التوافق أن يقترن الإيجاب بقبول مطابق له فلا بد أن يصدر من أحد أطراف العقد إيجاب ويصدر قبول من الطرف الآخر حتى يتحقق التوافق بين الإرادتين المؤدي إلى انعقاد العقد.

واقتران الإيجاب والقبول له أهمية بالغة في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد.

المطلب الثالث

مجلس التعاقد الإلكتروني

ويتنوع مجلس العقد إلى نوعين حقيقي وحكمي فبالنسبة للنوع الأول يقصد به (المجلس الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد يسمع كل منهما الآخر بحيث يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي إما بقبول الإيجاب أو برفضه)

أما بالنسبة لمجلس العقد الحكمي فهو المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير حاضراً.

ويتم تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني على حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد:

أولاً: التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني:

أ- حالة وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول وفي هذا الحالة لاشك بأن التعاقد يكون بين غائبين زماناً ومكاناً.

ب- حالة الإيجاب والقبول في نفس الوقت، وهذه الحالة تقترب من الهاتف وذلك أن الإيجاب والقبول يكونان في نفس الزمن فلا بد من تطبيق التعاقد بين حاضرين زماناً.

ثانياً: التعاقد عبر شبكة المواقع:

في حالة دخول الشخص إلى موقع ما على الشبكة فإنه يمكن له أن يضع إجابة وينتظر فترة من الزمن لتلقي الإجابة وقد يضع إجابة تجاه هذا الموقع ويقوم بتلقي القبول فوراً ففي الحالة الأولى نكون أمام تعاقد بين غائبين وفي الحالة الثانية نكون أمام تعاقد بين حاضرين زماناً.

اختلف الفقه حول طبيعة التعاقد الإلكتروني هل هو عقد بين حاضرين أم عقد بين غائبين:

الرأي الأول:

يرى جانب من الفقه أن: التعاقد عبر الإنترنت يعد تعاقداً بين حاضرين حيث ينطبق مفهوم مجلس

العقد على كلا العاقدين، إلا إنهما قد انصرفا إلى موضوع التعاقد دون أن يشغلهما عنه شاغل آخر، وكان بينهما اتصال مباشر عبر الإنترنت بحيث يسمع، أو يرى أحدهما الآخر مباشرة حيث لا يكون هناك فاصل زمني بين صدور التعبير عن الإرادة إيجاباً أو قبولاً، ووصوله إلى علم الموجه إليه.

الرأي الثاني:

يرى جانب ثانٍ من الفقه أن: التعاقد عبر الإنترنت يعدّ تعاقدًا بين غائبين؛ لأن التعاقد عن طريق هذه الشبكة قد يكون بالكتابة بين المتعاقدين.

الرأي الثالث:

يرى جانب ثالث من الفقه: أن التعاقد عبر الإنترنت يعتبر تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان، وتعاقدًا بين غائبين من حيث المكان، فهو يعتبر تعاقدًا بين حاضرين لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول، وعلم الموجب به؛ ويعتبر تعاقدًا بين غائبين من حيث المكان شأنه في ذلك شأن التعاقد بالمراسلة.

ونرى من جانبنا:

١. إذا استخدم الإنترنت بطريقة تتيح نقل الصوت فقط، فإننا نرى أن التعاقد من خلاله في هذه الحالة يعدّ تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، شأنه في ذلك شأن التعاقد بالهاتف.

٢. أما إذا استخدم كوسيلة للكتابة والمراسلة كالبريد الإلكتروني؛ فإنه إذا كان تبادل الرسائل يتم بصورة فورية، بحيث لا يكون هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول أو كان فاصل لا يكاد يذكر نظرًا لما يخوله البريد الإلكتروني من النقل الفوري للرسائل المتبادلة فإنه أيضاً يعتبر تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان.

المطلب الرابع

أهلية إبرام العقد الإلكتروني

نصت المادة ٨٤ من القانون المدني الكويتي على أن (كل شخص أهل للتعاقد، ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو ينقص منها) كما نصت المادة ١٠٩ من القانون المدني المصري على ذات المعنى بقولها: (كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون) ويعرف الفقهاء الأهلية بأنها (صلاحية الشخص لأن تتعلق بذمته حقوق له أو عليه ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق). ومن هذا يتضح أن الأهلية نوعان: ١- أهلية الوجوب ٢- أهلية الأداء.

وأهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وتقرر عليه التزامات وهي ما تعرف بالشخصية القانونية وتثبت هذه الأهلية للشخص بمجرد ولادته حيا والأصل أن جميع الأشخاص متساوون في أهلية الوجوب ولكن القانون يقيد هذه الأهلية استثناءً لبعض الحقوق.

وأهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية وهي تتأثر بقاعدة عامة بسن الإنسان ودرجة تمييزه، فإذا كان الأصل أن الإنسان بمجرد ولادته تثبت له أهلية اكتساب الحقوق وتحمل التزامات فانه لا تثبت له أهلية مباشرة التصرفات القانونية، وتدرج الأهلية حسب السن إلى ثلاث مراحل، وقد نصت المادة ٨٦ من القانون المدني الكويتي على ذلك بقولها:

(١- أهلية الصغير غير المميز لأداء التصرفات معدومة وتقع كل تصرفاته باطلة ٢- وكل من لم يكمل السابعة من عمره يعتبر غير مميز) كما نصت المادة ٨٧ من نفس القانون على أن: (١- تصرفات الصغير المميز صحيحة إذا كانت نافعة له نفعا محضا، وباطلة إذا كانت ضارة به ضررا محضا. ٢- أما تصرفاته الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتقع قابلة للإبطال لمصلحته، ما لم تلحقها الإجازة ممن له ولاية إجرائها عنه ابتداء أو منه هو بعد بلوغه سن الرشد وذلك مع مراعاة ما تقضي به النصوص التالية وغيرها من أحكام القانون. ٣- ويعتبر الصغير مميزا من سن التمييز إلى بلوغه سن الرشد).

