جامعة البحرين

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص



إشكاليات التعاقد الإلكتروني في تشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية
(دراسة تحليلية مقارنة)

أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات الحصول على درجة (الدكتوراه) في (القانون الخاص)

إعداد

نوف بنت راشد بن عبد العزيز آل خليفة

الرقم الجامعي: 19942284

إشراف

الأستاذ الدكتور صبري حمد خاطر

(أستاذ القانون المدني المشارك)

جامعة البحرين

مملكة البحرين

ديسمبر 2020م

جامعة البحرين

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

إشكاليات التعاقد الإلكتروني في تشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (دراسة تحليلية مقارنة)

أطروحة مقدّمة كجزء من متطلبات الحصول على درجة (الدكتوراه) في (القانون الخاص)

إعداد

نوف بنت راشد بن عبد العزيز آل خليفة

الرقم الجامعي: 19942284

إشراف

الأستاذ الدكتور صبري حمد خاطر

(أستاذ القانون المدني المشارك)

جامعة البحرين

مملكة البحرين

ديسمبر 2020م

جامعة البحرين
University of Bahrain
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص
برناميج الدكتوراه

نموذج رقم (2)
صفحة الاعتماد من قبل لجنة التحكيم

ناقشت الطالبة نوف بنت راشد بن عبدالعزيز آل خليفة ، الرقم الجامعي (19942284)، الأطروحة التي استكملت بها متطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في القانون الخاص و المعنونة بـ (إشكاليات التعاقد الإلكتروني في تشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية . دراسة تحليلية مقارنة) وذلك في يوم الخميس الموافق 8/ابريل/2021.

وتوصي اللجنة بمنحها درجة دكتوراه الفلسفة في القانون الخاص، بتقدير (A).

(لجنة المناقشة)

الاسم		التوقيع
أ.د. صبري حمد خاطر	مشرفا	
أ.د. سعيد السيد قنديل	ممتحنا خارجيا	
أ.د. ضحى محمد النعمان	ممتحنا داخليا	
د. صلاح محمد أحمد	ممتحنا داخليا	

الختم



مُلخص الدّراسة

جاءت هذه الدراسة تحت عنوان **إشكاليات التعاقد الإلكتروني في تشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية**، وتهدف إلى دراسة التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية في دول مجلس التعاون، والإشكاليات القانونية التي تثيرها، رغبة منا في تسليط الضوء على مواطن الضعف والتقصير فيها، حيث إن نجاح التحول إلى الرقمية – بأي مجال كان – سواء بالنسبة إلى المعاملات ذات الطابع التجاري أو غيرها يكمن بوجود بنية تحتية متينة، ومن مقومات ذلك وجود تنظيم تشريعي متكامل يعالج جميع الإشكاليات التي قد يثيرها التعاقد الإلكتروني، ووجود مثل هذا التنظيم سيترتب عليه زرع الثقة في نفس المتعامل عبر شبكة الإنترنت، مما سيسهم في انتشارها بشكل أكبر.

إن تحديد إشكاليات التعاقد الإلكتروني يستلزم تصور جميع المراحل التي يمر بها التعاقد عبر شبكة الإنترنت، سواء مرحلة ما قبل التعاقد، أو مرحلة تكوين العقد، أو مرحلة ما بعد التعاقد بشكل عام، ثم توجيه مؤشر البحث لاستخلاص أهمّ الإشكاليات والتحديات التي تواجهها تشريعات دول مجلس التعاون في هذا المجال، وخاصة تلك الإشكاليات التي لم يتمّ تسليط الضوء عليها بشكل كافٍ، وبناء عليه تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة أبواب، يسبقهما فصل تمهيدي، تناول المبحث الأول من الفصل التمهيدي ماهية التجارة الإلكترونية وتعريفها من ناحية تشريعية وفقهية ومن ثُمَّ إلى مميزات وإشكاليات التجارة الإلكترونية، أمّا في المبحث الثاني فعرّف الباحثُ العقدَ الإلكتروني من ناحية فقهية وتشريعية ثم تطرقنا لخصائص العقد الإلكتروني وطبيعته.

أما الباب الأول فقد تطرقت الباحثت فيه إلى إشكاليات ما قبل إبرام العقد الإلكتروني من خلال تقسيمه إلى فصلين، يبحث الفصل الأول الإشكاليات العامة التي يثيرها التعاقد الإلكتروني في المرحلة السابقة على إبرام العقد، وذلك في مبحثين: نخصص الأول لمفهوم التفاوض الإلكتروني، وكان لا بُدّ لنا من تحديد فكرة التفاوض في ذاتها وأهميتها، ثم تناولنا الخصائص التي يتميز بها التفاوض الإلكتروني، ثم يتناول المبحث الثاني إشكالية مفهوم الأمن المعلوماتي في مرحلة ما قبل التعاقد، وذلك من خلال عرض إشكالية فكرة الأمن المعلوماتي في هذه المرحلة، ثم بيان الالتزامات التي تفرضها هذه الفكرة حلًا لهذه الإشكالية، وخصص الباحثُ الفصل الثاني لبيان الإشكاليات الخاصة بالمرحلة السابقة على التعاقد الإلكتروني من خلال تقسيمه إلى مبحثين تناولت الدراسة في الأول مشكلة التكييف القانوني لهذه المرحلة وما يتبع ذلك من أثر بشأن المسؤولية، ثم تناولت في المبحث الثاني إشكالية الإخلال بالأمن المعلوماتي، مركّزين على المعالجة القانونية في تشريعات دول مجلس التعاون.

وتبحث الدراسة في الباب الثاني إشكاليات تكوين العقد الإلكتروني من خلال تقسيمه إلى فصلين تناولت في الأول إشكالية التعبير الإلكتروني عن الإرادة في مبحثين: يعرض الأول إشكالية التعبير الإلكتروني بصورة عامة تطرقت الباحثة فيها إلى القاعدة العامة بالنسبة إلى التعبير الإلكتروني ثم نعرج إلى الاستثناءات الواردة عليها، أمّا المبحث الثاني فخصصته الدراسة للتعبير الإلكتروني في التشريعات الخاصة لدول مجلس التعاون، والفصل الثاني تطرقت الباحثة فيه إلى أهمّ إشكاليات الإيجاب والقبول في تكوين العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت في مبحثين، أمّا بالنسبة إلى المبحث الأول فسيكون في الإيجاب الإلكتروني وستتطرق الباحثة إلى العروض التجارية على الشبكة ومدى تكييفها القانوني في تشريعات دول مجلس التعاون والتشريعات المقارنة، وأمّا المبحث الثاني فستتناول الدراسة القبول الإلكتروني ومدى صلاحية الضغط على الزر للتعبير عن القبول، ومدى صحة العقود الإلكترونية التي تبرم من خلالها، وسيتم التطرق كذلك إلى مسألة (السكوت) وهل يمكن أن يكون للسكوت دلالة في التعبير عن رضا القابل بإبرام العقد أم لا؟

والباب الثالث والأخير فقد خصصته الباحثة للإشكاليات المتعلقة بمرحلة أخرى لاحقة على إبرام العقد، وستسلط الضوء فيه على أهمّ مسألة تثير الإشكاليات في هذه المرحلة، وهي: انتشار استخدام الشبكة في النشاط التجاري وإبرام المعاملات التجارية على نطاق دولي واسع، مما ترتب عليه ظهور العديد من الإشكاليات المتعلقة بالفترة اللاحقة على إبرام العقد، وبناء عليه ستكون هذه الإشكاليات في فصلين، خصصتِ الدراسةُ الفصل الأول لإشكاليات تنفيذ العقد الذي أبرم بوسائل إلكترونية والقانون الواجب تطبيقه عليه عند نشوب النزاع، وهو في مبحثين على التوالي، أمّا الفصل الثاني ستتناول في المبحث الأول منه إشكالية المحرر الإلكتروني، وفي المبحث الثاني إشكالية التوقيع الإلكتروني، وأخيرًا تنتهي الدراسة بأهمِّ النتائج والتوصيات.

الإهداء

إلى ...

مَنْ لَمْ يُمْهِلْهُ القَدَرُ لِيُشارِكَنِي فَرحَتِي، الّذي مَنَحَنِي ذِكْرَهُ الطّيبُ الدّافِعَ نَحْوَ العَمَلِ وتَحدّي الصِعَاب

والدي الغالي

رَحِمَهُ اللهُ وأسْكَنَهُ فَسيحَ جَنَاتِهِ.

إلى ...

القَلبِ النّابِضِ بالحَنانِ والصّدقِ والعَطاءِ . . ، مَصدرِ إلهَامِي ونُورِ حَياتِي

أمي الغالية

حَفِظها اللهُ ورَعاها .

أهْدي إليهما ثمرةَ عَمَلِيَ المُتواضِع

الباحثة

شكرٌ وتقديرٌ

الحمد لله حمداً يليق بجلاله على نِعَمِهِ وعظيمِ عطائه وتوفيقه بإنجاز هذه الأطروحة بشكلها الحالي، وبعد:

روى الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ ﴿**لَا يَشْكُرُ اللَّهَ مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاس**﴾[1]

أتقدّمُ بوافرِ الشّكرِ والامتنان إلى أستاذي الفاضل **الأستاذ الدكتور صبري حمد خاطر** لتفضله بالإشراف على هذه الأطروحة ومتابعته الدائمة لي، ولِما بذله من جهد مُخلص، فقد كان لصبره وسعة صدره وتدقيقه الأثر الواضح في توجيه الدراسة نحو الاتجاه الصحيح، فجزاه الله خير الجزاء.

كما أتوجه بالشّكر والتقدير إلى **الدكتور صلاح أحمد محمد** القائم بأعمال عميد كلية الحقوق بجامعة البحرين.

ويقتضي واجبُ الاعترافِ بالجميل أن أتقدّم بجزيلِ شكري وتقديري إلى **الدكتور محمد رضا قادر** عميد الدراسات العليا والبحث العلمي.

كما لا يفوتني أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى **الأستاذة الدكتورة ضحى محمد النعمان** على تعاملها الراقي وسِعة صَدرها.

وأتقدم بالشّكرِ والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الأطروحة.

وأخيرًا أوجّهُ شكريَ لكلّ من أسهم معي بإنجاز هذه الأطروحة وإخراجها إلى حيز الوجود ولو بكلمةٍ أو توجيهٍ أو بدعوةٍ صالحة في جوف الليل.

الباحثة

(1) سنن أبي داوود (ت 275هـ)، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد الناشر: المكتبة العصرية، صيدا – بيروت، ج4، ص255.

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
آية قرآنية	ب
صفحة الاعتماد من قبل لجنة التحكيم	ج
ملخص الأطروحة	د
الإهداء	و
الشكر والتقدير	ز
قائمة المختصرات	ن
المقدّمة	1
موضوع الدّراسة وأهميته	1
مشكلة الدّراسة	3
أهداف الدّراسة	4
منهجية الدّراسة	4
خطة الدّراسة	5
فصل تمهيدي: ماهية التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني	**7**
المبحث الأول: مفهوم التجارة الإلكترونية	11
المطلب الأول: التعريف بالتجارة الإلكترونية	13
الفرع الأول: التعريف الفقهي للتجارة الإلكترونية	13
الفرع الثاني: التعريف التشريعي للتجارة الإلكترونية	17
المطلب الثاني: مميزات وإشكاليات التجارة الإلكترونية	19
الفرع الأول: مميزات التجارة الإلكترونية	19
الفرع الثاني: إشكاليات التجارة الإلكترونية	21
المبحث الثاني: مفهوم عقد التجارة الإلكترونية	23
المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني	24
الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني	24
الفرع الثاني: التعريف الدولي والوطني للعقد الإلكتروني	27

المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني	31
الفرع الأول: العقد الإلكتروني هو تعاقد عن بعد	32
الفرع الثاني: العقد الإلكتروني يبرم باستخدام وسيط إلكتروني	33
الفرع الثالث: العقد الإلكتروني عقد تجاري يغلب عليه الطابع الدولي	34
المطلب الثالث: طبيعة العقد الإلكتروني	36
الفرع الأول: تكييف العقد الإلكتروني على أنه من عقود الإذعان	37
الفرع الثاني: استبعاد فكرة الإذعان من العقد الإلكتروني	40
الفرع الثالث: طبيعة العقد الإلكتروني ترتبط بوسيلة إبرامه	44
الباب الأول **إشكاليات ما قبل إبرام التعاقد الإلكتروني**	**43**
الفصل الأول: الإشكاليات العامة لما قبل التعاقد الإلكتروني	45
المبحث الأول: مفهوم التفاوض	46
المطلب الأول: فكرة التفاوض في ذاتها	47
الفرع الأول: تحديد مفهوم التفاوض	47
الفرع الثاني: التفاوض وإشكالية تعارض المصالح	51
الفرع الثالث: الإشكالية من خلال توصيف فكرة التفاوض	53
المطلب الثاني: عناصر التفاوض الإلكتروني وخصائصه وتمييزه عن غيره من الأفكار القانونية	59
الفرع الأول: تحليل عناصر التفاوض الإلكتروني	59
الفرع الثاني: خصائص التفاوض الإلكتروني	64
الفرع الثالث: تمييز فكرة التفاوض عن غيرها من الأفكار القانونية	66
المبحث الثاني: إشكالية مفهوم الأمن المعلوماتي ما قبل التعاقد	69
المطلب الأول: عرض فكرة الأمن المعلوماتي وإشكالياتها	69
المطلب الثاني: مصدر الالتزامات في ضوء إشكالية الأمن المعلوماتي	74
الفرع الأول: الالتزامات بموجب المبدأ العام لحسن النية	74
الفرع الثاني: التعريف بمبدأ حسن النية	74

الفرع الثالث: موقف القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية من مبدأ حسن النية	77
المطلب الثالث: الالتزامات تأسيسًا على مبدأ حسن النية	83
الفرع الأول: الالتزام بالإعلام	83
الفرع الثاني: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات	88
الفصل الثاني: الإشكاليات الخاصة لما قبل التعاقد الإلكتروني (التكييف والإخلال بالأمن المعلوماتي)	**94**
المبحث الأول: تكييف التفاوض الإلكتروني	95
المطلب الأول: الاختلاف حول تكييف التفاوض	96
الفرع الأول: طرح فكرة التكييف العقدي	96
الفرع الثاني: طرح فكرة التكييف المادي	99
المبحث الثاني: انعكاس التكييف على مسؤولية المتفاوض	102
المطلب الأول: أثر فكرة التكييف العقدي على اختيار المسؤولية	102
الفرع الأول: فكرة العقد الضمني	103
الفرع الثاني: فكرة العقد التمهيدي	104
المطلب الثاني: أثر فكرة التكييف المادي على اختيار المسؤولية	105
الفرع الأول: فكرة المسؤولية التقصيرية	105
الفرع الثاني: فكرة المسؤولية الخاصة	109
المبحث الثاني: إشكالية الاعتداء على الأمن المعلوماتي	113
المطلب الأول: صور الاعتداء على المعلومات	113
الفرع الأول: الاعتداء على المال المعلوماتي	113
الفرع الثاني: الاعتداء الواقع على المعلومات المدرجة في النظام المعلوماتي	114
المطلب الثاني: حماية المعلومات في تشريعات دول مجلس التعاون	115
الفرع الأول: الحماية بموجب الاتفاقيات متعددة الأطراف	115
الفرع الثاني: الحماية بموجب التشريعات ذات الصلة بالمعاملات الإلكترونية أو تقنية المعلومات في دول مجلس التعاون	117
خاتمة الباب الأول	123

الباب الثاني **إشكاليات تكوين العقد الإلكتروني**	**128**
الفصل الأول: إشكالية التعبير الإلكتروني عن الإرادة	**130**
المبحث الأول: جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة	132
المطلب الأول: القاعدة العامة في جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة	132
الفرع الأول: التشريعات الدولية	132
الفرع الثاني: التشريعات الوطنية	134
المطلب الثاني: القاعدة الخاصة في إطار قوانين المعاملات الإلكترونية لدول مجلس التعاون	136
المبحث الثاني: التعبير الإلكتروني عن الإرادة والاستثناءات الواردة عليه	140
المطلب الأول: دور الوسيط الإلكتروني في التعبير عن الإرادة	140
الفرع الأول: تعريف الوسيط الإلكتروني	140
الفرع الثاني: صور التعاقد بواسطة الوسيط الإلكتروني	142
الفرع الثالث: إرادة الوسيط الإلكتروني وجودها من عدمه	144
المطلب الثاني: الاستثناءات على قاعدة التعبير الإلكتروني	145
الفرع الأول: الاستثناء في القانون النموذجي	145
الفرع الثاني: الاستثناءات في تشريعات دول مجلس التعاون	147
الفصل الثاني: إشكالية الإيجاب والقبول في تكوين العقد الإلكتروني	**150**
المبحث الأول: إشكالية الإيجاب الإلكتروني	152
المطلب الأول: مفهوم الإيجاب الإلكتروني	152
الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني	153
الفرع الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني	158
الفرع الثالث: صور الإيجاب الإلكتروني	161
الفرع الرابع: شروط الإيجاب الإلكتروني	163
المطلب الثاني: الأوضاع التي تثيرها إشكالية الإيجاب الإلكتروني	164
الفرع الأول: إشكالية الإيجاب الإلكتروني بالنسبة إلى الإعلان	165
الفرع الثاني: إشكالية الإيجاب الإلكتروني بالنسبة إلى التكييف	167

المبحث الثاني: إشكالية القبول الإلكتروني في مواجهة الإيجاب	175
المطلب الأول: مفهوم القبول الإلكتروني	176
الفرع الأول: القبول الإلكتروني	176
الفرع الثاني: شروط القبول الإلكتروني	179
الفرع الثالث: صور القبول الإلكتروني	183
المطلب الثالث: الأوضاع التي تثيرها إشكالية القبول الإلكتروني	185
الفرع الأول: استخدام وسيلة إلكترونية للقبول في مواجهة الإيجاب	186
الفرع الثاني: مواجهة السكوت للإيجاب في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت	193
خاتمة الباب الثاني	197
الباب الثالث **إشكاليات ما بعد التعاقد**	**200**
الفصل الأول: إشكالية التنفيذ والقانون الواجب التطبيق	**201**
المبحث الأول: إشكالية تنفيذ العقد	202
المطلب الأول: إشكالية تنفيذ الالتزام بالتسليم	203
الفرع الأول: مفهوم التسليم	204
الفرع الثاني: تحديد مكان التسليم	209
المطلب الثاني: إشكالية الوفاء بالثمن	213
الفرع الأول: انتفاء الحاجة إلى بعض القواعد التقليدية	213
الفرع الثاني: ظهور الوفاء الإلكتروني	214
الفرع الثالث: خطر الوفاء الإلكتروني	219
المبحث الثاني: إشكالية القانون الواجب التطبيق	221
المطلب الأول: قاعدة الإسناد الاتفاقية في مواجهة العقد الإلكتروني	223
الفرع الأول: ماهية قاعدة الإسناد الاتفاقية	223
الفرع الثاني: مدى انعكاس الإشكالية الإلكترونية على القاعدة الاتفاقية	229
المطلب الثاني: قواعد الإسناد القانونية في مواجهة العقد الإلكتروني	230
الفرع الأول: المواجهة بالنسبة إلى قواعد الأسناد التقليدية	230
الفرع الثاني: فكرة القواعد الموضوعية في مواجهة الإشكالية	237

الفصل الثاني: إشكاليات الإثبات الإلكتروني	240
المبحث الأول: إشكالية المحرر الإلكتروني	243
المطلب الأول: فكرة الكتابة بالنسبة إلى الإثبات	243
الفرع الأول: فكرة الكتابة بصورة عامة	243
الفرع الثاني: استخدام الكتابة للإثبات	245
المطلب الثاني: تحديد مفهوم المحرر الإلكتروني	249
الفرع الأول: التعريف اللّغوي للكتابة الإلكترونية	250
الفرع الثاني: التعريف التشريعي للكتابة الإلكترونية	253
المطلب الثالث: تحديد إشكالية الإثبات بالمحرر الإلكتروني	256
الفرع الأول: الإثبات بالمحرر الإلكتروني بصورة عامة	257
الفرع الثاني: إشكالية المواجهة مع الحجية والمحرر التقليدي	263
المبحث الثاني: إشكالية التوقيع الإلكتروني	278
المطلب الأول: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني	278
الفرع الأول: تحديد التوقيع الإلكتروني	279
الفرع الثاني: صور التوقيع الإلكتروني	288
المطلب الثاني: إشكالية حجية التوقيع الإلكتروني	290
الفرع الأول: مخاطر التوقيع الإلكتروني	291
الفرع الثاني: مدى تحقق شروط التوقيع الإلكتروني	292
الفرع الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات	298
خاتمة الباب الثالث	302
الخاتمة	304
قائمة المراجع	310
الملاحق	339
الملخص باللّغة الإنجليزية	b

قائمة الاختصارات

Abbreviations

أولًا: الاختصارات باللّغة العربية

1) أ: الأستاذ.
2) أ، د: الأستاذ الدكتور.
3) اتفاقية روما: اتفاقية روما لسنة 1980م بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.
4) اتفاقية فيينا: اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1980م، بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.
5) ج: الجزء.
6) د: الدكتور.
7) دول مجلس التعاون: دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.
8) د، د، ن: دون دار نشر.
9) د. س، ن: دون سنة نشر.
10) ص: الصفحة.
11) ط: الطبعة.
12) قانون اليونسترال: القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.
13) م: مستشار.
14) مبادئ لاهاي: مبادئ اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية.
15) مبادئ اليونيدروا: مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص للعقود التجارية الدولية.