× ويتضح من هذه النصوص أن هذه المراحل تكون كالتالي:

المرحلة الأولى: وتبدأ من الولادة حتى السابعة ويكون الشخص فيها عديم التمييز أي عديم الإدراك وبالتالي عديم أهلية الأداء ولا يستطيع أن يباشر أي نوع من الأعمال القانونية سواء كانت نافعة نفع محض أو ضارة ضرر محض أم دائرة بين النفع والضرر.

المرحلة الثانية: وهي تبدأ من سن السابعة وتنتهي ببلوغ سن الرشد وهي ما يطلق عليها مرحلة الصبي المميز وفي هذه المرحلة تكون للشخص أهلية أداء ناقصة بمعنى أن تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر تقع قابلة للإبطال لمصلحته ما لا تلحقها الإجازة ممن له ولاية إجراءاته عنه أو منه بعد بلوغه سن الرشد، والمرحلة الثالثة وهي مرحلة بلوغ الشخص إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة فإنه يصبح في هذه المرحلة بالغاً رشيداً ويكون أهلاً لمباشرة جميع التصرفات القانونية، واكتمال أهلية الشخص ببلوغه هذه السن يتم بقوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك.

واشترط أهلية التعاقد في العقد التقليدي أمر من السهل التحقق منه لأنه تعاقد بين حاضرين في مجلس عقد واحد حقيقي حيث يستطيع كل طرف التأكد من شخصية وأهلية الطرف الآخر بواسطة الاطلاع على إثبات شخصيته بالنسبة للشخص الطبيعي والاطلاع على السجل التجاري للشخص المعنوي إذا كان شركة أو مؤسسة تجارية.

أما عن الأهلية في التعاقد الإلكتروني حيث يتم التعاقد عن بعد فإنه قد يصعب على أحد طرفي التعاقد التحقق من أهلية المتعاقد الآخر، وقد يترتب على هذا الانفصال المكاني بين أطراف المعاملات الإلكترونية عدم معرفة كافة المعلومات الأساسية عن بعضهما، كما أنه من الممكن أن يكون الموقع الإلكتروني الذي يتعامل معه المتعاقد هو موقع وهمي، فالعقد الإلكتروني يجب لانعقاده صحيحاً أن يكون صادراً عن متعاقدين تتوافر فيهما أهلية التعاقد، وهذا ما دفع المختصين في هذا المجال إلى تقديم بعض الحلول والاقتراحات لتلافي هذا العيب ومنها اللجوء إلى سلطات الإشهار التي هي عبارة عن طرف ثالث محايد موثوق فيه من كلا الطرفين بينما يرى البعض الآخر من الفقهاء المختصين أن الحل هو اعتماد نظام قانوني يفيد التحقق من شخصية أطراف العقد

الإلكتروني عن طريق أي وسيلة تؤدي إلى التحقق والتأكد من الشخصية، أي أنه يستطيع كل طرف من خلال هذه الوسيلة التأكد من شخصية الطرف الآخر، ويلاحظ أن تقنين الاستهلاك الفرنسي نص في المادة (١٨/١٢) والتوجه الأوربي الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧ قررا أنه بالنسبة لكل عرض لبيع منتج أو خدمة عن بعد، على المورد أن يضمن عرضه بيانات تتعلق بتحديد شخصيته مثل اسم المنشأة وعنوانها والبريد الإلكتروني، كما ألزم المستهلك بتقديم بيانات التعرف لشخصيته.

إن العقد الإلكتروني كأى عقد آخر يجب لانعقاده انعقاداً صحيحاً أن يكون صادراً عن متعاقدين تتوافر فيهما أهلية التعاقد فإذا أراد أطراف المعاملة وقوع العقد صحيحاً فإنه يتعين عليهم التدقيق في مسألة الأهلية بأي وسيلة متاحة على أن البيانات المطروحة من أحد المتعاقدين عبر شبكة الإنترنت قد لا تكون صحيحة ولا يمكن للمتعاقد في هذه الحالة التحقق من بيانات التعريف بالمتعاقدين الآخر وهو ما قد يؤثر بالتأكيد على صحة التعاقد إذا تبين بالفعل عدم توافر أهلية التعاقد لكلا الطرفين أو أحدهما.

المطلب الخامس

عيوب الإرادة

يشترط القانون لصحة العقد توافر الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب ويقصد بعيوب الإرادة (عيوب الرضاء) هي ما يشوب إرادة الشخص من عيوب فتصبح إرادته غير سليمة حيث أن هذه الإرادة لم تصدر عن إرادة حرة ومختارة وعيوب الإرادة التي نظمها القانون أربعة هي (الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال) بالإضافة إلى ذلك هناك عيب الغبن. بيد أن عيب الاستغلال ليس له صدى في مجال العقد الإلكتروني ويخضع للقواعد العامة وهذا ما سنوضحه في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الغلط.

الفرع الثاني: التدليس.

الفرع الثالث: الإكراه.

الفرع الرابع: الغبن.

الفرع الأول: الغلط:

الغلط: هو وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته فهو عدم توافق بين الإرادة الباطنة لشخص المتعاقد والإرادة الظاهرة وقد نصت المادة ١٤٧ من القانون المدني الكويتي على شروط معينة يجب توافرها في الغلط الذي يعيب الرضاء بقولها: (١- إذا وقع المتعاقد في غلط دفعه إلى ارتضاء العقد، بحيث إنه لولا وقوعه فيه لما صدر عنه الرضاء، فإنه يجوز له طلب إبطال العقد، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع معه في نفس الغلط بدون تأثير منه كان من الممكن تداركه، أو علم بوقوعه فيه، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك. ٢- إلى أنه في التبرعات يجوز طلب الإبطال دون اعتبار لمشاركة المتعاقد الآخر في الغلط أو علمه بحصوله). وقد نصت المادة ١٢١ من القانون المدني المصري على ذلك أيضاً بقولها (يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من جسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، على أن الغلط يعتبر جوهرياً

على الأخص إذا وقع صفة في شيء يكون جوهرياً في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل وكانت تلك الذات وهذه الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد).