ثانيًا: الاختصارات باللّغة الفرنسية

1) Art: Article
2) Bull: Bulletin
3) CA: Cour d'appel
4) Cass: Cour de Cassation
5) Cass .Civ: Cassation -(Chambre Civile)
6) Cass.Com: Cassation - (Chambre Commerciale)
7) CEE: La Communauté économique européenne
8) Convention de Rome: Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles
9) Convention de Vienn: Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises

10) C.civ: Code Civil
11) Dr: Docteur
12) Ed: Edition
13) Gaz ‹Pal: Gazette du Palais
14) J.C.P: juris classeur périodique
15) L.G.D.J: Librairie général de droit et de jurisprudence
16) LCEN: La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique
17) La CNUDCI:Comission des Nations Unies sur le Droit Commercial International
18) N^{O}: Numéro
19) OCDE: L'Organisation de coopération et de développement économiques
20) Op.cit: Ouvrage précité
21) p: page
22) Principes de La Haye: Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux
23) Principes d'Unidroit: Les Principes relatifs aux contrats du commerce international
24) S: Suivant
25) V: voir
26) Vol.: Volume

المقدّمة

تَمْهِيدٌ

لا يخفى على أحدٍ الدور الكبير الذي تلعبه شبكة الإنترنت في وقتنا الحاضر وتأثيرها في حياة الأفراد والمجتمعات، والتغيرات التي أحدثتها على مستوى كبير، فهذه الشبكة اختصرت الزمان وقرّبت المسافات، وأفرزت مفاهيم جديدة انعكست على نظام الحياة التقليدي للأفراد، وأصبح كثير من النشاطات التجارية تتم عبر هذه الشبكة، وأصبح التعاقد الإلكتروني عبرها واقعًا فرض نفسه على العالم بأسره وأخذ بالتوسع في فترة زمنية قصيرة، وأظهر مهمة للقانون أساسية في تنظيم كلّ الأمور والشؤون التي تتم من خلال الوسيط الإلكتروني، فالقانون يجب أن ينظم كلّ ظاهرة جديدة إمّا بتطويع القواعد التقليدية وإمّا بتشريع قواعد جديدة، فكان لزامًا أن يلحق القانون بركب هذا النوع الحديث من التعامل، وحماية المتعاملين عبر هذا الوسيط.

لقد سارع عدد من الدول إلى سنّ تشريعات بشأن تنظيم المعاملات والتجارة الإلكترونية ولم تتخلف دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية عن هذا النهج، بل حاولت مجاراة أبرز التشريعات في هذا المجال، ويثور السؤال: هل يكفي ذلك؟

إن طبيعة التعاقد الإلكتروني تتطلب تتبع التطورات التي وصلت إليها تكنولوجيا الاتصالات الحديثة وانعكاساتها على المعاملات والتجارة الإلكترونية، وألا تكون التشريعات وما يتبعها من دراسات وبحوث في قالب جامد وإنما يجب أن تتجدد من وقت إلى آخر تبعًا لتجدد الظاهرة الإلكترونية بحيث يتلاءم تنظيم هذه الظاهرة مع تجددها وبما يؤدي إلى أن تلعب القواعد القانونية الدور الفعّال في تنظيم التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني وصولا إلى ضمان سلامة التعامل بواسطته طبقا لما يوفره القانون من حماية، وعلى نحو تتفق المعالجات بذلك مع أفضل المعايير العالمية.

ومن هنا تم اختيار موضوع الدّراسة في نطاق التعاقد الإلكتروني، الذي سيكون أسلوب بحثه، على النحو الآتي:

مَوْضُوعُ الدّراسَةِ وأهَمّيّتُهُ

يتمثلُ موضوعُ هذه الأطروحة في بحث (إشكاليات التعاقد الإلكتروني في تشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية)، وسوف تتناول الباحثةُ موضوعَ الدراسة من منظور خاص يرتكز على الإشكاليات والتحديات التي يثيرها هذا النوع من التعاقد عن بعد بالنسبة إلى تشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ومدى ملاءمة هذه التشريعات المنظمة للمعاملات

والتجارة الإلكترونية لمواجهة التحديات والإشكاليات التي يثيرها التطور الحاصل في هذا المجال بشكل مطرد ومتسارع، وبيان أوجه القصور فيها ومحاولة طرح الأفكار التي ممكن أن تسهم في معالجتها، وكلّ ذلك تم من خلال مراجعة القوانين المعاصرة وصولًا إلى تحليل القواعد التي انطوت عليها تلك التشريعات.

فالعالم اليوم يمر بتحديات كبيرة، ويواجه كثيرًا من الأزمات[1] التي انعكست بدورها على أسلوب إنجاز المعاملات، إذ أصبحت التعاملات تتم عن بعد، وذلك يؤكد ضرورة التحول إلى الرقمية، والهدف الذي تسعى إليه جميع الدول – من دون استثناء – في وقتنا الراهن هو نشوء بيئة إلكترونية آمنة للتعامل، وأن تتم مواكبة هذا التطور بتنظيم فعّال، ودول مجلس التعاون تمتلك البنية التحتية المتطورة والجاهزية الإلكترونية التي تمكنها من مواكبة الدول المتطورة في مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية وإن كان ذلك بدرجات متفاوتة، فهناك دول خليجية تفوقت على نظيراتها في هذا مجال، وعلى رغم ذلك لازالت الأنظمة المتعلقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية تواجه بعض الإشكاليات والعراقيل، والطموح هو أن تنشأ منظومة إلكترونية متكاملة تستطيع أن تواكب من خلالها الدول المتقدمة وأن تواجه أي أزمات ممكن أن تطرأ مستقبلًا.

ظهرت الحاجة ملحة لدارسة إشكاليات التعاقد الإلكتروني مع ازدياد استخدام شبكة الإنترنت في التعاملات التجارية، ومن هذا المنطلق جاءت هذه الدراسة، آملين أن تكون أحد الأسباب التي تسهم في التوجه نحو توحيد الجهود الخليجية وسنّ تشريعات موحدة تنظم جميع المسائل المتعلقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية الاقتصادية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 2002م، قد نصت في المادة (25) المعنونة بـِ (التجارة الإلكترونية)، على أنه: (تقوم الدول الأعضاء باتخاذ الإجراءات اللازمة لتسهيل التبادل التجاري والتعامل

---

(1) واجه العالم أزمة فيروس كورونا المستجد (كوفيد – 19) الذي ترتب عليه ظهور تحديات كبيرة على جميع الأصعدة من دون استثناء، وكان ذلك بمثابة اختبار لقياس مدى استعداد الدول لمواجهة الأزمات والكوارث المفاجئة، وفي تقرير بعنوان "دول الخليج وإدارة أزمة كورونا" الصادر عن مركز البحرين للدراسات الاستراتيجية والطاقة "دراسات" وفي الجزء الخاص بتوظيف التكنولوجيا بمواجهة كورونا، أكد التقرير: "أن دول الخليج قطعت شوطاً مهماً على صعيد الحكومة الإلكترونية وهو الأمر الذي منحها ميزة استراتيجية خلال مواجهة أزمة كورونا، من خلال آلية العمل عن بعد إذ أسهمت الحكومة الإلكترونية في انتظام كلّ المؤسسات الخليجية في عملها من دون تأثير على مسارات ونتائج تلك الأعمال إذ تمت العديد من الاجتماعات عن بعد، سواء داخل كلّ دولة خليجية أو فيما بين مسؤولي دول الخليج، بالإضافة إلى بدء المؤسسات التعليمية في دول الخليج بتقديم خدماتها للطلاب والدارسين عن بعد ما يعني انتظام العملية التعليمية وعدم تأثرها جراء الأزمة"، المقال منشور على موقع جريد أخبار الخليج الإلكتروني بتاريخ 30 مايو 2020م: https://2u.pw/F7Epf، آخر زيارة يونيو 2020م.

المصرفي عبر وسائل الاتصال الإلكترونية وتوحيد التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية)[1]، وفي الاجتماع الـ (58) للجنة التعاون التجاري الخليجي والمنعقد في نوفمبر 2019م[2]، تم الاتفاق على تحديد الصعوبات التي تواجه مجلس التعاون في مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية وبحث تحديد سياسة موحدة في هذا القطاع.

مُشْكِلةُ الدّراسَةِ

تتناولُ هذه الدراسة الإشكاليات الخاصة بالتعاقد عبر شبكة الإنترنت، وذلك من خلال تحليل القواعد القانونية المعاصرة ثم البحث في أوجه القصور في معالجة ظاهرة التعاقد الإلكتروني ثم توظيف ذلك في نطاق تشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ومشكلة الدراسة تظهر في ثلاث مراحل، على النحو الآتي:

1- **الإشكاليات الخاصة بالمرحلة السابقة على التعاقد:** وهي تلك التي تظهر قبل الدخول بمرحلة إبرام العقد، والتي يتمّ التداول فيها حول أهمّ المسائل المتعلقة بالعقد، ويطلق على هذه المرحلة (مرحلة التفاوض)، وتثار العديد من الإشكاليات في هذه المرحلة كونها تتم عن بعد وبواسطة وسائل إلكترونية، ومنها تكييف المفاوضات، وطبيعة المسؤولية المترتبة عليها، إلى جانب أمن المعلومات التي يتمّ تبادلها في هذه المرحلة السابقة على التعاقد.
2- **الإشكاليات الخاصة بمرحلة إبرام العقد:** وهي الإشكاليات التي تتعلق بالتعبير عن الإرادة في هذه المرحلة، ومدى جواز التعبير عن الإرادة بواسطة وسائل إلكترونية، وتلك الإشكاليات التي لم تعطِ القدر الكافي من البحث، والتي تتعلق بالتعبير عن الإيجاب والقبول، ومن ثم ما هو المدى الذي عالجت به القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية هذه المسائل؟
3- **الإشكاليات المتعلقة بالمرحلة اللاحقة على التعاقد:** وهي تلك التي تثار بعد إبرام العقد، وخاصة عند نشوب نزاع أو خلاف بين أطرافه، وهي الإشكاليات التي تتعلق بتنفيذ العقد والقانون الواجب التطبيق وبالإثبات ومدى تأثير البيئة الإلكترونية على قواعد الإثبات، وهل يعتد بالكتابة الإلكترونية؟ وهل تتمتع المحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات كنظيرتها التقليدية؟ وهل يقبل التوقيع الذي يتمّ إلكترونيًا ومن الممكن أن يؤدي ذات الوظيفة التي يؤديها التوقيع بصورته التقليدية؟

---

(1) الاتفاقية الاقتصادية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، متاحة على: https://2u.pw/izrjt، آخر زيارة: أكتوبر 2020م.

(2) موقع دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية: https://2u.pw/izrjt، آخر زيارة: أكتوبر 2020م.

أهدَافُ الدّراسَةِ

الهدفُ الرَئيسيُ من الدراسةِ هو تسليطُ الضوء على الإشكاليات التي تثيرها التشريعات المنظمة للتعاقد الإلكتروني في دول مجلس التعاون ثم وضع الحلول لها، إذ إن غالبية الدراسات السابقة، كانت تنصب حول تفسير العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت كونه مولودًا حديثا وما يتفرع عنه من موضوعات متفرقة كالتراضي في العقود الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني وما إلى ذلك من مواضيع تفسر هذا النوع المستحدث من التعاقد، فقد كان يغلبها الطابع الاستكشافي –أن صح التعبير– لمكونات العقد الإلكتروني ومقارنته بالعقد التقليدي، ولم تكن الدراسات القانونية تركز في الغالب على الإشكاليات التي يثيرها التعاقد الإلكتروني في ظل التشريعات المنظمة له وخاصة أن هذا النوع من الإشكاليات لم تتضح معالمها إلا بعد مرور فترة زمنية من ممارسة التعامل الإلكتروني.

والهدف الثاني هو وضع لَبِنَة في البناء البحثي الذي يسعى نحو وضع مقترحات لتوحيد تشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، لتسهيل ممارسة هذا النوع من المعاملات التي تتم عن بعد، خاصة في ظل التوجهات الحديثة التي ترى ضرورة التحول إلى التعامل الرقمي لما يتميز به من مميزات أهمها إمكانية تسيير الأعمال عن بعد في ظل الأزمات والكوارث، وهذه الدراسة تسعى لتحقيق ذات الهدف من خلال وضع اليد على أهمّ هذه الإشكاليات والدعوة إلى توحيد الجهود بين أعضاء دول المجلس لمعالجة هذه الإشكاليات في قانون خليجي موحد.

مَنْهَجيّةُ الدّراسَةِ

تم تطبيق المنهج التحليلي في هذه الدراسة، للكشف عن طبيعة إشكالات التعاقد الإلكتروني وأنواعها والحلول المطروحة لها، وذلك من خلال استعراض الأحكام القانونية في التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية والتشريعات ذات العلاقة بموضوع الإشكاليات، ودراسة مدى ملاءمتها وقدرتها على معالجتها، بالإضافة إلى اتباع المنهج المقارن، سواء في القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية على مستوى الدول العربية، أو القوانين والمواثيق الدولية وعلى رأس هذه القوانين قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وقانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، اتفاقية روما للبيوع بالإضافة إلى توجيهات المجلس الأوربي، ومبادئ اليونيدروا والقوانين الفرنسية ذات العلاقة، وكان الهدف من اللجوء إلى نماذج متميزة من القوانين المقارنة – على الرغم من صعوبة تتبع القواعد وتفسيرها وتحليلها– هو في النهاية لاختيار أو اقتراح النموذج الأفضل الذي يمكن طرحه في نطاق محدد في ظل تشريعات دول مجلس التعاون، وخاصة أن الدراسات الفقهية في ظل هذه التشريعات نادرة جدًا الأمر الذي جعل من بحث

الإشكاليات في ظل بعض القوانين الأخرى ضرورة لغرض الوصول إلى مقترحات علمية تبنى على أسس علمية جادة ومقبولة من خلال المقارنة والترجيح.

خطةُ الدّراسَةِ

إن تحديد إشكاليات التعاقد الإلكتروني يتطلب الخوض في المراحل التي يتمّ بها التعاقد الإلكتروني واستنباط الإشكاليات التي تثيرها كلّ مرحلة، ولذلك قسمنا هذه الرسالة إلى ثلاثة أبواب.

تناولت الباحثة في الباب الأول إشكالات ما قبل التعاقد، فكما هو معروف التجارة الإلكترونية هي تجارة عن بعد، حيث يكون الطالب أو المشتري في مكان غير المكان المطلوب منه البضاعة أو الخدمة، وغالبًا ما يتمّ عرض البضائع والخدمات في متاجر إلكترونية أو على موقع الشركات مع بيان وصف البضائع والخدمات بشكل دقيق ويكون ذلك بالنسبة إلى الصفقات اليومية التي يقوم بها الأفراد، أمّا الصفقات التجارية الكبرى فلا تتم بهذه السهولة بل يسبق ذلك مرحلة من المباحثات وتبادل العروض ووجهات النظر، ويطلق على هذه المرحلة، المرحلة السابقة على التعاقد، وهي تثير كثيرا من الإشكاليات وأهمها تحديد طبيعة هذه المرحلة ونوع المسؤولية المترتبة عليها، وثانيهما إشكالية أمن المعلومات فيها، وخاصة أن المرحلة التي تسبق الاتفاق مرحلة غنية بالمعلومات إذ يتمّ فيها تبادل المعلومات والوثائق الخاصة بالمشروع أو العقد المزمع إبرامه، بهدف جذب الأطراف إلى الاقتناع بإبرام العقد.

وتناولت في الباب الثاني مرحلة إبرام العقد نفسه، وهي المرحلة التي يتمّ فيها تلاقي الإيجاب بالقبول بواسطة شبكة الإنترنت، ويتم ذلك بأكثر من طريقة وبحسب وسائل التعبير عن القبول المتوافرة على الموقع أو المتجر الإلكتروني، وتظهر في هذه المرحلة إشكاليات عديدة قمنا بتسليط الضوء عليها، فتم البحث في مدى وجود قصور في معالجتها بالنسبة إلى التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية في دول الخليج، والإشكالية الأولى تتمثل في مشروعية التعبير عن الإرادة بواسطة وسائل إلكترونية عبر شبكة الإنترنت، إلى جانب إشكالية الإعلانات المنتشرة على شبكة الإنترنت، التي تفرض وجودها سواء عند زيارة المواقع أو عبر إرسالها إلى البريد الإلكتروني، وتتخذ أساليب كثيرة في عرضها تثير التساؤل: هل تكيف هذه الإعلانات على إنها إيجاب إلكتروني، يقوم به العقد إذا تم قبوله، أم أن هناك متطلبات خاصة يجب أن تتوافر في العرض حتى يعتد به قانونًا؟

وتأتي بعد الإيجاب مسألة القبول والطرق الحديثة في التعبير عنه، فهل يعتد بالضغط على أيقونة القبول الذي يتمّ عن طريق الخطأ؟ وهل هناك شروط معينة لاعتبار الضغط أو النقر على أيقونة القبول من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة عند التعاقد عبر شبكة الإنترنت؟

وتناولت الدراسة في الباب الثالث المرحلة اللاحقة على إبرام العقد، فتم البحث في إشكالات التنفيذ والقانون الواجب التطبيق، وصار التركيز فيه على أهمّ موضوع بالنسبة إلى التعاقد عبر بيئة إلكترونية عن بعد، وهو موضوع الإثبات، فالإثبات هو شريان الحياة بالنسبة إلى الحق، حيث يتجرد الحق من أية قيمة ويصبح كالعدم إذا لم يستطع صاحبه إقامة الدليل على وجوده عند قيام نزاع عليه أمام القضاء، وعلى الرغم من مميزات التعامل عبر شبكة الإنترنت والتجارة الإلكترونية، فإن التساؤلات تثور دائمًا حول الحجية القانونية لهذا النوع من التعامل؟

وبما أن مقومات الإثبات قد اختلفت في التعاقد الإلكتروني، حيث حلّ المحرر الإلكتروني محل المحرر التقليدي، والتوقيع الإلكتروني محل التوقيع التقليدي، انصبت الدراسة في النهاية على عناصر الإثبات، لتناول الكتابة الإلكترونية، والمحرر الإلكتروني والإشكاليات التي يثيرانها بالإضافة إلى التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات.

بذلت الباحثة في هذه الرسالة ما استطاعت إليه من جهد، فإن أصابت فذلك فضل من الله تعالى، وإن كانت الأخرى – فحسبنا أنا حاولنا واجتهدنا – ونسأل الله تعالى سبحانه التوفيق.

فصل تمهيدي

ماهية التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني

إنَّ الحديثَ عن ماهية التجارة الإلكترونية يتطلب التعريف بهذه التجارة وتناول مميزاتها والإشكاليات التي ممكن أن تحيط بها، أمّا بيان مفهوم العقد الإلكتروني فيستلزم دراسة التعريفات الفقهية والتشريعية التي تناولته، بالإضافة إلى الوقوف على خصائص هذا النوع من العقود والطبيعة القانونية الخاصة به.