ولكن لا يكفي أن يكون الغلط جوهرياً وإنما يجب أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الغلط وقد نصت المادة ١٤٩ من القانون المدني الكويتي على ذلك بقولها: (لا يجوز لمن صدر رضاه عن غلط أن يتمسك بغلطه على نحو يتعارض مع مقتضيات حسن النية. ويكون للطرف الآخر، على الأخص أن يتمسك في مواجهته بان العقد على نحو يتماشى مع حقيقة ما اعتقده دون ضرر كبير يناله) وهذا أيضاً ما نصت عليه المادة ١٢٠ من القانون المدني المصري بقولها (إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه).

يتضح من هذه النصوص أن الغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يتوافر فيه شرطان: أولهما أن يكون جوهرياً، والثاني أن يتصل بعلم المتعاقد الآخر.

ولا يختلف عيب الغلط في العقد التقليدي كعيب من عيوب الإرادة عن عيب الغلط الذي يوجد في التعاقد الإلكتروني فهذا العيب أمر متصور الحدوث في كلا الحالتين سواء كان التعاقد تقليدياً أم كان إلكترونياً.

وفي الغالب نجد أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت يقع في غلط وذلك بسبب البعد المكاني بين الأطراف ولأن هذه العقود تبرم عن بعد ولا يمكن حصر أنماط العقود أو صور الوقوع في غلط وذلك فإن الأمر يختلف عما يمكن أن يحدث في إطار العقود التقليدية. غير أن مجال التعامل الإلكتروني يظهر إمكانية حدوث خطأ في التواصل مع الشبكة حيث يرتكب المستخدم خطأ بشأن الخانة التي يضغط عليها حيث يبدأ في الخطوات التي تؤدي به إلى أن يجد نفسه متعاقداً رغم عدم اتجاه إرادته لذلك.

وبسبب غياب الأطراف المتعاقدة كل منهما عن الآخر يفتح المجال لكل منهما المطالبة بإبطال العقد

بسبب الوقوع في غلط بشأن ذات المتعاقد أو صفة من صفاته ومثال على ذلك اسم الموقع المراد التعامل معه والذي قد يختلط في ذهن المتعاقد مع موقع أو مواقع أخرى.

الفرع الثاني: التدليس:

التدليس هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد وقد نصت المادة ١٥١ من القانون المدني الكويتي على أنه: (يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاًؤه نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغييره بذلك إلى التعاقد، إذا أثبت أنه ما كان يرتضي العقد، على نحو ما ارتضاه عليه، لولا خديعته بتلك الحيل وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادتان ١٥٢، ١٥٤) كما نصت المادة ١٢٥ من القانون المدني المصري على ذات المعنى. كما نصت المادة ١٥٢ من القانون المدني الكويتي على أنه: (يعتبر بمثابة الحيل المكونة للتدليس الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته، أو السكوت عن ذكرها، إذا كان ذلك إخلالاً بواجب في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به).

من خلال هذه النصوص السابقة يتضح أن للتدليس عناصر تتمثل في الآتي:

أولاً: استعمال طرق احتيالية:

وهذا العنصر له جانبان جانب مادي وهي الحيل المستعملة التي توهم المدلس عليه بغير الحقيقة، وهذه الحيل تأخذ في العمل صوراً مختلفة، وإذا كان الأصل أن مجرد الكذب لا يكفي لتوافر العنصر المادي في التدليس إلا أنه يعتبر كافياً إذا تعلق الأمر بواقعة لها أهميتها بحيث يمكن القول أن المتعاقد ما كان يقدم على التعاقد لولا البيانات الكاذبة التي أدلى بها المتعاقد الآخر. بل أن الكتمان أو السكوت قد يعتبر من الطرق الاحتياطية إذا تعلق الكتمان بواقعة هامة كان يجب الإفشاء بها ولم يكن في وسع المتعاقد المدلس عليه معرفتها عن طريق آخر.

أما الجانب المعنوي فهو نية التضليل بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع فإذا انتفت نية التضليل فلا تدليس.

ثانياً: التدليس هو الدافع إلى التعاقد:

يتوافر هذا العنصر إذا كانت الحيل المستعملة قد بلغت حداً من الجسامه بحيث لولاها لما أبرم المدلس عليه العقد، والعبرة هنا هي بشخص المتعاقد لا بمدى تأثير هذه الحيل في الشخص العادي، أي أننا نأخذ عند تقدير جسامه الحيل المستخدمة ومدى تأثيرها بمعيار شخصي.

ثالثاً: اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر:

لا يكفي لاستعمال طرق احتيالية تدفع إلى التعاقد ليكون العقد قابلاً للإبطال وإنما يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون التدليس قد اتصل بالمتعاقد الآخر وهو يكون كذلك إذا كانت الطرق الاحتياطية قد صدرت من المتعاقد أو من غير المتعاقدين ولكن المدلس عليه أثبت أن المتعاقد معه كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بالتدليس.

والتدليس في العقد التقليدي لا يختلف عن التدليس في إبرام العقد الإلكتروني بل إنه متصور أكثر في العقود الإلكترونية نتيجة الكذب في الإعلانات والدعايات الإلكترونية للمنتجات أو الخدمات وأن المستهلك في التعاقد الإلكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المبوع كما في التعاقد التقليدي وإنما يعاين الشيء من خلال شاشة الحاسب الآلي ولذلك يرى البعض أنه في حالة عقد البيع الإلكتروني إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة فإنه يجب إبطال العقد للغش.

ولذلك نرى أن الكذب في الإعلانات والدعايات الإلكترونية للمنتجات والخدمات يدخل في نطاق التدليس طالما تجاوز الحد المألوف وكان مؤثراً في إرادة المدلس ويعطي له دافعاً لإبطال العقد لغيب إرادته.

وطرق الغش والتدليس في العقد الإلكتروني كثيرة ومتنوعة مثل استعمال علامة تجارية لشخص آخر، أو تعمد نشر بيانات ومعلومات غير صحيحة على الموقع عن سلع أو خدمات بقصد ترويجها، أو إنشاء موقع وهمي على الانترنت لا وجود له في الواقع على الإطلاق.