فصل تمهيدي

ماهية التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني

يَشهدُ العالمُ في وقتِنا الحاضرِ ثورة في تكنولوجيا[1] الاتصالات والمعلومات بسبب التفاعل ما بين تكنولوجيا الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، حتى أصبحت وسائل الاتصال الحديثة التي تعتمد على شبكة الإنترنت وسائل لا يمكن الاستغناء عنها، فبعد أن كانت الاتصالات تعتمد على الهاتف والفاكس والتلكس، ظهرت شبكة الإنترنت، وانتشر استخدام هذه الشبكة بشكل فاق كلّ التوقعات والتصورات، وأصبح التعامل معها أمرًا من أمور الحياة اليومية التي لا يمكن الاستغناء عنها[2].

ومع تلاشي الحدود الجغرافية وبفضل ما وفرته شبكة الإنترنت من خدمات متنوعة ذات إمكانية متميزة في العرض ونقل البيانات والمعلومات، ظهر مفهوم جديد للتجارة وتفتحت آفاق جديدة ومزايا لا يمكن أن توفرها التجارة التقليدية، وأهمها أنها جمعت الدول في فضائها وخلقت سوقًا عالميًا افتراضيًا[3] وبفضل ذلك يستطيع كلٌّ من المنتج والمستهلك توفير الجهد والوقت والمال وإبرام صفقات تجارية مربحة بأقل الإمكانيات، فالمنتجون يستطيعون ترويج وتسويق منتجاتهم وخدماتهم بكل يسر وسهولة على مدار الوقت، وفي المقابل يستطيع المستهلك الحصول على كلّ ما يريده من دون الحاجة إلى تكبد عناء السفر أو التنقل، فأسواق العالم مفتوحة على مصراعيها أمامه وله حرية الاختيار بين السلع والخدمات المعروضة، فكلّ ما يحتاجه هو اقتناء جهاز حاسوب

---

(1) مصطلح "التكنولوجيا" يعني: (ظاهرة اجتماعية يشترك فيها مجموعة من الناس بالبحث والفكر، والاكتشاف أو الاختراع، ثم التطبيق أو النقل، ثم أن نجاحها وتقدمها يعتمد أولًا وأخيرًا على القدرة على الاستيعاب والاستجابة من جانب أبناء المجتمع، كلّ في تخصصه ومجاله، لذا نجد هناك تنوعًا ملحوظًا فيمن يهتم بأمور التكنولوجيا، فنجد أن كلّ فئة تصوغ لها مفهومًا بما يتفق ومجال عملها) ينظر: د. عمرو محمد المارية، عقد البيع الإلكتروني "أحكامه وآثاره": دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017م، ص48.

(2) المرجع نفسه، ص8 وما بعدها، راجع كذلك: د. محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ط2، 2011م، ص15.

(3) "...nous avons aujourd'hui n'est pas un village planétaire mais plutôt une place de marché à l'échelle mondiale..." pour plus d'informations, V: Ronald Labonte, Marie-Claude Lamarre, Du marché mondial au village planétaire, Dans Santé Publique 2003/3 (Vol, 15), p. 267 à 281.

والاشتراك بخدمة الإنترنت، ونتيجة لذلك أصبحت المعاملات الإلكترونية في تزايد مستمر واضحت شبكة الإنترنت من أهمّ الوسائل التي تبرم من خلالها العقود[1].

وإزاء هذه الأهمية للتجارة الإلكترونية وبعد أن أصبحت ممارستها واقعًا ملموسًا وواسع الانتشار استوجب ذلك إيجاد تنظيم قانوني لمختلف جوانبها، فأصدرت هيئة الأمم المتحدة متمثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[2] (UNCITRAL) القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996م، وكان ذلك بمثابة حجر الأساس في هذا المجال، حيث جاء هذا القانون بهدف توحيد القواعد القانونية الخاصة بالتجارة الإلكترونية عالميًا، تأكيدًا منها لأهمية هذه التجارة، والذي استرشدت بأحكامه غالبية الدول الأجنبية والعربية[3].

وقامت كذلك غرفة التجارة الدولية (ICC) بإعداد دليل التجارة الإلكترونية، الذي يعد أيضًا مصدرًا مهمًا للاسترشاد به في سنّ التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية[4].

---

(1) Judith Rochfeld, L'acquis communautaire – Le contrat électronique, Études juridiques, Economica, Paris 2010, p. 4.

(2) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي The United Nation Commission on International Trade Law، وتعرف اختصارًا بـ (UNCITRAL) وتكونت هذه اللجنة سنة 1966م، من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1966/12/17م، وأسندت إليها مهمة تشجيع وتعزيز التوحيد للقانون التجاري الدولي، ينظر: محمد حسام لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2002م، ص10 وما بعدها.

(3) **من هذه التشريعات على سبيل الذكر وليس الحصر:**

1- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000م.
2- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001م.
3- قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية رقم (28) لسنة 2002م، وحلّ محله مرسوم بقانون رقم (54) لسنة 2018م بإصدار قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية، وهذا أن دلّ فإنه يدل على محاولات مملكة البحرين وجهودها بمواكبة التطورات في مجال التجارة الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات.
4- قانون اتحادي رقم (1) لسنة 2006م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.
5- مرسوم سلطاني رقم (69) لسنة 2008م بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية العماني.
6- نظام التعاملات الإلكترونية السعودي لعام 1431هـ.
7- مرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2010م بإصدار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري.
8- قانون رقم (20) لسنة 2014م في شأن المعاملات الإلكترونية الكويتي.
9- نظام التجارة الإلكترونية السعودي لعام1440هـ.

(4) هي منظمة عالمية متخصصة في وضع قواعد قانونية محددة في مجال التجارة بواسطة نشرات الغرفة، وتركز على توحيد القواعد ذات العلاقة بالأنشطة القانونية القائمة عبر الحدود وبين الدول وفي مجال التجارة الإلكترونية،=

ولا شكّ في أن التطور الهائل في تكنولوجيا المعلومات وتقنية الاتصالات انعكس على التجارة بصورتها التقليدية المعروفة، وأصبحت المعاملات التجارية تنجز بوسائل إلكترونية وتنتقل بين أطرافها بواسطة شبكة الإنترنت فالمعاملات التجارية تخوض رحلة رقمية في فضاء إلكتروني لا يعرف سوى الأرقام والبيانات، ولا تختلف التجارة الإلكترونية عن التقليدية في المضمون ولكن الاختلاف يكمن في الوسيلة التي تتم بها هذه التجارة[1].

والعقد الإلكتروني هو عصب التجارة الإلكترونية وهو لا يختلف من حيث المفهوم العام عن العقد التقليدي، فأساسه الاتفاق والتراضي بين أطرافه وتحكمه القواعد نفسها بشكل عام، ولكنه يتميز بأنه يبرم عن بعد بواسطة وسائل غير تقليدية، حيث يتمّ عن طريق استخدام وسائط إلكترونية تعمل آليا وتلقائيا بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها[2].

وبما أن موضوع دراستنا ينصب على البحث في الإشكاليات التي يثيرها التعاقد الإلكتروني في التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، وجدنا أنه من الملائم قبل الدخول في موضوع الدراسة أن نستهل دراستنا بفصل تمهيدي نبحث فيه مفهوم التجارة الإلكترونية التي تنشأ في بيئة رقمية وعقد التجارة الإلكترونية، وذلك تمهيدًا لدراسة الإشكاليات التي يثيرها هذا النوع من التعاقد الإلكتروني ولضمان فهم الخصوصية التي تتميز بها الإشكاليات الناشئة عن التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة وعلى وجه الخصوص تلك المبرمة

=يعد الدليل الذي قامت بإعداده من أهمّ المصادر التي تساعد الدول على سنّ تشريعاتها الخاصة بالتجارة الإلكترونية، وتبع هذا الدليل العديد من الأدلة المكملة في هذا المجال، وللاطلاع على المزيد يرجى زيارة الموقع الإلكتروني للغرفة: https://iccwbo.org/، آخر زيارة 13 ديسمبر 2018م.

(1) م. جهاد محمود عبد المبدي، التراضي في تكوين عقود التجارة الإلكترونية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط1، 2017م، ص21 وما بعدها.

(2) الجدير بالذكر أن مصطلحات التجارة الإلكترونية، العقد الإلكتروني، المتعاقد الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني جميعها تسميات غير دقيقة حيث إن لفظ إلكتروني هنا دليل على الوسيلة التي تتم بها التجارة أو إبرام العقد بالإضافة أنه لا يتصور وجود شخص إلكتروني حتى نستخدم مصطلح مستهلك إلكتروني أو متعاقدًا إلكترونيًا، استخدم اللفظ هنا للدلالة على الوسيلة التي تم التعاقد بها أو شراء السلع والخدمات منها، ولكن شاع استخدام المصطلحات السابقة بهذه الطريقة من قبيل الاقتصاد في التعبير، فعلى سبيل المثال "عقد إلكتروني" أفضل من "العقد الذي يبرم عبر وسيلة إلكترونية" ولا نرى ضيرًا من اختصار المصطلحات طالما المقصود منها واضح للكافة، ينظر: في ذلك: د. علاء الدين محمد ذيب عبابنة، تنازع القوانين في العقد الإلكتروني الدولي، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، ط2، 2009م، ص24، ينظر كذلك: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية وفقًا لأحدث التشريعات في: فرنسا، مصر، الأردن، دبي والبحرين، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2007م، ص132.

عبر شبكة الإنترنت، وذلك في مبحثين نتناول في الأول مفهوم التجارة الإلكترونية وفي الثاني مفهوم عقد التجارة الإلكترونية.

المبحث الأول

مفهوم التجارة الإلكترونية

شَهِدَ العالمُ العديدَ من الثورات في مجال الاتصالات[1]، ولكن الثورة المعلوماتية التي شهدناها في مطلع القرن الحادي والعشرين وظهور شبكة الإنترنت، كانت نقطة تحول في العالم بأسره، بفضل تكنولوجيا الاتصال الحديثة، كونها شبكة مفتوحة للجميع، تلاشت بفضلها الحدود بين دول العالم، وتمازجت الثقافات، وتوزعت المعلومات بشكل واسع[2].

وكانت شبكة الإنترنت[3]عند بداية ظهورها مخصصة للأغراض العسكرية فقط[4] ولكن مع مرور الوقت تم تطوير هذه الشبكة لتصبح صالحة لاستخدام الأفراد، وبعد ما كان استخدامها

---

(1) ظهرت العديد من الاختراعات في مجال الاتصالات على مرّ الزمان، حيث ظهر التلغراف، ومن بعده الهاتف، الذي فتح المجال للتعاقد الشفوي، ومن بعد ذلك ظهر التيليكس والفاكس بالإضافة إلى الإذاعة والتلفزيون اللذين كان لهما دور كذلك في مجال التعاقد عن بعد، ينظر في ذلك: آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت: دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط1، 2006م، راجع كذلك: Bizeul Bruno et Champenois Gérard, Le Téléachat et le droit des contrats, CNRS-Editions, Paris, 1998.

(2) Grâce à la technologie le monde est de plus en plus petit, les pays et les cultures sont de plus en plus proches, les longues distances ce sont raccourcis et l'information circule partout dans le monde, En 1964, le philosophe et sociologue Marshall McLuhan analyse déjà ce phénomène, dans son ouvrage Pour comprendre les médias il fait référence à un «village global», c'est-à-dire à un monde homogénéisé et unifié, Le "village global", Marshall McLuhan, 17/10/2013, Disponible sur: https://2u.pw/BoIuj, p. consultée: février 2020.

(3) جاءت كلمة "إنترنت" اختصارًا لـ "Interconnected Network"، وهي تعني الشبكة العالمية التي تربط الحواسيب ببعض من خلال خطوط نقل مختلفة، كالأقمار الصناعية والخطوط الهاتفية وغيرها من تقنيات الاتصال بغية تأمين خدمات عديدة لجميع الأفراد بشكل متواصل على مدار الساعة، ينظر: محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص22 وما بعدها.

(4) في أوائل الستينيات افترضت وزارة الدفاع الأمريكية وقوع كارثة نووية، ووضعت التصورات حول تأثير تلك الكارثة على فعالية الجيش، وخاصة في مجال الاتصال، الذي يلعب دورا كبيرا في تحريك وتوجيه كل العمليات التي يقوم بها الجيش، وعليه كلفت باحثين لدراسة مهمة إيجاد شبكة اتصالات تستطيع أن تستمر بالعمل حتى في حالة هجوم نووي، وللتأكد من استمرار الاتصالات في حالة الحرب، وأسسوا شبكة أطلق عليها اسم شبكة وكالة مشروع الأبحاث المتقدمة (ARPANET)، وفي عام 1984م، تحملت مؤسسة العلوم الوطنية الأمريكية=

مقتصرًا على الأنشطة العسكرية، ثم توسعت أنشطة الشبكة وأصبحت تستخدم لأغراض الترفيه والتواصل والتسويق ووجد المستهلك ضالته في هذه الشبكة بسبب ما تتمتع به من مميزات ومغريات مما انعكس على التجارة بشكلها التقليدي[1].

وترتب على ذلك ظهور نوع جديد من التجارة يتميز بالانفتاح والمرونة والسرعة في الإنجاز وهذا النمط الجديد من التجارة الذي يتمّ عبر شبكة الإنترنت ألغى جميع الحواجز والعوائق التي تحول دون الانتشار العالمي للتجارة، وأحلّت المتاجر الافتراضية محلّ المتاجر التقليدية ولم يقتصر الأمر على ذلك بل فتحت المجال أمام المبتدئين لممارسة الأنشطة التجارية بتكاليف بسيطة جدًا، فالأمر لا يتطلب سوى توافر جهاز حاسوب وخدمة إنترنت وتصميم موقع لعرض المنتجات والخدمات، وأصبح للمؤسسات التجارية الصغيرة فرصة للارتقاء بنشاطها والوصول إلى شريحة أكبر من الناس أو حتى للسوق العالمي، وهذا الأمر كان يتعذر حصوله في ظل التجارة التقليدية لما تتطلبه من إمكانيات كبيرة[2].

وعليه نعرف التجارة الإلكترونية بالقدر الذي يمهد لدراسة الإشكاليات المترتبة على العقود التي تتم في هذا نوع من التجارة بالنسبة إلى تشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، حيث سنتناول تعريف التجارة الإلكترونية في المطلب الأول ثم سننتقل إلى إيجابيات وسلبيات التجارة الإلكترونية في المطلب الثاني.

=(NSF) مسؤولية إدارة شبكة (ARPANET) التي قامت بدورها بإنشاء شبكة أسرع باسم (NSFNET) في عام 1986م، وهذه الشبكة كونت العمود الفقري للبنية التحتية للإنترنت، ينظر: د. شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م، ص14، د. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2006م، ص9 وما بعدها.
Jean-Michel Yolin - Jean-Claude Merlin - André Nizery, Internet et PME: mirage ou opportunité?: pour un plan d'action: rapport au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, Rapport public, Date de remise: 1 janvier 1998, disponible sur: https://2u.pw/Gy86J, p. consulté: décembre 2019.

(1) Originellement conçu pour des objectifs militaires, le réseau Internet a été étendu à tous les acteurs de la vie sociale à l'échelle planétaire et sans distinction de frontières ni de distance, Internet fait actuellement partie des outils de travail, des espaces de loisir, des canaux de communication et surtout de consommation", pour plus d'information V: Cia Mathilda Dadjo, Les contrats dans le cyberespace à l'épreuve de la théorie générale: problèmes et perspectives, Université d'Abomey Calavi - BENIN - Maîtrise en droit des affaires et carrières judiciaires, 2003, Disponible sur: https://cutt.us/ssZOR, p. consultée: février 2020.

(2) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط3، 2017م، ص17 وما بعدها، وراجع كذلك: د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر – المحلة الكبرى، 2010م، ص27 وما بعدها.

المطلب الأول

التعريف بالتجارة الإلكترونية

التِجارةُ الإلكترونيةُ نمطٌ جديدٌ من أنماطِ الأعمال التجارية، تتمّ فيه عمليات البيع والشراء أو تبادل المنتجات والخدمات من خلال شبكة الإنترنت، أن وضع تعريف دقيق للتجارة الإلكترونية ليس بالأمر السهل، كون مصطلح (التجارة) مصطلحًا واسعًا متغيرًا تبعاً للتطور التكنلوجي، فتارة يتوسع وأخرى يضيق بحصره في وسيلة معيّنة، بالإضافة إلى التقنية المستخدمة في هذا النوع من التجارة التي تتميز بالتعقيد واحتوائها على العديد من الجوانب الفنية الدقيقة.

إن الأصل اللّغوي لمصطلح (التجارة الإلكترونية) هو ترجمة للمصطلح الإنجليزي (electronic-commerce) وهو مصطلح يتكون من مقطعين، المقطع الأول هو التجارة التي تعبر عن مجموعة من الأنشطة المنظمة على الشبكة المفتوحة[1] ذات الطابع التجاري التي من بين بيع وشراء وإعلان وشتى أنواع الأنشطة التجارية، أمّا المقطع الثاني وهو (الإلكترونية) وهو وصف للوسط الذي تتم فيه هذه المعاملات التجارية، حيث يتمّ في عالم رقمي مجهز بتقنية عالية يقوم بتخزين البيانات ونقلها عبر وسائط إلكترونية[2]، وهذا ما نبحثه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التعريف الفقهي للتجارة الإلكترونية

ظهرت عديد من المحاولات الفقهية للتعريف بالتجارة الإلكترونية، فظهر تعريف ضيّق لهذه التجارة مقيّد وآخر واسع يشمل كلّ نشاط يتعلق بتبادل السلع أو الخدمات، وهذا ما نبحثه على النحو الآتي:

---

(1) يقصد بالشبكات المفتوحة (open network)، تلك الشبكات التي تسمح للكافة الدخول إليها من دون الحاجة إلى اتباع أي إجراءات خاصة بالدخول أو بروتوكولات معينة، على عكس الشبكات المغلقة (closed network) التي يقتصر استخدامها على أشخاص تربطهم علاقة عمل أو علاقة تعاقدية مبنية على الثقة المتبادلة، ينظر: د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص23 وما بعدها.

(2) Dans l'expression "commerce électronique" l'adjective électronique renvoie à l'aspect technique des modalités particulières d'exercice de ce commerce": Florence Mas, La conclusion des contrats du commerce électronique, L.G.D.J, Paris, 2005, p. 10.

أولًا: التعريف الضيق للتجارة الإلكترونية

تعرف التجارة الإلكترونية عند بعض الباحثين على أنها: (جميع المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت سواء تمتعت بالصفة التجارية أم لا)[1]، وواضح أن هذا التعريف يقيد التجارة الإلكترونية بشبكة الإنترنت فهي التي تضفي الصفة على هذا النوع من التجارة ليخرج من نطاقها كلّ تجارة لا تتم من خلال هذه الشبكة.

ولا اتفق مع هذا التعريف لأنه حصر التجارة الإلكترونية بشبكة الإنترنت فقط كونها الأوسع انتشارًا، ويتجاهل الوسائل الإلكترونية الأخرى التي سبقت ظهور شبكة الإنترنت مثل الهاتف، الفاكس أو التلكس أو أي وسيلة اتصال أخرى ممكن أن تظهر مستقبلًا، ومن جانب آخر يخلط بين الأنشطة بحيث تشمل التجارية وغير التجارية.

وفي تعريف آخر ورد أن التجارة الإلكترونية هي: (التبادل التجاري الذي تتم فيه عملية الشراء عن طريق شبكة الاتصال عن بعد)[2].

وهذا التعرّيف ضيق كثيرًا من نطاق نشاط التجارة الإلكترونية حيث قصرها على عملية الشراء، بينما النشاط التجاري أوسع من ذلك بكثير من ذلك وتتفرع منه عمليات عديدة، نذكر منها على سبيل المثال: تلقي الطلب، الشراء، الدفع، تقديم الخدمات، بالإضافة إلى التسويق للسلع عن طريق الإعلانات، التفاوض وغيرها من العمليات المرتبطة بالنشاط التجاري.

وعُرّفت التجارة الإلكترونية كذلك بأنها: (مجمل المبادلات الرقمية المرتبطة بنشاطات تجارية فيما بين المؤسسات أو فيما بين المؤسسات والأفراد أو بين المؤسسات والإدارات)[3].

إن هذا التعريف ضيق من فئة المتعاملين بهذا النوع من النشاطات التجارية، حيث حصرها فيما بين الأفراد والمؤسسات والإدارات، أو الفئة الأخيرة فيما بين بعضهم، وهذا الأمر لا يستقيم

---

(1) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر – المحلة الكبرى، 2005م، ص34.

(2) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006م، ص19 وما بعدها.

(3) Comme l'ensemble des échanges numérise lies a des activités commerciales entre entreprises, entre entreprises et particulier ou entre entreprises et administrations, Alain Rallet, Commerce électronique ou électronisassions du commerce? disponible sur: https://cutt.us/wn2WI, p. consultée: Novembre 2019.

مع واقع التجارة الإلكترونية حيث إنها مفتوحة لأي شخص، ومن الوارد أن يكون التعامل بين مستهلك ومستهلك آخر[1].

إن انتقاد التعريفات السابقة يكمن في أنها لم تكن جامعة إذ إن قرن التجارة الإلكترونية بالوسيلة يؤدي إلى استبعاد وسائل مهمة تتم بها هذه التجارة، واجتزاء جزء من عملياتها وقصره على نوع معيّن يؤدي بالتعريف إلى استبعاد جزء من النشاط التجاري من دون مبرر يكفي لاستبعاده، من هنا فإن التضييق في تعريف التجارة لقصرها على هذه الوسيلة أو تلك أو بنشاط هيئات معيّنة دون غيرها هو أمر لا يستند إلى أساس قانوني واضح.

ثانيًا: التعريف الواسع للتجارة الإلكترونية

التعرّيف الواسع لا يركز على النشاط التجاري الذي يتمّ بواسطة وسائل الاتصال الحديثة فقط، إنما يشمل جميع أنواع الأنشطة التي يمكن إتمامها عبر وسائل الاتصال الإلكترونية سواء كانت ذات طبيعية تجارية أم لا، بالإضافة إلى أنه يوسع من دائرة الوسائل المستخدمة لإتمام مثل هذه العمليات، ولا يقصرها على شبكة الإنترنت بل أي وسيلة ممكن أن تؤدي وظيفتها في الاتصال، بهدف الاستفادة من أية تطورات قد تحصل مستقبلًا، وخاصة أن عالم تكنولوجيا الاتصال يتسم بالتطور السريع[2].

---

(1) ومثال ذلك، أن يشتري شخص سلعة من موقع إلكتروني أو حتى من السوق بمفهومه التقليدي، ولكن لا يكون راض عنها ولا يمكن استبدالها لفوات ميعاد الاستبدال أو كونه من السلع التي لا تقبل الاستبدال، في هذه الحالة ممكن أن يستفيد المستهلك من شبكة الإنترنت عن طريق عرض السلعة للبيع ولا يمنع ذلك عدم تمتعه بالصفة المهنية لا يتمتع بالصفة المهنية، ويكون المشتري مستهلكًا آخر يفضل السلعة، ونجد كثيراً من المواقع التي تعرض سلع المستهلكين المستعملة وغير المستعملة للبيع في موقعها مع أخذ نسبة من ثمن البيع، ومثال تلك المواقع: **eBay, Etsy, Amazon**، ومثل هذه المواقع تلاقي رواجًا كبيرًا في البلدان الأجنبية أكثر من العربية.

(2) د. حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط1، 2012م، ص78 وما بعدها.

وعلى هذا النحو تعرف التجارية الإلكترونية بأنها: (كل المبادلات التجارية[1] التي تعتمد على تبادل المعلومات عبر شبكة اتصال لاسلكية سواء الإنترنت أو غيرها من وسائل الاتصال اللاسلكية الأخرى)[2].

بَيْدَ أنه هذا التعريف ليس دقيقا، حيث شمل وسائل الاتصالات اللاسلكية من دون تحديد على الرغم من أن هذا المصطلح واسع إلى الحدّ الذي يصعب معه حصره في نطاق مصطلح قانوني معيّن، وإلى جانب ذلك استخدم مصطلح المبادلات التجارية وهو مصطلح آخر أقرب إلى المعنى الاقتصادي منه إلى القانون، في حين أن الغرض من وضع التعريفات هو إزالة الغموض والإبهام عن المصطلحات التي يتمّ تعريفها حتى يسهل فهمها وهذا ما لم يتحقق في التعريف المذكور.

وورد في تعريف آخر أن التجارة الإلكترونية هي: (استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لإتمام الأعمال التجارية وغيرها من الأعمال الإلكترونية)[3].

وعلى الرغم من أن هذا التعريف يركز على الوسيلة التي تتم بها بالتجارة الإلكترونية، فإنه مزج بين الأعمال التجارية التي هي أساس هذا النوع من التعامل والأعمال الإلكترونية الأخرى التي من الممكن أن تشمل جميع الأنشطة المدنية والإدارية والتجارية والإنتاجية والمالية والخدمية التي تتم باستخدام وسيط إلكتروني ولا تتمتع بالصفة التجارية.

التّعريف المقترح

ترى الباحثةُ في ضوء دراسة التعريفات المطروحة يمكن تعريف التجارة الإلكترونية على أنها: العمل التجاري طبقًا للقانون الذي يتمّ من خلال وسيط إلكرتوني، وتقترح هذا التعريف بناء على أن العمل لا يكون تجاريًا إلا إذا تحققت فيه الشروط القانونية التي يستلزمها المُشرّع، كما أن الوسيط الإلكتروني ليس مقيدًا بشبكة الإنترنت، وإنما بأي وسيط تتحقق فيه الشروط التي يمكن بموجبها وصف هذا الوسيط بأنه إلكرتوني، وبذلك تتم الموازنة بين ما يوسع من التجارة إلى الحدّ

---

(1) المبادلات: "هي تلك العمليات التي تحدث في التجارة سواء على المستوى الدولي أو المحلي وتتمثل في الصادرات والواردات للبضائع والخدمات المختلفة ورؤوس الأموال"، ينظر: أ.د محمد عبد الحسين الطائي، التجارة الإلكترونية المستقبل الواعد للأجيال القادمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2019م، ص3.

(2) د. عمرو محمد المارية، عقد البيع الإلكتروني "أحكامه وآثاره": دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017م، ص53.

(3) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيًا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002م، ص49.

الذي يمكن معه أن تدخل في نطاقها ما ليس تجاريًا، وبين ما يضيق الوسيلة الإلكترونية ليقصرها على شبكة الإنترنت دون غيرها.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للتجارة الإلكترونية

لا يوجد تعريف تشريعي واحد للتجارة الإلكترونية، بل تتعدد التعريفات من دون الوقوف عند تعريف شامل، وستطرح الدراسة في هذا الفرع بعض التعريفات التي وضعتها المنظمات الدولية المعنية بالتجارة الدولية وبعض التعريفات التي وضعتها الدول في تشريعاتها المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، وذلك فيما يأتي:

أولًا: تعريف المنظمات والمواثيق الدولية

- عرفت **منظمة التجارة العالمية، التجارة الإلكترونية بأنها:** (عبارة عن عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع المنتجات من خلال شبكة اتصال)[1].
- **منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، فقد عرفت التجارة الإلكترونية بأنها:** (بيع أو شراء السلع أو الخدمات، التي أجريت على شبكات الإنترنت بواسطة أساليب مصممة خصيصًا لغرض تلقي أو طلب السلع والخدمات)[2].
- وعرف **الاتحاد الأوربي، التجارة الإلكترونية بأنها:** (عمليات بيع وشراء السلع أو الخدمات، بين أصحاب الأنشطة التجارية أو الأفراد أو المنظمات الخاصة، من خلال المعاملات الإلكترونية التي تجري عن طريق الإنترنت أو غيرها من شبكات الاتصال الحديثة)[3].
- وتجدر الإشارة إلى أن **لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال)**، لم تورد أي تعريف للتجارة الإلكترونية في القانون الذي وضعته في عام 1996م، واسترشدت به كلّ الدول في سنّ قوانينها المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، وهذا المسلك لم يأت

---

(1) (**WTO**) Definition of E-commerce: (the production, distribution, marketing, sale or delivery of goods and services by electronic means, retrieved from): https://cutt.us/SY2mV, last visited: December 2019.

(2) (**OECD**) Definition of E-commerce: "Is the sale or purchase of goods or services, conducted over computer networks by methods specifically designed for the purpose of receiving or placing of orders"،retrieved from: https://cutt.us/9Qcas, last visited: December 2019.

(3) (**EU**) Definition of E-commerce: (the sale or purchase of goods or services, whether between businesses, households, individuals or private organizations, through electronic transactions conducted via the internet or other computer-mediated (online communication) networks), retrieved from: https://cutt.us/T0OJC, last visited December 2019.

من فراغ بل رغبة في أن تأخذ الدول بالمفهوم الموسع للتجارة الإلكترونية مع الأخذ بعين الاعتبار الضوابط التي وضعها القانون والمذكرة التفسيرية بشأنه.

ثانيًا: تعريف الدول للتجارة الإلكترونية

عرَّف **قانونُ الثقةِ بالاقتصاد الرقمي في فرنسا** التجارة الإلكترونية بأنها: (التجارة الإلكترونية هي النشاط الاقتصادي الذي يقدم الشخص من خلاله السلع والخدمات عن بعد وبواسطة وسائل إلكترونية)[1].

وفي التقرير المقدّم من قبل **مجموعة العمل التي شكلت برئاسة وزير الاقتصاد الفرنسي** آنذاك، عرفت التجارة الإلكترونية على أنها: (مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات بعضها مع بعض، وبين المشروعات والأفراد، وبين المشروعات والإدارة)[2].

أمّا **قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي** فجاء فيه: (التجارة الإلكترونية هي العمليات التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية)[3].

أمّا بالنسبة إلى **قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي، فقد عرف التجارة الإلكترونية بأنها:** (المعاملات التجارية التي تباشر بواسطة المراسلات الإلكترونية)[4].

على ضوء التعريفات السابقة يمكن الاستنتاج بأنه لا يوجد تعريف موّحد متفق عليه للتجارة الإلكترونية بل هي عبارة عن مجموعة من الاجتهادات من قبل المعنيين بالتجارة بحسب المنظور الخاص لكل منهم إزاء هذا النوع الجديد من التعامل التجاري الذي يتمّ عن بعد عبر شبكة الإنترنت العالمية ومن الصعب إيجاد تعريف جامع ومانع نظرًا إلى طبيعة النشاط التجاري وتوسعه ولهذا

---

(1) Art 14 de LCEN: "Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services", Disponible sur: www.legifrance.gouv.fr, p. consultée: février 2020.

(2) Francis Lorentz dans son rapport remis le 7 Janvier 1998 au ministre français de l'économie, des finances et de l'Industrie tente de définir le commerce électronique comme "l'ensemble des échanges numérisés liés aux activités commerciales", il s'agit donc aussi bien de relation inter-entreprise que relation entre entreprise et consommateurs, et entre autres entreprises et administration», Rapport diffuse sur le site du ministère des finances.

(3) قانون رقم (83) لسنة 2000م، مؤرخ في 9 أغسطس 2000م، بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، متاح على موقع بوابة التشريع التونسي: http://www.legislation.tn/، آخر زيارة: أكتوبر 2019م.

(4) قانون اتحادي رقم (1) لسنة 2006م في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، متاح على موقع حكومة دبي www.smartdubai.ae، آخر زيارة أكتوبر 2019م.

السبب لم ينص قانون اليونسترال على تعريف محدد للتجارة الإلكترونية حتى لا يتمّ حصره بإطار ضيق.

وللتعبير بشكل أوضح يمكننا أن نشبه التجارة الإلكترونية بسوق عالمي كبير يضم جميع دول العالم ويتخذ شبكة الإنترنت مقرًا له، ويقوم المعنيون بالتجارة من تجار ومستهلكين ووسطاء بعرض ما يملكونه من منتجات وخدمات بصورة افتراضية عن طريق عرض الصور والمواصفات بالإمكانيات المتاحة على شبكة الإنترنت والقيام بالتسويق والإعلان عنها بالوسيلة نفسها على مدار الساعة فالأسواق مفتوحة للمستهلكين بأي وقت لا تقيدهم مواعيد، ويتم الوفاء بوسيلة إلكترونية كذلك[1].

وهذا النوع المستحدث من النشاط التجاري، له جانب مشرق وآخر مظلم وهذا ما سنحاول توضيحه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

مميزات وإشكاليات التجارة الإلكترونية

لكلّ أمرٍ مستحدثٍ جانبان، أحدهما إيجابي والآخر سلبي، فالتجارة الإلكترونية من الأمور المستحدثة في عالم التجارة، ومن الطبيعي أن يكون لها مميزات تعود بالنفع على مستخدميها وفي المقابل يكون لها سلبيات وإشكاليات تنعكس على مستخدميها، وخاصة أنها نوع جديد من التجارة يعتمد على التكنولوجيا الحديثة ولايزال يكتنفها الغموض وعدم الوضوح على الرغم من مرور سنوات على ظهورها، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال عرض المميزات والإشكاليات المترتبة على النشاط التجاري الذي يتمّ عبر شبكة الإنترنت، كما يأتي:

الفرع الأول: مميزات التجارة الإلكترونية

انتشرت التجارة الإلكترونية بمدة زمنية قصيرة ودخلت جميع البيوت بفضل ما توفره من مميزات لا تتوافر في التجارة التقليدية وتعود بالنفع على مستخدميها، وذلك يرجع إلى التقنية الحديثة والمتطورة التي يتمّ بواسطتها إبرام عقود التجارة الإلكترونية، ونبين هذه المميزات على النحو الآتي:

1- **تتم عمليات التفاعل ما بين طرفي التعاقد عن بعد عبر وسائط إلكترونية**، من دون التواجد المادي لكليهما، وهذه ميزة قد تختلف من وسيلة إلى أخرى، من ذلك ما يميز التعاقد

---

(1) أ.د طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان- الأردن، ط1، 2016م، ص21.

عبر شبكة الإنترنت عن غيره من وسائل الاتصال التي تتم عن بُعد كالفاكس والتيليكس، هو ميزة التفاعل الفوري بسبب التقنيات الحديثة عالية الجودة التي توفر أفضل أنواع الاتصال الفوري وهذه الخاصية كانت سببا من أسباب انتشار استخدام شبكة الإنترنت بسرعة غير متوقعة[1].

2- **إحلال المستندات الإلكترونية محلّ الورقية**، ويعد ذلك من أهمّ الخصائص التي تميز التجارة الإلكترونية، حيث تحلّ المستندات الإلكترونية محلّ المستندات الورقية، فمعظم المخاطبات والإجراءات تتم إلكترونيًا، مما يترتب عليه أن يكون المستند الإلكتروني هو السند القانوني في حال قيام أي نزاع إذا ما توافرت الشروط المطلوبة لمنحها الحجية اللازمة في الإثبات[2] .

3- **استحداث أنواع جديدة من الأعمال التجارية**، فقد ظهرت المتاجر الافتراضية وكذلك الشركات الافتراضية، وكذلك إدارة إعمال البورصات المالية وتداول الأوراق المالية إلكترونيا، كما ظهرت البنوك الإلكترونية التي تعتمد على أساليب الوفاء الإلكتروني[3].

4- **توفير خيارات التسوق الأفضل**، أن طبيعة التجارة الإلكترونية والإمكانيات التي توفرها تمكن التجار من عرض أفضل الخدمات وأجود البضائع، وتفهم احتياجات العملاء وبذل الجهود لإشباع رغباتهم من خلال طرح خيارات متنوعة تناسب جميع الفئات والأذواق، ولهذا السبب تعد التجارة الإلكترونية سوقًا للمنافسة الحقيقية، والكل يسعى فيها لتقديم الأفضل[4].

5- **فعّالية وسرعة إنجاز الصفقات التجارية**، حيث تتم العمليات التجارية عبر شبكة الإنترنت بسهولة وفاعلية بدءًا من مرحلة التفاوض وإبرام العقود حتى مرحلة تسليم السلع أو تنفيذ الخدمات، من دون الحاجة إلى انتقال الطرفين إلى مكان معيّن، فشبكة الإنترنت هي

---

(1) د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، انعكاسات الطابع الدولي للحماية القانونية في مجال التجارة الإلكترونية، بحث مقدم للدورة التدريبية التي ينظمها مركز الدراسات القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة عين شمس بعنوان: "الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية"، 8-13 مارس 2003م، ص20 وما بعدها.

(2) م. جهاد محمود عبد المبدي، التراضي في تكوين عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص48 وما بعدها، راجع كذلك:

E-commerce: avantages et inconvénients, Disponible sur: https://cutt.us/lQio5, p. consultée: Novembre 2019.

(3) يونس عرب، الدراسة الشاملة للتجارة الإلكترونية، مجلة البنوك الأردنية، المجلة رقم (18)، العدد 9، سنة 1999م، ص 21 وما بعدها.

(4) Nicole Martins Ferreira, Les 20 avantages et inconvénients de l'e-commerce à connaître, Disponible sur: https://cutt.us/2z5su, p. consultée: Novembre 2019.

بوابة الوصول إلى الأسواق العالمية وأنت في مكانك، فهي تجارة لا تتقيد لا بالحدود الزمنية ولا الجغرافية[1].

الفرع الثاني: إشكاليات التجارة الإلكترونية

ترى الباحثةُ أن سلبيات التجارة التي تتم عبر شبكة الإنترنت تتمثل في الإشكاليات التي تفرزها البيئة التي تنشأ فيها عقود التجارة الإلكترونية، فالوسيلة الإلكترونية التي يتمّ من خلالها التعاقد هي العامل الرئيسي في ظهور هذه السلبيات كما ذكرنا آنفًا، ومن هنا تتجلى أهمية التركيز على هذه الإشكاليات بشيء من التفصيل، لأهميتها وقصور المعالجة القانونية لها في التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية في دول الخليج، والإشكاليات بشكل عام هي كالآتي:

1- **إشكالية تتعلق بوسيلة التعبير عن الإرادة**، ومكان انعقاد العقد وزمانه، ذكرت الباحثة بأكثر من موضع في الدراسة أن التعاقد في عقود التجارة الإلكترونية يتمّ عن بعد، من دون الحضور المادي لأطراف التعاقد، وذلك يثير إشكاليات عديدة تتعلق بمدى جواز التعبير عن الإرادة إلكترونيًا، بالإضافة إلى إشكالية الزمان والمكان[2].

2- **إشكالية القانون الواجب التطبيق**، كما ذكرنا أن التجارة الإلكترونية جعلت من العالم قرية صغيرة، فشبكة الإنترنت مفتوحة للمستهلكين من الدول كافة، وأصبح بالإمكان التعاقد مع شخص آخر بأي مكان بالعالم من دون قيود مكانية، فالمعاملة التجارية الواحدة ممكن أن ترتبط بجنسيات مختلفة مما يثير إشكالية تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق[3].

---

(1) هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية، بغداد، ط1، 2011م، ص62، وينظر كذلك:

Raphael Yende, Télématique et Protocoles de Communication, 26 Déc 2018, disponible sur: https://cutt.us/gvGkp, p. 43.

(2) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص14 وما بعدها، ينظر كذلك: أبو العلا علي أبو العلا نمر، انعكاسات الطابع الدولي للحماية القانونية في مجال التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص26 وما بعدها.

(3) د. رضا المتولي وهدان، النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن الاعتداءات الإلكترونية: دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون اليونسترال النموذجي والفقه الإسلامي، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2013م، ص99 وما بعدها، راجع كذلك:

Olivier d'Auzon, Le droit du commerce électronique, Éditions du puits fleuri, France, 2004, p. 162.

3- **إشكالية الاحتيال وأمن المعلومات**، فمع الانتشار الكبير للتجارة الإلكترونية، تثور مسألة الأمن والثقة مما يشكل عقبة كبيرة، وخاصة مع ارتفاع نسبة الغش والاحتيال، بالإضافة إلى أن أساليب الاحتيال متعددة وتتخذ أشكالًا متنوعة وتتميز بالتطور السريع، ومن صور ذلك أن يتمّ التعاقد مثلًا مع شركات تجارية غير موثوقة أو شركات وهمية ليس لها وجود حقيقي، وقد يحدث الاحتيال في مواصفات البضاعة، أو قد يتعرض المستهلك لعملية قرصنة أو اختراق لحسابه أو الاستيلاء على البيانات الخاصة ببطاقات الائتمان التي يقدمها عند إتمام عملية الشراء عبر الشبكة، كلّ هذه الأمور تشكل عائقًا أمام ثقة المستهلك في التجارة الإلكترونية[1].