ومثال على ذلك أن البنوك الإلكترونية التي ليس لها وجود إلا من خلال شبكة الإنترنت أن تضع عروض مغرية في موقعها الوهمي لكي تدفع العملاء بإيداع أموالهم في هذا المصرف الوهمي ومن ثم يتم الاستيلاء على هذه الأموال دون ردها لأصحابها.

وفي التعاقد الإلكتروني يعتبر السكوت تدليلاً كقاعدة عامة ولا يقتصر الأمر على حالات العقود بين المهنيين والمستهلكين بل أيضاً حتى في علاقات المهنيين.

الفرع الثالث: الإكراه:

الإكراه الذي يعيب الإرادة هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيولد في نفسه رغبة تدفعه إلى التعاقد والذي يعيب الإرادة في الإكراه ليست هي الوسائل التي تستعمل فيه، وإنما الرهبة التي تولدها هذه الوسائل في النفس وقد نصت المادة ١٥٦ من القانون المدني الكويتي على أنه: (١- يجوز إبطال العقد على أساس الإكراه لمن ارتضى العقد تحت سلطان رهبة قائمة في نفسه، وبعث بدون وجه حق إذا كانت هذه الرهبة قد دفعته إلى التعاقد بحيث إنه لولاها ما كان يجريه، على نحو ما ارتضاه عليه. ٢- وتعتبر الرهبة قائمة في نفس المتعاقد إذا وجهت إليه وسائل إكراه جعلته يستشعر الخوف من أذى جسيم يتهدهه أو يتصور أنه يتهدهه هو أو أحد من الغير في النفس أو الجسم أو العرض أو الشرف أو المال. ٣- ويراعى في تقدير قيام الرهبة في نفس المتعاقد حالته من الذكورة أو الأنوثة، وسنه وعلمه أو جهله وصحته أو مرضه، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في مدى ما يترتب من خوف في نفسه). كما نصت المادة ١٢٧ من القانون المدني المصري على أنه: (١- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق وكانت قائمة على أساس. ٢- وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ٣- ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه). كما نصت المادة ١٢٨ من القانون المدني المصري على أنه: (إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم حتماً بهذا الإكراه).

أما الإكراه في مجال العقد الإلكتروني فإنه من الصعب تصوره أو حدوثه، نظراً لأن التعاقد لا يتم بين حاضرين كما في العقد التقليدي وإنما يكون التعاقد بين غائبين وبواسطة وسائل إلكترونية، فيكون من الصعب تحقق شروط الإكراه.

إلا أنه من المتصور وإن كان بحالة نادرة وقوع الإكراه في مجال العقد الإلكتروني بسبب التبعية الاقتصادية، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت الضغط والرهبة، وبالتالي يمكن تصوره بصدد توريد المنتج أو اختكاره، في حالة رغبة أحد المتعاقدين إلى التعاقد نتيجة الرهبة التي تبعث في نفسه بسبب تهديد مصالحه، وبالتالي لن يكون أمامه بديلاً سوى قبول التعاقد.

الفرع الرابع: الغبن:

الغبن: هو عدم التعادل بين ما يلتزم به أحد المتعاقدين وفقاً للعقد وبين المقابل الذي يحصل عليه بمقتضاه.

نصت المادة ١٦٢ (الغبن الذي لا يكون نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ولا يكون له تأثير على العقد إلا في الأحوال الخاصة التي صرح بها القانون ومع مراعاة ما تقضي به المواد التالية) وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٩ من القانون المصري. ولذلك فإن الغبن ليس سبباً بذاته لإبطال العقد إلا إذا وجد نتيجة لعيب آخر من عيوب الرضا.

إن الغبن لا يؤثر في العقد الإلكتروني لأن الغبن عيب استثنائي، ومن التشريعات الغربية التي اهتمت بحماية المستهلك في هذا الصدد القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية حيث نص في المادة (٥٠) على أنه يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني حاضراً أو أجلاً بأي شكل من الأشكال تتراوح بين ١٠٠٠ و ٢٠٠٠٠ دينار.

المطلب السادس

النيابة في التعاقد الإلكتروني

نص القانون المدني الكويتي في المادة « ٥٣ » منه على أنه (يجوز أن يتم التعاقد بطريق النيابة، ما لم يستلزم القانون حصوله بالأصالة) ونص في المادة (٥٦) على أنه (١- في التعاقد بطريق النيابة تكون العبرة بشخص النائب، لا بشخص الأصيل، في اعتبار عيوب الرضاء، أو أثر الجهل ببعض الظروف الخاصة. ٢- ومع ذلك إذا نشأت النيابة بمقتضى اتفاق وتصرف النائب وفقا لتعليمات محددة تلقاها من الأصيل، فانه لا يكون لهذا الأخير في حدود تنفيذ تعليماته، أن يتمسك بجهل نائبه أمورا كان يعلمها هو، أو كان مفروضا فيه أن يعلمها ويجب عندئذ الاعتداد بما شاب رضاء الأصيل من عيوب) . كما نص في المادة ٥٧ على أنه: (إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فان كل ما يترتب على هذا العقد من آثار ينصرف مباشرة إلى الأصيل) .

وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٤ من القانون المدني المصري بقولها: (١- إذا تم التعاقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل اعتبار عند عيوب الإرادة أو في أثر العلم في بعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما. ٢- ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهله لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها) .

يتضح من هذه النصوص أن النيابة هي حلول إرادة شخص (النائب) محل إرادة شخص آخر (الأصيل) في إبرام تصرف قانوني، مع انصراف آثار التصرف إلى الأصيل، والنيابة من حيث المصدر الذي يعين شخص النائب قد تكون نيابة قانونية كما في نيابة الولي على الصغير، وقد تكون نيابة قضائية كما في نيابة الوصي والحارس القضائي ووكيل الدائنين، وقد تكون نيابة اتفاقية كما في الوكالة حيث يعين الوكيل باتفاق بينه وبين الموكل.

أما من حيث المصدر الذي يحدد نطاق سلطات النائب فقد تكون نيابة قانونية إذا كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق وقد تكون اتفاقية وإذا كان الاتفاق هو الذي يحدد سلطات النائب.