4- **إشكالية الإثبات القانوني للتصرفات التي تُبرم عبر شبكة الإنترنت ومخرجات الحاسب الآلي والمخاطبات الإلكترونية**، وهذه الإشكالية تعد من أهمّ الإشكاليات التي تسبب قلقًا للمتعاملين عبر شبكة الإنترنت، إذ إن استخدام شبكة الإنترنت بشكل غير متوقع ومتزايد والاعتماد على استخدامها في إدارة الحياة اليومية أثار مشكلة توثيق هذه المعاملات وإثباتها، الأمر الذي استلزم التحول من استخدام المحررات التقليدية إلى استخدام المحررات الإلكترونية وبذلك ظهرت إشكالية مدى حجية هذه المحررات في الإثبات وما يترتب عليها من إشكاليات أخرى فرعية[2].

5- **إشكالية حماية المستهلك في عقد التجارة الإلكترونية**، إذ إن التعاقد عبر شبكة الإنترنت يثير العديد من الموضوعات المتعلقة بحماية المستهلك، وخاصة أنه يتمّ في بيئة تتعدد فيها وسائل الغش والخداع، وأساس الحماية هنا هي حالة الضعف المسيطرة على المستهلك واختلال التوازن بينه وبين المهني أو المحترف الذي يقدم السلعة أو الخدمة، باعتبار أنه الطرف الأقوى اقتصاديًا وهو الذي يفرض شروطه على المستهلك، بالإضافة إلى أن المستهلك في التعاقد الإلكتروني يختار السلعة عن بعد دون الفحص المادي لها عن

---

(1) محمد حسن رفاعي، البيع عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2007م، ص95-97، راجع كذلك: د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص47، وسيتم تناول هذا النوع من الإشكاليات في مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد، ووقع اختيارنا على هذه المرحلة بالذات لوفرة المعلومات التي يتمّ تبادلها في هذه المرحلة التي تعتبر مرحلة خاصة بمحاولات إقناع متبادلة من كلا الطرفين للإقدام على إبرام العقد.

(2) د. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص187 وما بعدها، تجدر الإشارة أن إشكالية الإثبات الإلكتروني من الإشكاليات المهمة التي سيتم تناولها بشيء من التفصيل في الباب الثاني من الأطروحة.

طريق اللمس والمعاينة الفعلية بل عملية الشراء تتم بناء على الصورة المعروضة، والمواصفات الموجودة بجانبها[1].

6- **إشكالية عدم التسليم الفوري للبضائع**، حيث تمر عملية الشراء عبر شبكة الإنترنت عبر مراحل عديدة حتى يتمّ تسليمها للمشتري، بالإضافة إلى أن العمليات غالبًا تتم بين أماكن يفصل بينها بعد جغرافي، وترتيبًا لذلك تأخذ عملية الشحن وقتًا حتى تصل إلى المشتري، وتعتمد مدة الوقت على شركة الشحن- التي يلتزم المستهلك بدفع تكاليفها- والإجراءات الخاصة بالجمارك، وخاصة أن هناك بعض البضائع التي تفرض عليها قيود جمركية ولا يسمح بإدخالها للدولة إلا بعد إخضاعها لأكثر من فحص وأخذ التصاريح اللازمة قبل إيصالها إلى المستهلك[2].

ولا شكّ في أن كلّ هذ الإشكاليات تتعلق بالعقد الإلكتروني الذي نبحث مفهومه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

مفهوم عقد التجارة الإلكترونية

عقد التجارة الإلكترونية هو عقد عادي كسائر العقود يخضع في تنظيمه بشكل عام، للقواعد والأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقود، فهو يتمّ بالاتفاق والتراضي بين طرفيه، ولكن ما يميزه هو الوسيط الذي يتمّ من خلاله التعبير عن الإرادة نحو إبرام العقد، حيث يتمّ إبرامه عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية عبر شبكة الإنترنت، وبناء عليه ولاستخلاص مفهوم العقد الإلكتروني يتطلب أن نبين تعريفه بناء على الطريقة الحديثة التي ينعقد بها، وأن نوضح الخصائص التي تميزه والطبيعة القانونية له[3]، وذلك في ثلاثة مطالب.

---

(1) د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص329 وما بعدها، وكذلك راجع: د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005م، ص29 وما بعدها.

(2) د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص96 وما بعدها، راجع كذلك: د. يوسف حسن يوسف، العقود التجارية الإلكترونية الدولية، المركز القومي للإصدارات، القاهرة، ط1، 2012م، ص323.

(3) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006م، ص11 وما بعدها، راجع كذلك:

Olivier d'Auzon, Le droit du commerce électronique, Op.cit.، p. 27.

المطلب الأول

تعريف العقد الإلكتروني

أثرت ثورة تكنولوجيا الاتصالات على الطريقة التي تتم بها المعاملات التجارية، فأصبح إبرام العقود يتمّ عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، وأطلق على العقود التي تتم بهذه الطريقة، العقد الإلكتروني، ومع ذلك لا يوجد تعريف موّحد للعقد الإلكتروني[1]، ويرجع ذلك إلى الطبيعة الخاصة التي يتميز بها هذا العقد والتي فرضتها الوسيلة الإلكترونية التي يبرم من خلالها، والبيئة التي ينشأ بها، فهذا العقد يأتي في إطار بيئة جديدة فرضتها التجارة الإلكترونية على المتعاملين بها، أن حداثة هذا العقد جذبت فقهاء القانون لدراسته كونه بحاجة إلى البحث والتحليل، وأثار الخلاف بشأنه على نحو لا نجد اتفاقًا بشأن تعريفه سواء من الناحية الدولية أو الوطنية، وفي هذا المطلب سنحاول إلقاء الضوء على أهمّ التعريفات الخاصة بالعقد الإلكتروني.

الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

أورد الفقه تعريفات عديدة للعقد الإلكتروني، وانقسم بشأنه إلى اتجاهين، اتجاه يأخذ بعين الاعتبار الوسيلة التي أبرم بها، والاتجاه الآخر يركز على كون العقد الإلكتروني من عقود المسافة، وسنحاول شرح كلّ اتجاه بإيجاز فيما يأتي:

أولًا: تعريف العقد الإلكتروني بناء على وسيلة انعقاده

يركز هذا الاتجاه على الوسيلة التي يتمّ من خلالها إبرام العقد، فقد عرف بأنه: (العقد الإلكتروني هو الذي يتمّ إبرامه عبر شبكة الإنترنت)[2]، ويشوب القصور هذا التعريف، حيث ضيق

---

(1) لقد درج القول على استخدام مصطلح العقد الإلكتروني، وهذه التسمية قد تدل على وجود عقد إلكتروني قائم بذاته، والواقع أن هذا العقد ليس مستقلا بوصفه الإلكتروني وليس عقدًا قائمًا بذاته كعقد المقاولة أو عقد البيع، وكان من الأنسب أن يطلق عليه العقد الذي يبرم بواسطة وسائل إلكترونية أو العقد المبرم إلكترونيًا، ذلك أن استخدام عبارة العقد الإلكتروني قد توحي بأنه عقد قائم بذاته له تنظيم قانوني خاص به، في حين أن العقد الذي يبرم بوسيلة إلكترونية لا يختلف عن العقود التقليدية وتطبق عليه ذات الأحكام، ولكن درجت العادة على إطلاق عبارة العقد الإلكتروني على ذلك العقد الذي يبرم بوسائل إلكترونية وأصبح استخدامه بهذا المصطلح شائعا، لمزيد من التفاصيل بهذا الشأن راجع: د. علاء الدين محمد ذيب عبابنة، دراسات في قانون التجارة الإلكترونية البحريني والمقارن، مؤسسة فخراوي للدراسات والنشر لصالح جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، ط1، 2008م، ص15.

(2) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، منظم المؤتمر أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، تاريخ الانعقاد 2003/4/26م، دبي – الإمارات العربية المتحدة، ص128 وما بعدها.

من مجال التعاقد الإلكتروني وحصره بنوع واحد فقط وهو الذي يبرم عبر شبكة الإنترنت، وهذا يتعارض مع مفهوم تقنيات الاتصال التي من الممكن أن تأتي بالجديد بالإضافة إلى أنه لا يمكن ربط العقد الإلكتروني بشبكة الإنترنت فقط، فهو يستوعب أي وسيلة إلكترونية أخرى، كالفاكس والتيليكس، سواء كانت وسائل قديمة أو يتمّ استحداثها مستقبلًا[1].

وعرفه جانب آخر من فقهاء هذا الاتجاه، بأنه: (اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول بوسيلة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل)[2].

وهذا التعريف منتقد أيضا لأنه يقصر عملية التعاقد على تبادل الإيجاب والقبول والتواصل المباشر بواسطة الاتصال بالكاميرا الرقمية، والقول بذلك يقيد وسيلة التعبير عن الإرادة بصورة واحدة فقط، بينما تتم عملية تبادل الإيجاب والقبول بوسائل أخرى وليس بالضرورة أن تكون مرئية، فعلى سبيل المثال يمكن استخدام الرسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة أو بواسطة الضغط على زر القبول إذا كان الإيجاب موجّه للكافة مثلما يحصل في العروض التي تقدمها المتاجر الإلكترونية على مواقعه، حيث لا يتطلب لإتمام التعاقد سوى الضغط على زر القبول فقط، كما أن التعريف لم يوضح الأثر المترتب على التقاء الإرادتين وهو ترتيب التزامات تعاقدية على أطرافه.

ويرى جانب آخر من الفقه، أن عقود التجارة الإلكترونية عبارة عن: (تنفيذ بعض أو كلّ المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين مشروع ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال)[3]، ونلاحظ أن هذا التعريف بيّنَ أن هذا النوع من التعاقد يتمّ بواسطة تكنولوجيا المعلومات والاتصال، أي فتح المجال لأي وسيلة ممكن أن تفرزها تكنولوجيا الاتصال، بالإضافة إلى أنه ركّز على أطراف العلاقة القانونية فهي تتم بين مشروعات

---

(1) الفاكس: "هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن من خلاله نقل الرسائل والمستندات نقلًا مطابقًا لأصلها، وتظهر الرسائل على جهاز فاكس آخر لدى المستقبل، وهناك فارق زمني للرد".

التيليكس: "هو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة ولا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها".

الهاتف المرئي: "تطور الهاتف العادي وأدخلت عليه تعديلات، فظهر ما يعرف بالهاتف المرئي الذي يمكن صاحبه من الكلام مع شخص ومشاهدته بالوقت نفسه"، وردت هذه التعريفات لدى: د. السيد أبو الحمد رجب، انعقاد العقد الإلكتروني وانتهاؤه، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2019م، ص20.

(2) "une convention par laquelle une offre et une acception se rencontrent sur visuel, grâce à l'interactivité entre l'offrant et l'acceptant", pour plus d'informations V: Denis Alland, Dominique Berlin et François Bloch, Les Contras de Communications Électronique, Éditions du Moniteur, Paris,2006, p. 36.

(3) Etienne Montero, Les contrats de l'informatique & de l'Internet (Français) Broché, Larcier, France, 16 mars 2005, p. 22.

تجارية أو بين مستهلك ومشروع تجاري، ولكنه منتقد لأنه أغفل إمكانية أن يكون عقد التجارة بين مستهلك ومستهلك آخر[1].

ثانيًا: تعريفه بناء على أنه عقد من عقود المسافة

يتميز العقد الإلكتروني بإبرامه عن بعد من دون الحضور المادي لأطرافه، وهو بذلك يعد من عقود المسافة، أو العقود التي يتمّ إبرامها عن بعد[2] وهي تلك العقود المتعلقة بالسلع والخدمات التي يتمّ إبرامها عن بعد بين التاجر والمستهلك من دون الحضور المادي بينهما، وبناءً عليه يعرف على أنه: (العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى، ذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، منها شبكة المعلومات الدولية الإنترنت، بهدف إتمام العقد)[3].

إنّ هذا التعريف يوضح الفئة التي ينتمي إليها عقد التجارة الإلكترونية ويركز على أن العقد يتمّ بين أطراف متباعدين، ولكنه صور هذه التجارة التي تتم بموجبه على أنها عبارة عن تبادل لعروض السلع والخدمات، وقد أشرنا سابقًا إلى أن النشاط التجاري قد يكون بأداء خدمة ولا يقتصر على هذا التبادل فقط.

كما عُرّف العقد الإلكتروني على أنه: (كل عقد يتمّ عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية حتى إتمام العقد)[4].

إن استخدام عبارة حتى إتمام العقد في هذا التعريف، تعطي دلالة على أن استخدام الوسيلة الإلكترونية يجب أن تكون في جميع مراحل العقد أي من التكوين حتى التنفيذ، وهنا يثار التساؤل: هل يعتبر العقد إلكترونيًا إذا لم تتم جميع مراحله بالطريقة الإلكترونية فقط؟

والراجح أن أهمّ مرحلة من المراحل التي يمر بها العقد هي مرحلة تكوينه، وهي تلك المرحلة التي يتمّ فيها التعبير عن الإرادة نحو إبرام العقد ويتم فيها التقاء الإيجاب بالقبول، فإذا تمت هذه

---

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص46.

(2) La Directive 2011/83/UE définit comme suit les contrats à distance:
Art (20): «contrat à distance», tout contrat conclu entre le professionnel et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication, Disponible sur: https://2u.pw/alvkc, p. consultée le 1er février 2020.

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000م، ص68.

(4) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص49.

المرحلة عبر وسائط إلكترونية عد العقد إلكترونيًا، فالحد الفاصل هو مرحلة انعقاد العقد وليست مرحلة تنفيذه[1].

التعريف المقترح

ترى الباحثة بعد عرض التعريفات السابقة أنه ليس من السهل وضع تعريف شامل لعقد التجارة الإلكترونية نظرًا إلى البيئة التي ينشأ بها وميزة التطور السريع التي يتسم بها مجال تقنية المعلومات، إلا أنه لتسهيل تعريفه يجب أن نضع بعين الاعتبار الوسيلة التي يبرم بها كونها الميزة التي تميزه عن غيره من العقود التقليدية، وهي استخدام وسائط إلكترونية في التعبير عن الإرادة، بالإضافة إلى كون عقد التجارة الإلكترونية من عقود المسافة التي يتمّ إبرامها عن بعد، ومن ثم يمكن القول بأن العقد الإلكتروني هو: **العقد الذي يبرم بواسطة وسيلة إلكترونية معتمدة قانوناً**، وبذلك يكون العقد إلكترونيا بمجرد إبرامه بوسيلة إلكترونية ولكنه لكي يظل قائمًا يجب أن تكون الوسيلة الإلكترونية معتمدة طبقا للتنظيم القانوني الذي تضعه القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية.

الفرع الثاني: التعريف الدولي والوطني للعقد الإلكتروني

عَرّف العقد الإلكتروني في إطار المنظمات والمواثيق الدولية، كما وردت بعض تعريفاته في بعض التشريعات الوطنية وهذا ما نطرحه فيما يأتي:

أولًا: التعريف في إطار المنظمات والمواثيق الدولية

لم يتناول القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية (اليونسترال) تعريفًا للعقد الإلكتروني، ولكنه عرف رسالة البيانات في المادة (2/أ) حيث جاء فيها: (المعلومات التي يتمّ إنشاؤها أو إرسالها واستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو التلكس، أو النسخ البرقي)، وعرفت المادة (2/ب) تبادل البيانات الإلكترونية بالقول: (يراد بمصطلح البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات)[2]، أن تعريف

---

(1) Judith Rochfeld, L'acquis communautaire – Le contrat électronique, Études juridiques, Op.cit., p. 71 et S.

(2) For the purposes of this Law: (a) "Data message" means information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy; (b) "Electronic data interchange (EDI)" means the electronic transfer from computer to=

الوسيلة الإلكترونية في تبادل المعلومات يمكن أن تكون دليلًا لتعريف العقد الإلكتروني ولكنها غير كافية لذاتها.

وعرف **التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997م**، بشأن حماية المستهلك في التعاقد عن بعد، العقد الإلكتروني في مادته الثانية بأنه: (كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات، أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام البيع أو تقديم الخدمات عن بعد، نظمه المورد باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية، حتى إتمام العقد)، وعرف كذلك تقنية الاتصال عن بعد بأنها: (كل وسيلة اتصال دون وجود مادي أو لحظي للمورّد والمستهلك، ممكن أن تستخدم لإبرام التعاقد بين طرفيه)[1].

ومما يلاحظ على التوجيه الأوروبي في تعريف العقد الإلكتروني، أنه ركز على تحديد أطراف التعاقد والوسيلة المستخدمة لإبرام العقد من دون الخوض في ماهية العقد الإلكتروني وخصائصه، وكما ذكرت الباحثة سابقًا أن عقد التجارة الإلكترونية ينتمي إلى طائفة عقود المسافة أو العقود عن بعد.

أمّا **التوجيه الأوروبي الصادر في 8 يونيو 2000م**، بشأن بعض الجوانب القانونية للخدمات ضمن مجتمع المعلومات المعروف بالتوجيه الأوروبي حول التجارة الإلكترونية، فإنه وإن لم يشتمل على تعريف إلا أنه حثّ الدول الأعضاء في الفقرة الأولى من المادة التاسعة على التأكد من أن أنظمتها القانونية تسمح بإبرام العقود عبر الوسائل الإلكترونية، وعليها أن تضمن كذلك عدم عرقلة عمليات التعاقد الإلكتروني، ولا الحدّ من أثرها القانوني وفعاليتها لمجرد أنها تتم بطرق إلكترونية[2].

=computer of information using an agreed standard to structure the information..., retrieved from: https://2u.pw/HRLHR last revised: December 2019.

(1) Directive 97/7/CE du parlement Européen et du Conseil du 20 Mai 1997, Concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, disponible sur: https://cutt.us/SOLL1, p. consultée: Novembre 2019.

(2) Directive 2000/31 / CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridique des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur commerce électronique), Art (9) traitement des contrats:1- les Etats membres veillent à ce que leur système juridique rend possible la conclusion des contrats par voie électronique, Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électronique ni ne conduise à priver d'effet et validité juridiques d tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique...) disponible sur: https://cutt.us/93qn6, p. consultée: Novembre 2019.

ثانيًا: تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات العربية والخليجية المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية

أرست معظم الدول العربية تشريعات لتنظيم المعاملات والتجارة الإلكترونية تماشيًا مع التوجه العالمي والذي يؤكد أهمية وضع إطار قانوني للتعاملات التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة، ومن خلال دراسة التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية ترى الباحثةُ أن هناك شبه إجماع على عدم وضع تعريف للعقد الإلكتروني بشكل صريح، ولكن تمت الإشارة لماهية العقد ضمنيًا عن طريق شرح آلية انعقاده والتفاصيل المتعلقة بذلك، من ذلك ما نعرضه تباعًا.

1- **عرّف المُشرّع الأردني** في قانونه الملغي بشأن المعاملات الإلكترونية العقد الإلكتروني مخالفًا بذلك توجه التشريعات التي ارتأت عدم الخوض في مسألة وضع تعريف للعقد الإلكتروني، وترك مسألة التعريف لفقهاء القانون، إذ نصت المادة الثانية من ذلك القانون على أن العقد الإلكتروني هو: (الاتفاق الذي يتمّ انعقاده بوسائل إلكترونية، كليًا أو جزئيًا)[1]، وواضح أن هذا التعريف لم يحصر العقد الإلكتروني بنوع محدد من العقود بل أي اتفاق يمكن أن ينعقد إلكترونيًا، بالإضافة إلى أنه أجاز أن يتمّ جزئيًا بشكل إلكتروني كأن يتمّ الإيجاب والقبول فقط عبر وسائل إلكترونية، أمّا بقية مراحل التعاقد فيمكن أن تتم بشكل تقليدي، أمّا القانون الجديد المنظم للمعاملات والتجارة الإلكترونية فلم يأت بجديد سوى أنه لم يعرف العقد الإلكتروني وأبقى على تعريف المعاملات كما هو: (أي إجراء يقع بين طرف أو أكثر لإنشاء التزام على طرف واحد أو التزام تبادلي بين طرفين أو أكثر سواء كان يتعلق هذا الإجراء بعمل تجاري أو مدني أو يكون مع دائرة حكومية)، وعرف المعاملات الإلكترونية بأنها: (المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية)[2]، يفهم من هذا التعريف أن المعاملة الإلكترونية تشمل جميع أنواع العقود والاتفاقيات[3] التي تتم من خلال وسائط إلكترونية أيًا

---

(1) قانون المعاملات الإلكترونية رقم (85) لسنة 2001م، متاح على: https://cutt.us/JA7Yp، آخر زيارة: نوفمبر 2019م.

(2) المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية رقم (85) لسنة 2001م، متاح على: https://cutt.us/JA7Yp، آخر زيارة: نوفمبر 2019م.

(3) اختلفت التسميات والمعنى واحد، سواء أطلق عليه العقد، المعاملة أو الاتفاق فلا يوجد فرق فالاتفاقيات هي أداة التعامل في المجالات كافة حتى في مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية، وهو بالنهاية لا يخرج عن إنه تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني قد يكون إنشاء التزام، أو نقله أو تعديله أو إنهائه، ينظر في ذلك: د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006م، ص45 وما بعدها.

كان موضوع العقد سواء كان تجاريًا أم مدنيًا أو حتى إداريًا، أي أنه لم يحصر مسألة التعاقد عبر شبكة الإنترنت على النشاط التجاري فقط[1].

2- لم يعرف **مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري** العقد الإلكتروني ولكنه عرف المعاملة الإلكترونية في الفصل الأول، وأكد حجية المعاملات المدنية والتجارية[2].

3- نصت المادة (1) **من القانون الاتحادي بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية**[3] الخاصة بالتعريفات، على تعريف للمعاملة الإلكترونية، حيث جاء فيها أن هذه المعاملة هي (...أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتمّ إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية).

4- أخذ قانون المعاملات الإلكترونية العماني والقطري والكويتي والسعودي بالتعريف نفسه في المادة الخاصة بالتعريفات في التشريعات الخاصة بتنظيم المعاملات والتجارة الإلكترونية[4] بالنسبة إلى هذا التعريف ترى الباحثة بأنه يعتبر أي تعامل، اتفاق أو عقد يتمّ إبرامه أو تنفيذه بشكل كلي أو جزئي عن طريق تبادل المراسلات الإلكترونية، معاملة إلكترونية، وهذا التعريف حصر وسيلة إتمام المعاملة الإلكترونية بالمراسلات الإلكترونية فقط

---

(1) قانون المعاملات الإلكترونية لعام 2015م، منشور على موقع ديوان التشريع والرأي الأردني، متاح على: https://cutt.us/8GIpQ، وقانون المعاملات الإلكترونية- الملغي- رقم (85) لسنة 2001م، متاح على: https://2u.pw/EC9M6، آخر زيارة يناير 2020م.

(2) نصت المادة (3) من مشروع القانون: (يكون لكل من السجل الإلكتروني والمستند الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والمعاملة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات المدنية والتجارية والإدارية منتجًا لذات الآثار القانونية المترتبة على الوثائق والمستندات والتوقيعات الكتابية من حيث إلزامه لأطرافه أو قوته في الإثبات أو حجيته متى أجري وفقًا لأحكام هذا القانون)، لم يصدر قانون المعاملات الإلكترونية المصري بعد ولا يزال تحت الدراسة أمام لجنة الاتصالات بمجلس النواب، ونشرت نسخة للمشروع على موقع اليوم السابع في مقالة للكاتبة نورا فخري، وذلك بتاريخ 22 ديسمبر 2019م، متاح على: https://cutt.us/rjPPA

(3) قانون اتحادي رقم (1) لسنة 2006م في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، متاح على موقع حكومة دبي: https://2u.pw/Y4rA8، آخر زيارة أكتوبر 2019م.

(4) مرسوم سلطاني رقم (69) لسنة 2008م بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية العماني، متاح على: https://cutt.us/7YRDq، آخر زيارة ديسمبر 2019م، ومرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2010م بإصدار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري، متاح على: https://cutt.us/0lj3f، آخر زيارة: ديسمبر 2019م، ونظام التعاملات الإلكترونية السعودي، متاح على موقع هيئة الاتصالات والمعلومات السعودية: https://cutt.us/qtEDj، آخر زيارة ديسمبر 2019م، وقانون رقم (20) لسنة 2014م في شأن المعاملات الإلكترونية الكويتي، متاح على موقع البوابة الإلكترونية لدولة الكويت: https://www.e.gov.kw، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

بينما هناك وسائل أخرى من الممكن أن تتم بها المعاملة، سنتعرض لها بشكل مفصل عند الحديث عن الإيجاب والقبول الإلكتروني.

5- لم يورد المُشرّع البحريني تعريفًا للمعاملة أو العقد الإلكتروني لا في قانونه القديم الملغي أو حتى الجديد، ونؤيده في اتخاذ هذا الاتجاه، إذ إن مهمة التعريف من عمل الفقهاء وليست من وظيفة المُشرّع، ولكنه نصّ في المادة (11) والمتعلقة بإبرام العقود على أنه: (في سياق إبرام العقود، وما لم يتفق على خلاف ذلك، يجوز التعبير – كليًا أو جزئيًا– من خلال الخطابات الإلكترونية، عن الإيجاب والقبول أو أي تعديل أو عدول للإيجاب والقبول)[1].

وفي ضوء ما سبق يتضح لنا أن العقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية لا يختلف عن أي عقد آخر إلا بالوسيلة الإلكترونية التي يتمّ من خلالها التعاقد وأنه من فئة العقود التي يتمّ إبرامها عن بعد، وممكن أن يرد على جميع الأشياء والخدمات طالما كان هذا التعامل مشروعًا، ويمكن تصور كثير من العقود التقليدية المعروفة يتمّ إبرامها عن طريق العقد الإلكتروني ومثالها عقد البيع، كأن يشتري شخص في مملكة البحرين من آخر في المملكة المتحدة مجموعة كتب نادرة عبر شبكة الإنترنت، وقد يكون عقد إيجار، مثال ذلك أيضًا قيام شخص ينوي السفر إلى بلد معين للسياحة باستئجار عقار للسكن عن طريق الخيارات المتوافرة على شبكة الإنترنت، أو أخذ دروس علمية متخصصة عن بعد، وكعقود الخدمات المصرفية والتعليمية والاستشارات القانونية والمحاسبية، وعشرات العقود الأخرى التي يمكن تصور إبرامها بطرق إلكترونية، وأطراف هذا النوع من العقود هم الأطراف نفسهم في العقود التقليدية، حيث يتمّ التعاقد بين تجار أو مقدمي خدمات والمستهلكون، ومن الوارد أن يتمّ التعاقد بين التجار أو المستهلكين، وبعد تعريف العقد الإلكتروني ننتقل إلى بيان خصائصه، في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

خصائص العقد الإلكتروني

أسلفنا أن العقد الإلكتروني يتمّ بتقنية تعتمد على الوسائط الإلكترونية في عالم افتراضي لا يعترف بالحدود مما أضاف إليه بعض الخصائص التي تميزه عن العقد التقليدي[2]، ومن أهمّ ميزاته أنه يتمّ بين طرفين متباعدين مكانًا، بالإضافة إلى أنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، وهذ النوع من

---

(1) مرسوم بقانون رقم (54) لسنة 2018م بإصدار قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية، متاح على موقع هيئة التشريع والرأي القانوني: https://cutt.us/87MSR، آخر زيارة: ديسمبر 2019م.

(2) Meryem Edderouassi, Le contrat électronique International, THÈSE Pour obtenir le grade de Docteur de la Communié Université Grenoble Alpes, 2017, p. 29 et S.

التعاقد يظهر غالبًا في مجال التجارة الإلكترونية، من هنا نحاول شرح خصائص العقد الإلكتروني من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: العقد الإلكتروني هو تعاقد عن بُعد

يتطلب التعاقد التقليدي المتعارف عليه الوجود المادي لأطراف التعاقد في مجلس عقد حقيقي، لغرض التحاور والتفاوض بشأن العقد المزمع إبرامه والاطلاع على جميع التفاصيل المتعلقة به حتى يتسنى لهم تبادل التعبير عن الإرادة بطريقة مباشرة، على العكس من ذلك يتميز العقد الإلكتروني بأنه ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد[1] إذ يتمّ التعاقد إلكترونيًا بين أطراف لا يجمعهم مجلس عقد حقيقي أي من دون الالتقاء المادي بينهم، وتبادل عبارات التراضي يكون إلكترونيًا من خلال مجلس عقد افتراضي، وهو قد يتمّ بين حاضرين من ناحية الزمان، وغائبين من ناحية المكان[2]، هذا ما ستبينه الباحثة بتفصيل أكبر عند التعرض لإشكاليات الإيجاب والقبول في موضع آخر من هذه الدراسة.

يتميز العقد الإلكتروني بصفة التعاقد عن بعد أو الاتصال عن بعد[3] وبذلك يشبه بعض العقود الأخرى التي يتمّ فيها التعاقد عن بعد مثل التعاقد بالتلفزيون، حيث يتمّ فيه استخدام التلفزيون لعرض السلع والخدمات للجمهور، والتعاقد عن طريق الهاتف الذي يتمّ فيه تبادل عبارات الإيجاب والقبول شفويًا من خلال الهاتف، وكذلك التعاقد بالمراسلة الذي يتمّ فيه إرسال كتالوج لعرض السلع

---

(1) Les contrats par voie électronique sont des contrats conclus à distance, C'est trait est lie à l'interposition du réseau (internet, téléphonie, etc.) entre les parties contractantes, Il en résulte que les contrats conclus par le biais de ces réseaux sont l'œuvre de personnes situées en des lieux différents, Sans doute, ce constat n'a rien de surprenant, D'autres moyens de communication, comme la correspondance, le télégraphe, le téléphone, la télécopie, permettent depuis longtemps la conclusion de contrats à distanc) V: Windpagnangdé Dominique Kabre, La Conclusion Des Contrats Électroniques - Etude De Droits Africains Et Européens, Editions L'Harmattan, 2013, p. 2 6et S.

(2) آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق ص75، راجع كذلك:

Michel Vivant, Les Contrats du commerce électronique (ancienne éd) (Français) Broché – 22 décembre 1999, p. 25.

(3) عرف الاتصال عن بعد بأنه: (كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو أصوات أو معلومات أيًا كانت طبيعتها بواسطة ألياف بصرية أو طاقة لاسلكية أو أية أنظمة إلكترو مغناطيسية أخرى).

Art (2) de Loi n° 86-1067 du 30 Septembre 1986 relative à la liberté de communication, disponible sur: https://www.legifrance.gouv.fr/, p. consultée: Novembre 2019.

والخدمات، ولكن ما يختص به العقد الإلكتروني هو إمكانية التفاعل الفوري وتلاقي أطراف التعاقد من خلال وسيلة مرئية مسموعة مباشرة إذا كان الطرفان متصلان أونلاين باللحظة نفسها[1].

الفرع الثاني: العقد الإلكتروني يبرم باستخدام وسيط إلكتروني

تميز العقد الإلكتروني أهمّ ميزة عن العقد التقليدي هي الطريقة التي يتمّ إبرام العقد من خلالها، إذ يتمّ إبرامه من خلال وسائط إلكترونية، ويترتب على استخدام هذه الطريقة اختفاء المحررات الورقية وإحلال المحررات الإلكترونية مكانها، والعقد الإلكتروني – كما أسلفنا – يخضع لذات الأحكام التي يخضع لها العقد التقليدي، فهو ينشأ كغيره من العقود نتيجة لتلاقي إيجاب وقبول صحيحين وممكن أن يرد على كلّ الخدمات والأشياء التي يجوز التعامل بها، ولكن كلّ ذلك يتمّ في بيئة إلكترونية عبر وسائط إلكترونية[2] فالمتعاقد لا يتعامل مع شخص طبيعي بل مع أجهزة إلكترونية طُوعت لهذا الغرض، وأهم هذه الوسائط التي يتمّ إبرام العقد الإلكتروني من خلالها هي: الهاتف، الفاكس، التلكس وشبكة الإنترنت – التي تنصب عليها موضوع دراستنا – وهي تأتي في أعلى هرم الوسائط الإلكترونية نظرًا إلى ما تمتع به من سهولة وسرعة في نقل المعلومات وحفظها وإمكانية التفاعل الفوري مع الطرف الآخر، فالتعاقد فيها يتمّ من خلال الاتصال بالشبكة سواء عبر أجهزة الحاسب الآلي أو الهواتف الذكية، فهذه الوسائط تتطور بشكل يومي مع التطور التكنولوجي، لدرجة أن الهاتف الذكي أصبح بمثابة حاسوب صغير متنقل يمكن بواسطته استقبال وإرسال الرسائل الإلكترونية، وإجراء المكالمات المرئية بسهولة، وعقد الاجتماعات وإبرام العقود عن بعد من خلال التطبيقات الموجودة فيه بالإضافة إلى حفظ المستندات الإلكترونية وتبادلها...إلخ[3].

---

(1) محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص23، راجع كذلك: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2006م، ص206 وما بعده، راجع كذلك:

Windpagnangdé Dominique Kabre, La Conclusion Des Contrats Électroniques - Etude De Droits Africains Et Européens, Op.cit., P‹ 25 et S.

(2) Les contrats, conclus par voie électronique, notamment ceux conclus par le réseau de l'internet, sont des conclus dans un environnement interactif et suivant un processus intégré et instantané, L'interactivité, c'est la possibilité d'échanger des informations entre deux ou plusieurs entités, Dans le cadre du commerce électronique..."pour plus d'informations V: Windpagnangdé Dominique Kabre, La Conclusion Des Contrats Électroniques, Op.cit., p. 25.

(3) منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د. س، ن، ص55، ينظر كذلك: د. رانيا صبحي محمد عزب، العقود الرقمية في قانون الإنترنت: دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والتشريعات العربية والأمريكية والأوروبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2012م، ص153 وما بعدها، راجع كذلك:=

وعند إبرام العقد عن بعد، فإن التنفيذ قد يتمّ في صورتين: الأولى أن يتمّ التنفيذ إلكترونيًا وذلك لمرونة المحل وانسجامه مع الوسيط الإلكتروني، بحيث يمكن أن ينتقل من خلاله أيضًا: مثل تقديم استشارة قانونية، أو ترجمة مستند أو شراء تذكرة سفر، إذ يمكن أن يكون المنقول بهذه الطريقة مستندًا إلكترونيًا، والثانية أن يتمّ التنفيذ بعد إبرام العقد إلكترونيًا بالطريقة التقليدية، وهو النقل بوسائط مادية، كالشحن، والمثال على ذلك: شراء ملابس أو كتب أو جهاز حاسوب محمول، فكل هذه السلع تتطلب نقلًا ماديًا وأن يتمّ التسليم بمعناه المادي.

الفرع الثالث: العقد الإلكتروني عقد تجاري يغلب عليه الطابع الدولي

يتّسمُ العقد الإلكتروني بالطابع التجاري بصورة غالبة، لذلك يطلق عليه (عقد التجارة الإلكترونية) وقد جاء هذا التكييف بناء على السمة التي يتسم بها عادة هذا النوع من التعاقد، حيث تتنوع العقود التي تبرم على هذه الشبكة ما بين عقود بيع وتقديم خدمات أو تأجير، ومعظم هذه العقود تتميز بطابع الاستهلاك لأنه غالبًا ما يتمّ بين تاجر أو مهني ومستهلك، ومن هنا تثور واحدة من أهمّ المسائل القانونية في هذا السياق وهي مسألة أن يخضع هذا العقد للقواعد والقوانين الخاصة بحماية المستهلك، التي تفرض على التاجر المهني، باعتباره الطرف الأقوى في العلاقة العقدية، العديد من الواجبات والالتزامات القانونية اتجاه المستهلك باعتباره الطرف الأضعف في هذه العلاقة، ومن أهمّ هذه الالتزامات، الالتزام العام بالإعلام، ويعني ذلك إحاطة المستهلك بكل البيانات والمعلومات الخاصة بالمبيع والشروط المرتبطة به، فما يهم المستهلك في المقام الأول الإلمام بالمعلومات والبيانات الخاصة بالتعاقد الإلكتروني التي تتصل بالخصائص الأساسية والسمات الجوهرية للمنتج الذي يسعى المستهلك للحصول عليه[1].

وبما أن شبكة الإنترنت هي البيئة الأكبر للعقد الإلكتروني فإن طبيعة هذه الشبكة جعلت منه ذا طابع دولي، إذ ألغت هذه الشبكة الحدود الجغرافية بين الدول، فالعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت هو عقد عابر للحدود، لأن العالم تحول إلى قرية صغيرة تنساب فيها المعلومات بكل يسر وسهولة، وهذه السمة الدولية فرضت أن يجتمع في العقد الواحد أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة، كأن يكون المورد من دولة والمستهلك من دولة أخرى ومقدم خدمات الاشتراك من دولة ثالثة[2].

=Didier Gobert et Étienne Montero, Commerce électronique: de la théorie à la pratique, Emile Bruylant, 2003, p. 200.

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص19، راجع كذلك:
Xavier Linant De Bellefonds, Le droit du commerce électronique, Collection: Que sais-je?, Presses Universitaires de France, p. 36 et S.

(2) هبة ثامر محمود عبدالله، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص62، راجع كذلك: نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص56.

لقد غيرت هذه الشبكة المفاهيم السائدة لتخلق بيئة تجارية في فضائها وتسمح لتجمع البائعين والمستهلكين لمزاولة أنشطتهم على مستوى عالمي في أسواق تجارية افتراضية تنشأ عبر الإنترنت، ولا تتطلب مزاولة أي نشاط تجاري تلك الإمكانيات الكبيرة التي يتطلبها النشاط التجاري التقليدي، فبمجرد إنشاء موقع تجاري من قبل أي شركة على شبكة الإنترنت يمكن التاجر من التفاعل مع العالم بأسره[1]، والجدير بالذكر أن هذا الطابع الدولي الذي يمتاز به عقد التجارة الإلكترونية، لا يمنع من أن يكون العقد داخليًا إذا ما تم انعقاده داخل إقليم الدولة نفسها بين متعاقدين ينتمون إلى الدولة نفسها، ولكن الفقه اختلف في وصف هذا النوع من العقود إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: العقد الإلكتروني خليط بين الدولي والداخلي

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقد التجارة الإلكترونية له أكثر من وجه، فهو عقد دولي، في حالة اتصاله بأكثر من نظام قانوني يتصل بأكثر من دولة أمّا بسبب جنسية أطراف التعاقد أو مركز أعمال أحد الأطراف أو في حالة ما إذا كان متعلقًا بمصالح تجارية دولية، ويعني ذلك الاكتفاء بالمعيار الاقتصادي لاعتبار العقد دوليًا، ويعتبر العقد داخليًا أو محليًا إذا كان أطراف التعاقد ينتمون إلى دولة واحدة وتتركز في هذه الدولة عناصر العلاقة القانونية[2].

الاتجاه الثاني: العقود الإلكترونية دولية دائمًا

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن شبكة الإنترنت نتاج لفكرة العولمة، ولا يمكن توطين العلاقات القانونية في هذا النوع من العقود، فالعقد الذي يبرم عبر شبكة الإنترنت هو دائمًا عقد دولي، لأن الوسيط الإلكتروني – أي شبكة الإنترنت أزال الحدود التقليدية التي تفصل بين العقد المحلي والعقد الدولي[3].

رأي الباحثة

إنّ النظام الإلكتروني الذي يميز عقد التجارة الإلكترونية يختلف عن نظام العقد التقليدي فهو يتمّ في بيئة إلكترونية وآلية التعاقد في هذه البيئة تعتمد على تدفق المعلومات عبر وسائط

---

(1) Olivier Cachard, La régulation internationale du marché électronique, Thèses, L.G.D.J, Paris, 2002, p. 31.

(2) Maître Thibault Verbiest, Droit international privé et commerce électronique: état des lieux, p. 1, disponible sur: https://2u.pw/Xra2Z, p. consultée: Janvier 2019.

(3) Kamel Mehdaoui, La Formation du Contrat Électronique International: Le Formalisme au Regard de la Convention CNUDCI 2005, Mémoire Présenté Comme Exigence Partielle de la Maîtrise en Droit International, Université du Québec à Montréal, 2010, p. 5.

إلكترونية، من دون اعتبار للحدود الجغرافية، فالفضاء مفتوح للكافة إلا في حالة تقييد النشاط التجاري على إقليم محدد، وهذا ما يميز عقد التجارة الإلكترونية، إذ من الممكن أن يجمع عقد واحد بين أكثر من دولة كما بينا، فالحدود بين ما هو محلي ودولي أصبحت مرنةً في هذه الشبكة الدولية[1]، وهذه حقيقة مُسلَّم بها، ولكن يجب أن نفرق بين حالتين.