ولكي تتحقق النيابة لا بد من توافر ثلاثة شروط كما يتضح من خلال النصوص السابقة وهي: ١- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل. ٢- أن يتعاقد النائب باسم الأصيل ولحسابه. ٣- أن يلتزم النائب حدود النيابة المرسومة لنيابته. فإذا توافرت هذه الشروط الثلاث انصرفت آثار التصرف الذي يبرمه النائب إلى الأصيل.

هذه هي النيابة في العقد التقليدي أما النيابة في التعاقد الإلكتروني فهي تتم بواسطة وسيط يتعلق برسالة بيانات معينة والوسيط هو (الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة بيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه)، ويفهم من ذلك جواز أن يقوم شخص ما نيابة عن آخر بإرسال أو استلام أو تخزين أو تسجيل رسالة البيانات الإلكترونية وهذا يعني مشروعية النيابة في التعاقد الإلكتروني، حيث أن النيابة في التعاقد الإلكتروني ممكنة بجميع أنواعها حيث يمكن أن تنشأ من خلال رسائل إلكترونية يحددها المشرع بالطرق التي تنفق والتطور التقني، وليس هناك ما يمنع من أن يقوم الأب نيابة عن ابنه بالتعاقد عبر الانترنت أو أن يقوم الوصي بذلك أيضا أو الحارس القضائي.

ولذلك فإن النيابة في العقود التقليدية لا تختلف عنها في العقود الإلكترونية حيث النيابة في العقود الإلكترونية تكون اتفاقية. والأسباب الداعية للتعاقد بوجه عام هي الأسباب الداعية للتعاقد الإلكتروني مثل تعذر وجود الأصيل لإبرام العقد أو عدم امتلاك الخبرات موضوع العقد.

المبحث الثاني

المحل في العقد الإلكتروني

نصت المادة ١٦٧ من القانون المدني الكويتي على انه (يلزم أن يكون محل التزام الذي من شأن العقد أن ينشئه ممكناً في ذاته وإلا وقع باطلاً). كما نصت المادة ١٦٨ على انه (يجب أن يرد العقد في شأن شيء مستقبل ما لم يكن وجود هذا الشيء رهيناً بمحض الصدفة). كما نصت المادة ١٧١ على أنه:

- ١- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة، وإلا وقع العقد باطلاً.
- ٢- وإذا تعلق الالتزام بشيء وجب أن يكون هذا الشيء محددًا بذاته ومقداره ودرجة جودته على أن عدم تحديد درجة الجودة لا يؤدي إلى بطلان العقد، ويلتزم المدين حينئذ بأن يقدم شيئاً من صنف متوسط.

كما نصت المادة ١٧٢ من ذات القانون على أن: (إذا كان محل الالتزام مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو الآداب، وقع العقد باطلاً).

يتضح من هذه النصوص أن محل الالتزام هو ما تعهد به المدين، والمدين يلتزم إما بإعطاء شيء كالالتزام بنقل ملكية سيارة، وإما بعمل كالتزام مقاول ببناء منزل، وإما بالامتناع عن عمل كالالتزام بعدم المنافسة. ويشترط في محل الالتزام ما يلي:

أولاً: أن يكون محل الالتزام موجوداً وممكناً:

ويقصد بذلك أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء فيجب أن يكون هذا الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون محتمل الوجود بعد ذلك وفقاً لقصد المتعاقدين، وإذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناع عن عمل فيجب أن يكون ممكناً، فإذا قصد المتعاقدان أن يكون التعامل على شيء موجود معين وقت التعاقد ثم تبين أنه غير موجود فإن الالتزام لا يقوم حتى ولو كان من الممكن وجود الشيء في المستقبل ويستوي أن يكون الشيء لم يوجد أصلاً أو كان موجوداً وهلك قبل نشوء الالتزام.

أما إذا كان المتعاقدان قد قصدا أن يرد التعاقد على شيء موجود فعلا وقت التعاقد في هذه الحالة يشترط أن يكون الشيء موجود في المستقبل.

ثانياً: أن يكون معيناً أو قابل للتعيين:

إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناع عن عمل وجب أن يكون العمل الواجب القيام به أو الامتناع عنه معيناً أو قابل للتعيين أما إذا لم يكن العمل معيناً أو قابل للتعيين فإن المحل يكون في حكم المعلوم، وإذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء فإن الشيء الذي يرد عليه يجب أن يكون معيناً و قابل للتعيين، وإذا كان الشيء من المثليات فإنه يعين بذكر جنسه ونوعه ومقداره والأصل أن التعيين الكامل يقتضي تعيين درجة الجودة ولكن إذا لم تذكر يمكن استخلاص ذلك من ظروف التعاقد وهذا ما نصت عليه المادة ١٣٤ من القانون المدني المصري.

ثالثاً: أن يكون قابلاً للتعامل فيه:

ويقصد بذلك ألا يكون المحل مخالفاً للقانون أو للنظام العام والآداب أو خارجاً عن دائرة التعامل سواء بحكم القانون أو بطبيعته وهذا ما نصت عليه المادة ٢٢ من القانون المدني الكويتي بقولها: (الأشياء المتقومة تصلح محلاً للحقوق المالية) وأيضاً ما نصت عليه المادة ٨١ من القانون المدني المصري بقولها: (أن الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بطبيعتها، و أما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية). والمحل أو الشيء الذي يخرج عن دائرة التعامل لطبيعته مثاله الشمس والهواء إذا أمكن الاستئثار بجزء منه فيمكن أن يكون محلاً للتعاقد.