الأولى: أن تجتمع، بأن يكون المتعاقدون ينتمون إلى دول مختلفة – من خلال موطن، جنسية أو مركز أعمال– وتعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، ومن ثم فإن العقد الإلكتروني سيكون دوليًا دون شك.

الثانية: أن تكون جميع عناصر العقد مرتبطة بإقليم دولة واحدة، وألا يوجد ارتباط بين الوسيط الإلكتروني والعقد الذي يبرم أو ينفذ من خلاله إلا في حدود الإقليم الوطني، وحينئذ لا مناص من اعتبار العقد داخليًا وليس دوليًا.

المطلب الثالث

طبيعة العقد الإلكتروني

تتنوع العقود التي تبرم بالوسائط الإلكترونية ما بين بيع وشراء واستئجار لمختلف السلع والخدمات التي تعرض في سوق إلكتروني كبير، مما يدفعنا إلى التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذه العقود: هل هي عقود تقوم على أساس التراضي بين أطراف التعاقد وتخضع لمبدأ سلطان الإرادة؟ أم أنها من قبيل عقود الإذعان؟ بحيث تكون إرادة أحد الأطراف وهو المستهلك مقيدة بالشروط والبنود التي يمليها عليه الطرف الآخر وهو المحترف الذي يتمتع بمركز قانوني أقوى، ولا يكون أمام الأول سوى الاستجابة والإذعان للثاني من دون أن يمتلك حق المناقشة أو التعديل أو حتى الاعتراض على مضمون العقد، ولا شكّ في أن تكييف عقد التجارة الإلكترونية أمر في غاية الأهمية حيث يتمكن القاضي في حال نشوب أي نزاع من تطبيق الأحكام الموضوعية بناء على الوصف القانوني للعقد محل الخلاف[2]، في هذا المطلب سنتطرق بإيجاز إلى الاتجاهات

---

(1) فعلى سبيل المثال، عند إقدام الشخص على إبرام عقد لشراء سلعة معيّنة، فهو يكون أمام خيارين إمّا البحث عن السلعة بوضع اسمها في محرك البحث وتظهر جميع المواقع التي تبيع هذه السلعة، وإمّا يتجه إلى متجر إلكتروني معيّن دون اعتبار للبلد الذي تتوافر فيه السلعة طالما سياسة الموقع تشحن لجميع الدول، وذلك يعطي شعورًا للمتعامل عبر شبكة الإنترنت بأن أسواق جميع الدول تحت تصرفه، واعتبار العقد الإلكتروني عقدًا دوليًا يعكس واقع التعامل الذي يتمّ عبر هذه الشركة.

(2) المقصود بتكييف العقد هو إعطاؤه الوصف القانوني الذي يربطه بفئة قانونية من العقود للوصول إلى القانون الواجب التطبيق، فعلى سبيل المثال إذا كان هناك نزاع حول عقد ما، يجب في البداية تحديد نوع العقد هل ينتمي=

الفقهية بشأن تكييف العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الإنترنت وتحديد طبيعته وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تكييف العقد الإلكتروني على أنه من عقود الإذعان[1]

لا يبرم العقد عادةً إلا بعد مروره بسلسلة من المفاوضات والمناقشات التي تتم بين طرفي أو أطراف التعاقد، والهدف من ذلك هو الوصول إلى صيغة اتفاق ترضي الجميع وتحقق الهدف المنشود من العقد، ولكن بعض العقود يتمتع أحد الأطراف فيها بقوة اقتصادية أكبر من الآخر، ويمكنه ذلك من فرض شروطه على الطرف الأضعف، ولا يكون أمام الأخير إلا التسليم بهذه الشروط، ويتعلق محل هذا العقد بسلعة أو خدمة ضرورية[2] ويكون التاجر أو مقدم الخدمة محتكرًا لها ومثال ذلك عقود اشتراك الكهرباء والغاز وعقود النقل المبرمة مع شركات الملاحة[3].

وقد بين المُشرّع البحريني عقد الإذعان بالنص عليه في المادة (57) من القانون المدني جاء فيها: (لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من أحد طرفيه إذعانا لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقا ولا يقبل مناقشة شروطه).

=إلى طائفة العقود الإدارية أم المدنية، فإذا كان عقد بيع تُطبق الأحكام الموضوعية التي تحكم عقد البيع، وقد شبه التكييف بالنسبة إلى القاضي كالتشخيص بالنسبة إلى الطبيب، فالطبيب يحدد نوع المرض عن طريق تشخيص الحالة ثم يحيلها إلى الطبيب المختص وهو بدوره يصف العلاج، ينظر: د. عمرو محمد المارية، عقد البيع الإلكتروني "أحكامه وآثاره": دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مرجع سابق، ص134 وما بعدها.

(1) الجدير بالذكر أن فكرة تسمية عقد الإذعان كان مَن وضعها الفقيه الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الذي آثر مصطلح "الإذعان" على "الانضمام" وهو المصطلح الذي ابتدعه أستاذ القانون الفرنسي"Saleille" لهذا النمط من العقود لأن من يقبل العقد ينضم إليه دون مناقشة بنوده "contrats d'adhésion" وذلك لما يضفيه مصطلح "الإذعان" من معنى الاضطرار في القبول وقد صادفت هذه التسمية رواجًا في اللغة القانونية فقهًا وقضاءً، وأخذ بها التشريع المدني المصري وسارت على نهجه معظم التشريعات العربية، ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في التشريع المصري، بحث منشور بمجلة الأمن والقانون، المجلد الرابع، العدد الأول، شهر يناير، سنة 1996م، أكاديمية شرطة دبي، ص 243 وما بعدها.

(2) تعرف السلع الضرورية: "السلع الضرورية محل عقد الإذعان هي التي لا غنى للناس عنها، والتي لا تستقيم مصالحهم من دونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم للتعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب حتى لو كانت جائرة وشديدة"، ينظر: محكمة النقض المصرية – مدني – الطعن رقم (396) لسنة 37 قضائية، بتاريخ 1974/03/12م، مكتب فني 25، الجزء الأول، ص492، الحكم متاح على شبكة قوانين الشرق: https://cutt.us/Q8JQO، آخر زيارة: ديسمبر 2019م.

(3) أ. منهل عبد الغني قلندر، الإذعان بين العقد والنظام القانوني، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد16، العدد59، السنة18، 2013م، ص42، متاح على https://alaw.mosuljournals.com/، آخر زيارة نوفمبر 2019م.

ويرى اتجاه في الفقه أن العقود المبرمة عبر الوسائط الإلكترونية ماهي إلا عقود إذعان[1]، وعقود الإذعان لها مفهوم قديم وآخر حديث، والمفهوم القديم يرتكز على أن التعاقد يتمّ من خلال عقود نمطية تكون معدة مسبقًا وغير قابلة للتفاوض أو التعديل بالإضافة إلى أن المستهلك يكون في موقف اقتصادي أضعف من التاجر أو المهني ويرجع ذلك إلى التفاوت الكبير في المركز الاقتصادي لكليهما، حيث إن الموجب، متعاقد محترف يتمتع بخبرة كبيرة، أمّا المتعاقد الآخر فهو مستهلك يسعى للحصول على سلع وخدمات لا غنى عنها في تلبية احتياجاته الشخصية، أو احتياجات أسرته فهي تعد من الضروريات[2].

ويحدد هذا الاتجاه بين الخصائص التقليدية لعقد الإذعان وهي:

1- الإعداد المسبق لصيغة العقد، إذ ينفرد بصياغة بنوده وشروطه أحد طرفي العقد ولا يملك الطرف الآخر إلا أن يقبله بجميع بنوده من دون أن يكون له الحق في مناقشته أو تعديله.

2-احتكار للسلعة أو الخدمة المعروضة.

3-السلعة أو الخدمة من الضروريات الأساسية التي لا يمكن الاستغناء عنها وليس من الكماليات.

4-الإيجاب موجه إلى العامة وليس محصورًا على فئة معيّنة، أي إيجاب مفتوح للكافة دون تمييز[3].

---

(1) جانب من الفقه يصنف الإذعان على أنه نظام قانوني وليس عقدًا، وحجتهم بذلك أن اختلال التوازن في المركز الاقتصادي بالنسبة إلى طرفي التعاقد يترتب عليه وجود طرف أقوى من الآخر، وذلك يجعل إرادة الطرف الأضعف غير حرة أو منعدمة، ويتعاقد بدافع الحاجة مكرهًا لا برغبة خالصة لا يشوبها أي عيب، ينظر: د. أنس محمد عبد الغفار، آلية مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان: دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2013م، ص35 وما بعدها.

(2) Mona Jamal, Le contrat d'adhésion- Etude comparée des droits français et koweïtien, Pour obtenir le grade de: Docteur de l'université de Strasbourg, Droit privé, UNIVERSITÉ DE STRASBOURG, 2018, disponible sur: https://2u.pw/eeGTP, p. consultée: Novembre 2019, p. 18 et S.

(3) Brigitte Lefebvre, Le Contrat D'Adhésion, disponible sur: https://2u.pw/d4XXR, p. consultée: Décembre2017, p. 443 et S.

وأن تعريف عقد الإذعان تقليديًا: (العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشته فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المناقشة بشأنها محدودة النطاق)[1].

ومن ثمّ يرى هذا الاتجاه أن تطوّر المعاملات والرغبة في توفير الحماية للمستهلك أدت إلى ظهور مفهوم حديث لهذا النوع من العقود، وهو أقل تشددًا في تحديد فكرة الإذعان، حيث لا يشترط فيه أن تكون السلع والخدمات من ضروريات الحياة ولا أن تكون محل احتكار من قبل الموجب، بل يكفي أن يتمّ إعداد العقد من قبل طرف المحترف أو التاجر، وأن لا يملك المستهلك مناقشته أو إدخال تعديلات على العقد بل يقبله أو يرفضه كما هو[2]، وبذلك يعرف عقد الإذعان وفق هذا الاتجاه، بأنه: (عقد نموذجي يعرض فيه البائع، أو مقدّم الخدمة البيع، أو الخدمة على أي مستهلك بشروط واحدة، ولا يملك سوى الموافقة أو الرفض)[3].

ومن هنا وبعد تخفيف شروط الإذعان عند هذا الاتجاه، انتهى إلى أن العقد الإلكتروني وخاصة الذي يبرم بواسطة شبكة الإنترنت ما هو إلا عقد إذعان، وإن هذا الوصف ضروري لتوفير الحماية اللازمة لمن يتعاقد بهذه الوسيلة.

وبدورنا ننتقد هذا الاتجاه لأنه – وإن كان السائد – أن يكون العقد المبرم بواسطة شبكة الإنترنت من عقود الإذعان طبقا للشروط التي صاغها هذا الاتجاه، إلا أنه لا يمكن حصر جميع العقود التي تبرم بهذه الوسيلة على أنها من عقود الإذعان، بل يمكن أن يبرم العقد بهذه الوسيلة بين طرفين متكافئين في القوة الاقتصادية على نحو لا يمكن أن يكون العقد بينهما عقد إذعان.

---

(1) د. علاء الدين محمد ذيب عبابنة، دراسات في قانون التجارة الإلكترونية البحريني والمقارن، مرجع سابق، ص177 وما بعدها.

(2) يؤكد هذا المضمون في تشريعات دول مجلس التعاون نصّ المادة (57) من القانون المدني البحريني التي جاء فيها: (لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من أحد طرفيه إذعانًا لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقًا ولا يقبل مناقشة شروطه)، وتقابل هذه المادة، المادة (80) من القانون المدني الكويتي والمادة (105) من القانون المدني القطري، والمادة (83) من القانون المدني العماني، والمادة (145) من القانون المدني الإماراتي.

(3) أ. منهل عبد الغني قلندر، الإذعان بين العقد والنظام القانوني، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد16، العدد59، السنة18، 2013م، ص43، متاح على: https://2u.pw/NFPj5، آخر زيارة نوفمبر 2019م.

الفرع الثاني: استبعاد فكرة الإذعان من العقد الإلكتروني

يرى أصحاب هذا الاتجاه بعكس الاتجاه الأول أن عقد التجارة الإلكترونية عقد رضائي وليس من عقود الإذعان، ويستندون في ذلك إلى أن شروط عقد الإذعان غير متوافرة في هذا النوع من التعاقد، حيث إن يمتلك المستهلك حرية قبول العقد أو رفضه، وإن الهدف من إعداد العقد بما يتضمنه من بنود وشروط من قبل التاجر أو المحترف هو التخفيف عن كاهل الطرف الثاني، وخاصة أن هذا النوع من العقود يتضمن مسائل فنية وتقنية دقيقة يكون من الصعب على المستهلك استيعابها، بالإضافة إلى أن للمستهلك كامل الحرية في التعاقد مع أي تاجر أو محترف[1].

ويستند أصحاب هذا الاتجاه برأيهم إلى أن إعداد شروط العقد مسبقًا بنماذج جاهزة ليست السمة الوحيد لعقد الإذعان بل يجب أن يكون محل عقد الإذعان، سلعة أو خدمة ضرورية للمستهلك، وأن يكون التاجر أو المورّد محتكرًا لهذه السلعة وصعب توافرها عند جهة أخرى، فبتوافر هذه الشروط يتحقق الإذعان بالنسبة إلى العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت[2].

الفرع الثالث: طبيعة العقد الإلكتروني ترتبط بوسيلة إبرامه

يستند أصحاب هذا الاتجاه في تحديد طبيعة العقد الإلكتروني إلى الوسيلة المستخدمة بإبرام العقد، فالتعبير عن الإرادة في العقد يتمّ بأكثر من طريقة، ولكل طريقة مميزاتها، فمثلًا إذا تم التعاقد عبر تبادل الرسائل الإلكترونية باستخدام البريد الإلكتروني أو الفيديو المرئي بشكل يتيح للمتعاقد فرصة التفاوض بحرية ومناقشة شروط العقد يكون رضائيًا، بعكس التعاقد الذي يتمّ عبر استخدام الموقع الإلكتروني للشركات التجارية، الذي يتمّ إعداد العقود النموذجية مسبقًا بصيغة واحدة للجميع وما على المتعاقد إلا أن يختار قبول التعاقد أو رفضه، ففي هذه الحالة يعد من قبيل عقود الإذعان إذا ما توافرت الشروط الأخرى التي يتحقق معها الإذعان[3].

رأي الباحثة

إذا كنّا نُسلّم بأن العقد المبرم عبر الوسائط الإلكترونية ليس بالضرورة هو عقد إذعان، لأنه يمكن أن يبرم بين شركات تتكافأ في القوة الاقتصادية بل ويمكنها أن تتفاوض وتتبادل الوثائق

---

(1) د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2008م، ص194، ينظر كذلك: د. محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2004م، ص55.

(2) Mona Jamal, Le contrat d'adhésion- Etude comparée des droits français et koweïtien, Op.cit., p. 20 et S.

(3) د. صلاح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص28.

العقدية قبل إبرام العقد على نحو تنفي به أي صفة من صفات عقد الإذعان، حتى لو تم تخفيف شروطه العقدية.

فترى الباحثة أن تكييف العقد الإلكتروني يجب ألا يعتمد على الوسيلة التي يبرم بها فقط وإنما على مركز المتعاقد القانوني، فإذا كان المتعاقد مستهلكًا فإن العقد يكيف على أنه عقد إذعان من دون حاجة إلى أن نطبق الشروط التقليدية لعقد الإذعان، لأن العالم اليوم يتجه نحو الرقمية ونسبة التسوق الإلكتروني تزداد يوميًا، لما لشبكة الإنترنت من فائدة للمتعاقد متى تم التعامل من خلالها طبقًا للشروط القانونية والمبادئ التي تحكم العقد، كحسن النيّة والتعاون في تنفيذه.

وبذلك يتوافر خيار التسوق الأفضل بالنسبة إلى المستهلك، فعلى سبيل المثال عندما يبحث المستهلك عن سلعة أو خدمة معينة ستظهر له مئات الخيارات من شتى أنحاء العالم ويتمتع بكامل الحرية في التنقل بين المواقع الإلكترونية التي توفر السلعة، مما يتيح له مقارنة العروض واختيار العرض الأنسب بالنسبة إلى متطلباته وميزانيته، ولكن في الوقت ذاته فإن التاجر الذي يعرض سلعه بواسطة الإنترنت هو من يمتلك الخبرة الفنية والمعلومات والقدرة على التسويق وعلى إعداد نموذج العقد الذي يتمّ تبادل السلع بواسطته.

ومن ثم فإن مركزه الأقوى قد يضع المستهلك في خطر شديد يستلزم تسهيل الحماية له بصورة فاعلة، ومن أهمّ وسائل الحماية أن يكيف العقد على أنه عقد إذعان ليتوفر للمستهلك حماية قانونية مناسبة في إبطال الشرط التعسفي وفي تفسير الشك لمصلحته، وبذلك ترى الباحثة أن العقد بوسيط إلكرتوني يمكن أن يكون عقد إذعان بتوافر شرطين:

1- **الوسيلة الإلكترونية**، وترى الباحثة في هذا السياق أن تكون شبكة الإنترنت، فهي التي يمكن أن تتأثر بها طبيعة العقد لما لهذه الوسيلة من تأثير في الكيفية التي يتمّ بها التعاقد وتبادل الخدمات والسلع.
2- **مركز المتعاقد بأن يكون مستهلكاً**، لأن المستهلك لا يمتلك الوسائل التي يمتلكها التاجر في التحقق من المواصفات المطلوبة ومن سلامة وطبيعة المعاملة ويضع ثقته في التاجر، ومن ثم فإنه أكثر حاجة إلى الحماية القانونية.

الباب الأول

إشكاليات ما قبل إبرام التعاقد الإلكتروني

الباب الأول

إشكاليات ما قبل إبرام التعاقد الإلكتروني

وفّرتْ شبكةُ الإنترنت خدماتٍ ذات إمكانيات متميزة في العرض ونقل البيانات والمعلومات[1]، وظهرت التجارة الإلكترونية، التي تتيح العديد من المزايا التي لا يمكن أن توفرها التجارة التقليدية، وأهمها أنها خففت من العوائق التي تفرضها الحدود الجغرافية التي تفصل بين الدول، فترتب على هذا التطور ازدهار التجارة الدولية وظهور ما يسمى التجارة الإلكترونية، وأصبح حجم هذه التجارة يزداد يومًا بعد يوم وأولت الدول اهتمامًا خاصًا بهذا النوع من التجارة عن طريق سنّ التشريعات التي تنظم هذه التجارة وتضعها في إطارها القانوني الصحيح، وبذلك أصبح الباب مفتوحا للتعاقد عن بعد بواسطة شبكة الإنترنت التي تتميز بقدرتها على الربط بين المتعاقدين من جميع أنحاء العالم في مجلس تعاقدي واحد من حيث الزمان[2] إذ يتمّ الاتفاق بين طرفي التعاقد من خلال هذه الشبكة من دون الحاجة إلى الحضور المادي لأطرافه، وتتنوع العقود التجارية التي تبرم عبر هذه الشبكة فمنها البسيطة التي يتمّ الاتفاق عليها من دون تعقيد وبشكل واضح كمسألة عرض السلع في المتاجر الإلكترونية أو الحجز في الفنادق للإقامة ومنها العقود الدولية ذات محل مرتفع القيمة أو العقود المركبة التي تتعلق بمشروعات كبيرة ولا يمكن الاتفاق عليها من دون تفاوض[3]، وهي

---

(1) يشهد العالم في وقتنا الحاضر ثورة في تكنلوجيا الاتصالات والمعلومات، إذ أصبحت وسائل الاتصال الحديثة وفي مقدمتها شبكة الإنترنت وسائل لا يمكن الاستغناء عنها، فبعد أن كانت الاتصالات تعتمد على الهاتف والفاكس والتليكس، ظهرت شبكة الإنترنيت، وانتشر استخدامها بشكل فاق كلّ التوقعات والتصورات، وأصبح التعامل معها أمرًا من أمور الحياة اليومية بحيث إذا حدث عطل في الاتصال بها ينتج عنه تعطل مصالح كثير من الأفراد والجهات، ينظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، مرجع سابق، ص25.

Kamel Mehdaoui, La Formation du Contrat Électronique International: Le Formalisme au Regard de la Convention CNUDCI 2005, Op.cit., p. 1 et S.