وكما هو الشأن في العقد التقليدي يجب أن يكون هناك محل للعقد الإلكتروني وان يكون هذا المحل معيناً أو قابل للتعيين ويكون المحل في العقد الإلكتروني المعين عن طريق وصف المنتج أو الخدمة وصفا مانعاً للجهاالة على شاشة الحاسب الآلي عبر شبكة الانترنت، سواء من خلال صفحات الويب أو الكتالوج الإلكتروني والمقصود بالمعاينة هو الاطلاع على المبيع إطلاعاً يمكن من معرفة

حقيقته وطبيعته وذلك بالطرق التي يتحقق بها العلم الكافي لدى المستهلك بحقيقة المبيع والمعاينة التي يتحقق بها لدى المشتري بحقيقة المبيع هي التي تحصل عند إبرام العقد بحيث يرد العقد على المبيع وهو معلوم للمشتري علماً كافياً، ووصف السلعة المعروضة على موقع الويب أو من خلال الكتالوج الإلكتروني أو عبر رسائل البريد الإلكتروني أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى يعتبر وصفاً كافياً إذا تم بطريقة تمكن المستهلك من إدراك حقيقتها والوقوف على مدى ملائمتها للغرض من التعاقد فيصدر رضاؤه بناءً عن بينة من أمره، ويحق للمشتري طلب إبطال العقد عند عدم تحقق العلم الكافي للسلعة أو الخدمة فيجب أن يكون وصف السلعة أو الخدمة عند إبرام التعاقد الإلكتروني وصفاً دقيقاً ومفصلاً مما يحقق معه العلم الكافي والجدي والموضوعي عن المنتجات والخدمات.

ويجب أن يكون محل العقد الإلكتروني مشروع وذلك نظراً لكثرة المواقع التي تستغل في ممارسة التجارة غير المشروعة كالمخدرات أو السب أو القذف وتشويه سمعة الأشخاص وممارسة القمار عبر الإنترنت وغسيل الأموال وهذه التصرفات تكون باطلة بقوة القانون لكونها مناقضة للآداب والنظام العام.

من خلال هذا المبحث يتضح أن محل الالتزام في العقد الإلكتروني لا يختلف عن محل الالتزام في العقد التقليدي، ومحل الالتزام هو ما تعهد به المدين سواء كان التعهد ينصب على القيام بعمل أو بالامتناع عن العمل أو بإعطاء شيء.

فشروط المحل التي يجب أن تتوافر في العقد التقليدي يجب أيضاً توافرها في العقد الإلكتروني.

المبحث الثالث

السبب في العقد الإلكتروني

نصت المادة ١٧٦ من القانون المدني الكويتي على أنه: (١- يبطل العقد، إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب غير مشروع. ٢- ويعتد في السبب بالباعث الذي يدفع المتعاقد إلى التعاقد إذا كان المتعاقد الآخر يعلمه أو كان ينبغي عليه أن يعلمه).

كما نصت المادة ١٧٧ من نفس القانون على أن: (يفترض أن للالتزام سببا مشروعاً، ولو لم يذكر في العقد، وذلك إلى أن يقوم الدليل على خلافه).

كما نصت المادة ١٧٨ من ذات القانون على أن: (١- يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، ما لم يتم الدليل على غير ذلك. ٢- وإذا ثبت صورية السبب كان على من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه).

كما نصت المادة ١٣٦ من القانون المدني المصري على أنه: (أن العقد يعتبر باطلاً في حالة عدم وجود سبب للالتزام، أو كونه مخالفاً للنظام العام أو الآداب).

يتضح من هذه النصوص أن السبب يقصد به الغرض الذي يقصد إليه الملتزم من وراء التزامه، فالسبب يقوم على توافر شروط ثلاثة، هي:

أولاً: وجود السبب :

يجب أن يكون السبب موجوداً فإذا لم يوجد كان العقد باطلاً فإذا أكره شخص على التوقيع على سند مديونية وهو غير مدين أو أكره على تبرع وهو ليست لديه نية التبرع كان العقد باطلاً لانعدام السبب، وهذا يعني أنه في عقود المعاوضة يكون سبب التزام أحد الطرفين هو في ذاته محل التزام الطرف الآخر، فإذا كان هذا المحل قد هلك قبل انعقاد العقد فلا يكون هناك سبب للالتزام وكذلك إذا كان محل الالتزام لأحد الطرفين عملاً أو امتناع عن عمل وكان هذا العمل مستحيل استحالة مطلقة فلا ينعقد العقد ولا يوجد هنا أيضاً سبب للالتزام.

ثانياً: صحة السبب:

يشترط كذلك أن يكون السبب صحيحاً، ويكون السبب غير صحيح إذا كان موهوماً أو صورياً ومثال السبب الموهوم أن يتخارج وارث مع شخص يعتقد انه وارث ثم يتبين انه غير وارث أو يتفق الوارث مع موصي له على إعطائه مبلغ من النقود ثم يتبين أن الموصي رجع في وصيته في مثل هذه الفروض يكون العقد باطلاً لانعدام السبب.

ثالثاً: مشروعية السبب:

يجب أن يكون السبب مشروعاً، ويكون السبب مشروعاً إذا كان لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة فإذا تعهد شخص بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود فإن التزام من تعهد بدفع النقود يقع باطل لعدم مشروعية سبب التزامه وهو قيام الآخر بارتكاب الجريمة، كما في هذا الفرض يكون الالتزام باطلاً أيضاً لعدم مشروعية المحل، أما الالتزام المقابل وهو دفع مبلغ من النقود فمحلّه مشروع ولكنه يكون باطل لعدم مشروعية سببه وهو ارتكاب الجريمة.

ولا يختلف السبب في العقد التقليدي عن السبب في العقود الإلكترونية المبرمة عبر تقنيات الاتصال الحديثة والتي قد تتضمن على سبيل المثال أفعالاً خادشة للحياء فإنها تكون باطلة لأن السبب غير مشروع، إلا أن مفهوم الآداب العامة يتطور بصورة تدريجية مع الوقت ويختلف من دولة إلى أخرى بمقدار تحرر المجتمع ولذا فإن ما يعتبر مناقضاً للآداب العامة في دولة ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى وهو ما يتطلب بطبيعة الحال ضرورة التنسيق بين الدول على المستوى الإقليمي والدولي.

رأينا أن السبب وهو الفرض المباشر الذي يقصد إليه الملتزم من وراء التزامه، ولذلك يجب توافر شروط السبب، ولذلك يجب ان يكون السبب في العقد الإلكتروني موجوداً وصحيحاً ومشروعاً.

الفصل الثاني

إثبات العقد الإلكتروني

يعرف الإثبات أنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على صحة واقعة قانونية يدعيها أحد طرفي الخصومة وينكرها الطرف الآخر.

ومن هذا يتضح أن الإثبات المقصود هو الإثبات القضائي الذي يتم عن طريق تقديم الدليل أمام القضاء وأن ينصب على واقعة قانونية معينة وان يكون بالطريقة التي يحددها القانون.

والإثبات في المعاملات الإلكترونية تعثره الكثير من الصعوبات من الناحية التقنية نظراً لحدثة هذه التكنولوجيا وتعقيدها ولما يتسم به أصحاب المعاملات الإلكترونية غير المشروعة من مكر ودهاء وحيلة وغش واحتيال باستعمال تقنيات معلوماتية عالية الكفاءة وبسرعة فائقة يستطيعون من خلالها طمس أي عمل غير مشروع ومحو آثاره الخارجية الملموسة. لذا فإنني سأحدث في هذا الفصل عن إثبات العقد الإلكتروني من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: طرق الإثبات

المبحث الثاني: صور التوقيع الإلكتروني

المبحث الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني

المبحث الأول: طرق الإثبات

المطلب الأول

الكتابة

تلعب الكتابة دورا مهما في مجال الإثبات ويبدو أنها تعتبر من الأفكار القانونية التي يصعب تعريفها، فلفظ الكتابة ينصرف إلى أوسع معانيه، فهو يشمل كل ما يحرر دون اشتراط شكل ما أو وجود توقيع، ويمكن تعريف الكتابة بأنها ((مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر ويمكن أن تتم الكتابة بأي وسيلة أو بأي لغة))، وتحتل الكتابة المرتبة الأولى بين أدلة الإثبات وتعتبر هي وسيلة الإثبات الأكثر شيوعا بين الأفراد والأفضل لهم من أجل إثبات معاملاتهم المختلفة حيث يمكن عن طريقها تحديد مركز الشخص تحديدا واضحا على نحو يتنافى مع ما قد يطرأ من نسيان أو موت الشهود، وقد اعتمد المشرع الكويتي والمشرع المصري الإثبات بالكتابة.

والكتابة الإلكترونية هي مسألة جديدة لم يتناولها المشرع الكويتي بل تناولها المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ حيث نص في المادة ١/أ على أنه: (يقصد بالكتابة الإلكترونية كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك). ووفقا لنص المادة ١٥ من ذات القانون فإن (للكتابة الإلكترونية وللمحركات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون).

كما تناول المشرع الفرنسي الكتابة الإلكترونية في المادة ١٢١٦ من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أن: (الإثبات الخطي، أو الإثبات بالكتابة ينتج من كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رموز أو إشارات ذات دلالة تعبيرية مفهومة وواضحة أيا ما كان دعامتها أو وسيلة نقلها).

كما نصت المادة ١٣١٦-١ من ذات القانون على أن (الكتابة تحت شكل إلكتروني يكون لها نفس القوة في الإثبات الممنوحة للكتابة على دعامة ورقية شريطة أن يكون في الإمكان تحديد هوية الشخص الذي أصدرها وان يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو إلى الثقة) .

ويتضح من النصوص السابقة أن كل من المشرع المصري والفرنسي قد تبني مفهوما موسعا للكتابة واعترفا بالكتابة الإلكترونية ومنحها نفس الحجية القانونية المقررة للكتابة التقليدية للإثبات.

ولا ريب في أن إصدار التشريعات التي تعترف بالكتابة الإلكترونية من شأنه أن يضع حدا للغموض والجدل الذي كان يكتنف هذا النوع من الكتابة ويواكب التطور الفني الهائل في مجال تقنيات الاتصال عن بعد والذي مر بمراحل متعددة خاصة وان الأمان الممنوح لهذه المعاملات يتوقف على التقنية التي يستخدمها الأطراف وقد استطاع هذا التطور التقني أخيرا أن يولد هذا الأمان ويحظى بثقة المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية.

ويلاحظ أن الكتابة الإلكترونية يمكن أن تقوم بنفس الدور الذي تقوم به الكتابة التقليدية طالما أنه يمكن قراءتها وتدل بوضوح على مضمون التصرف القانوني وطالما كانت مدونة على دعامة إلكترونية تضمن لها الاستمرارية وتخول للأطراف الرجوع إليها عند الضرورة، بالإضافة إلى كونها تضمن عدم التعديل في بياناتها على نحو يوفر للمتعاملين الأمان والثقة.

ويشترط في الكتابة الآتي:

أولاً: أن تكون الكتابة مقروءة:

يشترط في الكتابة حتى تصبح كدليل في الإثبات أن تكون مقروءة وان تكون واضحة حتى يمكن فهمها وإدراك محتواها ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو إلكترونية أو أن يكون قد تم تدوينها بحروف أو بيانات أو رموز.

ثانياً: استمرار الكتابة ودوامها:

لكي تحقق الكتابة وظيفتها في الإثبات فإنه يجب أن تدون على دعامة تحفظها لفترة طويلة من

الزمن بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو دعامة إلكترونية مثل حفظها على ذاكرة الحاسوب أو الأقراص الممغنطة أو البريد الإلكتروني.

ثالثاً: عدم قابلية الكتابة للتعديل:

يشترط في الكتابة حتى تصبح كدليل في الإثبات أن تكون خالية من أي عيب يؤثر في صحتها كالكشط والمحو والتحشير، فإذا كانت هناك أية علامات تدل على التعديل في بيانات المحرر فإن هذا ينال من قوته في الإثبات، وبالرغم من أن الكتابة الإلكترونية تكون على وسيط غير مادي إلا أن نظم المعلومات الحديثة بما تتيح من أساليب متطورة يمكن لها أن تكشف عن أي تعديل في البيانات الإلكترونية وان تحدد بدقة البيانات المعدلة وتاريخ تعديلها، كما أن الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني يمكن أن يحل هذه المشكلة عند ادعاء أي طرف من الأطراف المتعاقدة أن هناك عيباً أو تعديلاً في بيانات المحرر الإلكتروني.

المطلب الثاني

التوقيع

نصت المادة ١٢ من المرسوم بالقانون ٣٩ لسنة ٨٠ الكويتي بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية على انه: (تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار، ويكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق. ومع ذلك فليس لمن ناقش موضوع الورقة أن ينكر ما نسب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أو أن يتمسك بعدم علمه بأن شيئاً من ذلك صدر ممن تلقى عنه الحق). وقد نص القانون المصري في المادة ١/١٤ من قانون الإثبات على أن (يعتبر المحرر العرفي صادر ممن وقعه ما لم ينف صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة). يتضح من هذه النصوص أن التوقيع هو الشرط الهام في الورقة العرفية لأنه هو الذي يتضمن قبول الموقع لما هو مدون في الورقة أو بعبارة أخرى هو الذي ينسب الكتابة إلى صاحب التوقيع، ويجب أن يشتمل التوقيع على اسم الموقع ولقبه كاملين فلا يكفي التوقيع بعلامة مختصرة أو بالأحرف الأولى من الاسم، وكما يكون التوقيع بإمضاء شخص يمكن أن يكون بالختم أو ببصمة الإصبع.

هذا بالنسبة للتوقيع على المحرر التقليدي أما بالنسبة للتوقيع على المحرر الإلكتروني فلم يوجد نص في القانون الكويتي يعرفه إلا أنه قد عرفته المادة ١/ج من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ٢٠٠٤/١٤ بأنه: (ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره) كما عرفه القانون الفرنسي في المادة ٤/١٢١٦ من التقنين المدني الفرنسي المعدلة بقانون التوقيع الإلكتروني الفرنسي رقم ٢٠٠٠/٢٣٠ بأنه: (التوقيع الضروري لإتمام التصرف القانوني الذي يميز هوية من وقعه، ويعبر عن رضائه بالالتزامات التي تنشأ عن هذا التصرف وعندما يكون إلكترونيا فيجب أن يتم باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع وضمان صلته بالتصرف الذي وقع عليه)

وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه (بيان مكتوب بشكل إلكتروني يتمثل في حرف أو رقم أو رمز أو إشارة

أو صوت أو شفرة خاصة ومميزة ينتج من إتباع وسيلة آمنة، وهذا البيان يلحق أو يرتبط منطقيًا ببيانات المحرر الإلكتروني في الدلالة على هوية الموقع على المحرر والرضاء بمضمونه).

وللتوقيع الإلكتروني أهمية كبرى في شتى المجالات، منها:

١. تحويل المعلومات الشخصية بصورة سرية ومضمونة لكل مواطن.
٢. يمكن الاعتماد اعتماداً كلياً على التوقيع الإلكتروني ضمن الإجراءات القانونية والقضائية في المنازعات بين الأشخاص والشركات الخاصة أو المؤسسات والهيئات الحكومية.
٣. توفير الهوية الرقمية لكل مواطن.

٤. التوفير في جميع إجراءات إرسال البيانات إلى المواطن والحصول على المعلومات منه (التوفير في الورق، الطلبات، الطباعة، الأحبار، إلخ..).

٥. توفير عامل الوقت الثمين للمواطن والموظف وفي هذه الحالة لن يضطر المواطن إلا أن يذهب بسيارته أو باستخدام وسائل النقل إلى الدوائر الحكومية والانتظار مطولاً كما هو الحال في بلداننا العربية وعلى النقيض تماماً في البلدان الغربية، حيث أنه بالكاد أن ترى أشخاصاً يكملون معاملاتهم إلى بأضيق الحالات، وهي ظهوره الشخصي إن لزم.

وهناك عدة فروق جوهرية بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي:

أولاً: من حيث صورته أو شكل التوقيع:

إن التوقيع التقليدي يتم في صورة إمضاء أو التوقيع بالختم أو بصمة الإصبع، وإن للموقع حرية في اختيار أي صورة من هذه الصور، أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني فإنه لا يشترط فيه صورة أو شكل معين حيث يمكن أن يتم في صورة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو بشرط أن يكون للصورة المستخدمة طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع من غيره.

ثانياً: من حيث الوسيط أو الدعامة التي يوضع عليها التوقيع:

بالنسبة للتوقيع التقليدي يتم عبر وسيط مادي ملموس ومحسوس وهو في الغالب وسيط ورقي، أما التوقيع الإلكتروني فيتم عبر وسيط إلكتروني غير محسوس.

ثالثاً: من حيث الوظائف التي يؤديها التوقيع:

التوقيع التقليدي يقوم بوظيفتين:

أ- أنه يحدد هوية وشخصية الموقع ويميزه عن غيره من الأشخاص.

ب- أنه دليل على الحضور المادي لأطراف التصرف في وقت التوقيع أو حضور من يمثلهم قانوناً أو اتفاقاً.

أما التوقيع الإلكتروني:

أ- أنه يحدد هوية وشخصية الموقع ويميزه عن غيره من الأشخاص.

ب- أنه يسمح بالتعاقد عن بعد.

ج- أنه يحقق قدراً من الأمن والثقة في صحة التوقيع وانتسابه لصاحبه.

د- إن التوقيع الإلكتروني يمنح المستند المحرر الأصلي وبالتالي يجعل منه دليلاً معداً مسبقاً للإثبات له نفس منزلة الدليل الكتابي الذي يتم إعداده مسبقاً قبل أن يثور النزاع بين الأطراف.

رأينا من خلال هذا المبحث أن الكتابة التقليدية هي مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر ويمكن أن تتم الكتابة بأي وسيلة أو بأي لغة.

وأن الكتابة الإلكترونية هي عبارة عن مجموعة من الحروف أو الأرقام أو الرموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية وتعطي دلالة قابلة للإدراك، وأن التوقيع الإلكتروني يتمثل في مجموعة من الحروف أو الأرقام أو الرموز أو التشفير الرقمي أو أي نظام معالج إلكتروني يمكن أن يعبر عن رضا أطراف التصرف القانوني.