(2) تجدر الإشارة إلى أن التعاقد الإلكتروني يكون غالباً بين حاضرين زمانًا وغائبين مكانًا في العقود التي تبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة في مجلس عقد افتراضي، إلا أن في حالات أخرى يكون التعاقد الإلكتروني بين غائبين زمانًا ومكانًا وهي الحالات التي يوجد فارق زمني فيها بين الإيجاب والقبول مثل الذي يتمّ عبر البريد الإلكتروني.

(3) تجدر الإشارة إلى أن هناك كثيرًا من العقود التي تتم من دون الخوض في مرحلة مفاوضات، وهي من مجموعة العقود الفورية المألوفة التي تتكرر بشكل يومي في حياتنا كشراء الخضروات والفواكه أو الملابس من المحلات التجارية، أو الاتفاق على تصليح أجهزة كهربائية كمن يأخذ جهاز التلفاز الخاص به إلى مصلح ويعرض عليه الأخير سعر التصليح ويقبل أو الأكل في أحد المطاعم، ينظر: د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون=

مرحلة تأتي قبل التعاقد الإلكتروني ولكن التعاقد يتبلور من خلالها أو بمعنى أدق هي مرحلة تمهيدية يتمّ فيها التوافق على كلّ التفاصيل المتعلقة بالعقد المراد إبرامه عن طريق التحاور بين طرفي التعاقد أو أطراف التعاقد حينما يتعدد الأطراف، ويطلق على هذه المرحلة التمهيدية للتعاقد أو مرحلة المفاوضات ولكنها في جميع الأحوال مرحلة تسري قبل التعاقد حيث يتمّ من خلالها التحاور وتبادل الآراء ووجهات النظر في الأمور كافة المتعلقة بالعقد المراد إبرامه ومحاولات التوفيق بين الأطراف عند وجود أي تعارض ينشأ بين أطراف التعاقد عن طريق استمالة الطرف الآخر وإقناعه بقبول ما يرنو إليه وعرض حلول تكون مرضية لجميع الأطراف[1].

ولأهمية مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني ستتناولها الباحثة في هذا الباب، وذلك في فصلين: **الفصل الأول** إشكالية المفهوم بالنسبة إلى ما قبل التعاقد، مركزين على أهمّ وضع فيها ألا وهو وضع المفاوضات ثم نعرج إلى الأمن المعلوماتي، وتخصص الباحثة **الفصل الثاني** لعرض إشكاليات التطبيق لما قبل التعاقد الإلكتروني.

=المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3 الجديدة، 2000م، ص220 وما بعدها.

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص43 وما بعدها.

الفصل الأول

الإشكاليات العامة لما قبل التعاقد الإلكتروني

تتطلب دراسة إشكاليات التعاقد الإلكتروني في تشريعات دول مجلس التعاون الإلمام بكلّ المراحل التي يمر بها هذا العقد، إذ إن لكل مرحلة من مراحله الإشكاليات المتعلقة بها، والمرحلة السابقة على التعاقد الإلكتروني من أكثر هذه المراحل تعقيدًا لافتقارها للتنظيم القانوني، وبناء عليه يعرض هذا الفصل الإشكاليات العامة للمرحلة السابقة على التعاقد.

الفصل الأول

الإشكاليات العامة لما قبل التعاقد الإلكتروني

يحدثُ في العقودِ التي ترد على محل ذي أهمية من حيث التكوين والتنفيذ ألا يتمّ التعاقد مباشرة وإنما تسبقه مرحلة تمهيدية على درجة كبيرة من الأهمية فيما يتعلق بتحديد كلّ الجوانب الفنية والمالية والقانونية بالعقد المزمع إبرامه، وهو ما يطلق عليه بِـ (المفاوضات) التي هي في الواقع نتاج لمبدأ سلطان الإرادة[1]، ولكن هذه المفاوضات في مجال التعاقد الإلكتروني بحاجة إلى تحديد مفهومها بشكل دقيق في إطار ما يسمى (الأمن المعلوماتي) في هذه المرحلة والذي يعد جزءًا مهمًا من تكوين مرحلة ما قبل التعاقد، وعليه ستتناول الدراسة في هذا الفصل الإشكاليات العامة لفترة ما قبل التفاوض في مبحثين: نخصص **الأول** لمفهوم التفاوض، و**الثاني** لمفهوم الأمن المعلوماتي.

المبحث الأول

مفهوم التفاوض

يتمُّ الدخولُ في مرحلة التفاوض بإرادة الشخص الحر، ويتفاوض بشأن العقد وما بتعلق بتكوينه وأثره، وقد يتمّ الاتفاق على بعض المسائل التمهيدية لإبرام العقد ومع ذلك لا تعد مرحلة التفاوض جزءًا من العقد ولا جزءًا من تنفيذه، وتثير هذه المرحلة خاصة إذا تمت من خلال الوسيط الإلكتروني إشكاليات عديدة، ولوضع ذلك موضع التحليل فستتناول الباحثة فكرة التفاوض في مطلبين: تُعرّف في **الأول** فكرة التفاوض في ذاتها وأهميتها، ثم تحدد في المطلب **الثاني** خصائص التفاوض في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت.

---

(1) عرف مبدأ سلطان الإرادة بأنه: "قدرة الإرادة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات ما دامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب، وإنها كذلك جزء في رسم نطاق العقد وتحديث آثاره وهي وحدها قادرة على إنهائه"، ينظر في ذلك السيد علي عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، 1996م، ص14.

المطلب الأول

فكرة التفاوض في ذاتها

في هذا المطلب ستتناول الدراسة تعريف التفاوض من حيث الاصطلاح أو الفقه أو في التشريعات التي تعرضت له، ثم نحدد الإشكاليات من حيث طبيعة التفاوض، والخصائص، وتمييزه عن غيره من الأفكار القانونية.

الفرع الأول: تحديد مفهوم التفاوض

مفهوم التفاوض يتجلى من خلال بيان تعريف التفاوض الذي يتم في المرحلة التي تسبق التعاقد، وذلك على النحو الآتي:

أولًا: تعريف التفاوض لغةً واصطلاحًا

التفاوضُ لغةً مشتقٌ من الفعل فوَّض، يقال: فوَّض إليه الأمر، أي صيره إليه وجعله الحاكم فيه، وفاوضه في أمره أي جاراه، وتفاوضوا الحديث **أي** أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض فيه بعضهم بعضًا، وتعني كذلك المساومة والمشاركة ويتضمن ذلك الأخذ والعطاء في الحديث[1]، ومن الناحية الاصطلاحية فإن التفاوض[2] يعد عملية يتفاعل من خلالها طرفان أو أكثر لديهم اعتقاد بوجود مصالح واهتمامات مشتركة ومتداخلة، وأن تحقيق أهدافهم وحصولهم على نتائج مرغوبة من قبل جميع الأطراف تتطلب الاتصال فيما بينهم، ذلك أن الاتصال هو وسيلة أكثر ملاءمة لتضييق مساحة الاختلاف وتوسيع مواطن الاتفاق بينهم من خلال سلسلة من المناقشات وتبادل الآراء واستخدام الحجج ووسائل الاقناع للتوصل إلى اتفاق مقبول للجميع بشأن موضوع التفاوض[3].

---

(1) لسان العرب، أبو فضل جمال الدين بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، دار صادر، بيروت، 1997م، ص170 وما بعدها.

(2) La négociation: (est l'action de négocier, de discuter les affaires communes entre des: parties en vue d'un accord)، Liliane Bahali Bug، La négociation dans le commerce électronique, Travail réalisé pour l'obtention du diplôme de maîtrise en Informatique, p. 14, disponible sur: disponible sur https://cutt.us/gyvsr: p. consultée: Octobre 2019.

(3) عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 1997م، ص171.

ثانيًا: التّعريف الفقهي للتفاوض

تعددت آراء الفقهاء واجتهاداتهم في وضع تعريف محدد للمفاوضات، فيعرفه البعض بأنه: (تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كلّ منهم على بينة بأفضل الصيغ القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه)[1].

ويلاحظ على هذا التعريف بأنه أغفل صفة التفاعل الفوري التي تتميز بها المفاوضات، فالأساس في المفاوضات هو أن يجتمع جميع المتفاوضين على طاولة حوار واحدة للتباحث، فالتفاوض هو موقف تعبيري حركي قائم بين طرفين أو أكثر، والاستثناء هو أن يكون التفاوض عن بعد عن طريق تبادل المستندات والمقترحات والدراسات في حالة صعوبة الاجتماع أو الالتقاء في مكان واحد بسبب البعد الجغرافي، وحينئذ تأخذ بالاعتبار النفقات الخاصة بالسفر والإقامة التي ستترتب على سفر جمع المتفاوضين من مختلف أنحاء العالم للاجتماع في مكان واحد يتمّ الاتفاق عليه.

وعرَّفه جانب آخر من الفقه بأنه: (التحاور، المناقشة، تبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معيّن حول مصلحة أو مشكلة ما)[2].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه أشار إلى الصفة الجوهرية في التفاوض وهي التفاعل فيما بين أطراف التعاقد، ولكنه لم يأخذ بنظر الاعتبار آلية التفاعل، هل هي وجه لوجه أم من الممكن أن تكون آلية التفاعل عن بعد من خلال تبادل الخطابات دون الوجود المادي لجميع أطرافه، ولم يبين مدى إمكانية المتفاوضين من الاستفادة من وسائل الاتصال الحديثة لتوفير المال وللقضاء على فوارق الزمان والمكان.

وعرف التفاوض كذلك بأنه: (حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتمّ خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة، بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معيّن تمهيدًا لإبرامه في المستقبل)[3].

---

(1) د. خالد محمود إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص209.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص62.

(3) د. شريف محمد غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص3.

إنّ هذا التعريف جعل الاتفاق أساس التفاوض، ومعنى ذلك أن تحديد العلاقة بين أطراف التفاوض على أنها علاقة عقدية، وأن ترتب آثارها القانونية متى ما قام أحد الأطراف بالإخلال بالالتزامات المفروضة عليه بالعقد بناء على الخطأ العقدي، وينزع هذا التعريف الطبيعة المادية للتفاوض، وأنه عمل غير ملزم ولا يترتب عليه أي أثر قانوني، إلا في حال الخطأ الشخصي الذي لو أحدث ضررًا للمتفاوض الآخر يتحمل من ارتكبه التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية،

ثالثًا: التعريف التشريعي للتفاوض

على الرغم من الأهمية البالغة لمرحلة التفاوض كونها مرحلة تمهد للتعاقد فإننا نلاحظ أن هناك قصورا تشريعيا كبيرًا في تنظيم هذه المرحلة ووضع الإطار القانوني المناسب لها، حيث إن تشريعات مجلس التعاون جاءت خالية من نصوص قانونية تنظمها وتركت الأمر لتقدير القضاة وللاجتهادات الفقهية، إذ لم ترد الإشارة إلى مرحلة المفاوضات إلا بصورة ضمنية وبطريقة غير مباشرة وبشكل عابر لا يعطي الموضوع حقه كبيان أنها مرحلة تمهيدية سابقة على التعاقد دون الخوض في التفاصيل المتعلقة بهذه المرحلة والتنظيم القانوني لها[1].

نستثني من ذلك موقف المُشرّع البحريني الذي اختلف عن باقي دول مجلس التعاون[2]، حيث كان سباقًا في إصدار التشريعات التي تواكب التطورات الحديثة في وسائل الاتصال الحديثة،

---

(1) دولة الكويت المرسوم رقم (78) لسنة 2015م بشأن إصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم (116) لسنة 2014م بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، جاء في المادة (43) منه: (إذا تعثر الوصول من خلال المفاوضات إلى اتفاق نهائي مع المستثمر المفضل بشأن وثائق التعاقد، تقوم الهيئة بإنذاره بوقف المفاوضات معه ومطالبته بتقديم موقفه النهائي خطّيا من خلال أفضل عرض يكون في مكنته تقديمه، ويرفع هذا العرض إلى اللجنة العليا مصحوبا بتوصية الهيئة لاتخاذ قرار بشأنه...)، المملكة العربية السعودية، قرار وزير المالية لسنة 1425هـ بشأن اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة الدخل، في الفقرة (2) من المادة (4) نصت على أنه: (يقصد بالوكيل المشار إليه في المادة الرابعة من النظام، الوكيل غير المستقل الذي يتمتع بأي من الصلاحيات الآتية:...2- يعد المكان الذي يمارس فيه غير المقيم نشاط التأمين و/أو إعادة التأمين من خلال وكيل له بمثابة منشأة دائمة لغير المقيم حتى لو لم يصرح للوكيل بالتفاوض وإنجاز العقود نيابة عن غير المقيم).

(2) إيمانا بأهمية المعاملات الإلكترونية ودورها الكبير في المجتمع، كانت مملكة البحرين سباقة في إصدار سلسلة من القوانين التي تنظم العمليات التي تتم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة وأهمها تلك التي تتم عبر شبكة الإنترنت حيث أصدرت أول تشريعاتها في عام 2002م، وهو خاص بشأن المعاملات الإلكترونية وتم إدخال تعديلات عليه أكثر من مرة، وفي عام 2014م، تم إصدار قانون خاص بشأن جرائم تقنية المعلومات بالإضافة إلى قانون جرائم تقنية المعلومات، وفي عام 2017م، تم التصديق على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، وفي عام 2018م، تم إصدار قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية الذي يلغي بدوره قانون المعاملات الإلكترونية ويأتي=

وفي قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية رقم (54) لسنة 2018م، نصت المادة (12) بشأن الدعوة لتقديم عروض على أنه: (أي دعوة للتعاقد، تتم من خلال خطاب إلكتروني واحد أو أكثر، تكون غير موجهة إلى طرف معيّن واحد أو أكثر بحيث يكون الاطلاع عليها متاحًا بوجه عام لأي شخص يستخدم نظم معلومات، تعد بمثابة دعوة للتفاوض، ويشمل ذلك الدعوات لوضع طلبيات من خلال نظم معلومات تتم باستعمال تطبيقات تفاعلية[1]، وذلك ما لم يدل بوضوح على أن موجه الدعوة للتعاقد يقصد الالتزام بالتعاقد في حال قبوله).

بَيْدَ أن ما تجدر الإشارة إليه أن هذا الموقف في ظل التطورات الحديثة لا يعد كافيًا، إذ لا بُدّ من النصّ على أحكام أخرى تنظم مسألة التفاوض الإلكتروني والمسائل المتعلقة به قبل التعاقد لما له أهمية كبيرة في وضع الحلول لإشكالية هذه المرحلة، سواء من حيث طبيعتها أو تحديد الالتزامات الناشئة فيها أو تحديد المسؤولية، ومع ذلك فإن موقف المُشرّع في بيان المفاوضات يمكن أن يعتبر الخطوة الأولى التي من خلالها يمكن الدعوة إلى بحث هذه المرحلة والتعمق في تحليل الإشكاليات التي تظهر فيها، بما يمهد لمزيد من الأحكام القانونية التي تضع التنظيم التشريعي المناسب لهذه المرحلة.

ومن المناسب أن نشير إلى موقف حديث للمُشرّع الفرنسي إذ أولى في آخر تعديلات أدخلها على القانون المدني، اهتمامًا بالمرحلة السابقة على التعاقد، ففرض تطبيق مبدأ حسن النية، فقد نصت المادة (1112) المعدلة منه على أن: (الدخول إلى المفاوضات السابقة على التعاقد والاستمرار فيها والخروج منها يجري بحرية، ويجب أن يخضع ذلك استنادًا لما يتفق ومتطلبات مبدأ حسن النية...)[2] هذا فضلًا عن إقرار بوجود التزام بالإعلام، ومع ذلك لم يعرف المُشرّع التفاوض.

=هذا القانون بشمولية أكبر وأكثر نضجًا من السابق حيث حاول معالجة الثغرات التي كانت في القانون السابق الذي تم إصداره في عام 2002م.

(1) حسنًا فعل المُشرّع البحريني عندما تبنى مصطلح "تطبيقات تفاعلية"، لأنه المصطلح الأكثر دقة ويستوعب جميع الوسائل الحديثة التي يمكن استخدامها في التواصل، ويشمل ذلك التطبيقات التي توفرها الأجهزة الحديثة ومنها "انستغرام، تويتر...إلخ".

(2) Le nouvel Art, 1112 du code civil français de 2016 dispose: (L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres, Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi, En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu) Et Art 1104 de la mem loi: (Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi).

التعريف المقترح

ترى الباحثةُ من خلال ما تقدم أن من المناسب أن نعرّف التفاوض الإلكتروني على أنه: **اتصال عن بعد بواسطة وسائل إلكترونية ما بين طرفين أو أكثر، يتمّ خلاله الدخول في مناقشات ومساومات، وإجراء الدراسات والمشاورات، وذلك بغية التوصل إلى تحديد العناصر الأساسية التي يتكون منها العقد تمهيدا لإبرامه**، أن هذا التعريف يعبر عن محاولة كلّ طرف في مرحلة ما قبل العقد في أن يحدد مضمونًا للتعاقد وفقًا لمصالحه، فإذا توصل الطرفان إلى تفاهم بشأن العناصر الأساسية للعقد فإن هذه التفاهم هو الذي يؤدي في النهاية إلى إبرام العقد في ظل مصلحة مشتركة للأطراف وليس مصلحة طرف واحد فقط.

الفرع الثاني: عملية التفاوض وإشكالية تعارض المصالح

لمّا كان التفاوض وسيلة فعّالة للتفاهم وتقريب وجهات النظر باستخدام جميع وسائل الاقناع للحفاظ على المصالح المشتركة بين أطراف التعاقد[1] فينبغي أن يتمّ وضعه في صياغة قانونية يوافق عليها جميع الأطراف بشكل لا يتعارض مع مصالح كلّ طرف، وتزداد أهمية ذلك عندما تستخدم المفاوضات كدور أساسي لإبرام العقود الدولية عبر شبكة الإنترنت، إذ لا بُدّ من أن يؤدي التفاوض من خلال الشبكة دوره أيضًا بإعداد ودراسة العقد من جميع جوانبه وتحديد هيكل الالتزامات وحقوق طرفي أو أطراف التعاقد، حيث إن الدخول في التزام عقدي يتطلب بدءًا تعيين المسار الذي سيسير عليه العقد ورسم الخريطة التي تؤدي إلى مرحلة إبرام العقد بشكل نهائي، ويجب ألا تكون شبكة الإنترنت عائقًا أمام وضع الأساس واللبنة الأولى التي يقوم عليها الرضا التام المستنير[2].

وإشكالية التفاوض بوصفها نتاج التعارض بين المصالح، مسألة أساسية للتعاقد ظهرت في مجال الإنترنت في اتجاهين:

---

(1) مسألة التفاوض لا تتعلق بإبرام العقود فقط، وبواقع الأمر جميعنا نمارس عملية التفاوض بحياتنا اليومية، سواء في العمل أو في البيت، حيث إن الاتفاق على أي مهمة يتطلب الدخول في مفاوضات بشأنها، فعلى سبيل المثال عندما يقرر ربّ الأسرة شراء منزل جديد فهو يدخل في سلسلة من المفاوضات مع أفراد أسرته ويدرس متطلباتهم بالنسبة إلى المنزل الجديد ويبحث ذلك معهم وثم يقرر المواصفات النهائية المطلوبة في المنزل الجديد ويبحث بناء على ذلك، فالمفاوضات عبارة عن مناقشة رغبة جميع أطراف العلاقة والخروج بعرض يرضي جميع الأطراف.

(2) د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة22، العدد الثاني، يونيو 1998م، ص770، راجع كذلك:

La phase de négociation contractuelle: les avant-contrats, 4 Avril 2019, un article publié sur le site: cours de droit net: https://cours-de-droit.net/, p. consultée: Décembre 2019.

الاتجاه الأول: يرى أن المفاوضات عبارة عن مواجهة بين مصالح طرفين أو أكثر، كلٌ طرف يحاول أن ينتصر على الآخر، فهي بتصوره أقرب إلى لعبة شد الحبل، كلّ طرف يشد بأقصى ما يملك من قوة بهدف التفوق على الآخر وفرض سيطرته، وفي سبيل تحقيق ذلك تتضمن هذه المرحلة عمليات كرّ وفرّ ومراوغة، حتى لو ترتب على ذلك أضرار بالغير، فما يهم في ذلك تغليب مصلحة على أخرى في ظل ما يوصف بالانتصار[1].

الاتجاه الثاني: ينظر أصحاب هذا الاتجاه إلى المفاوضات على أنها عملية مشتركة بين طرفي أو أطراف التعاقد يسعون من خلالها إلى تحقيق هدف واحد مشترك ألا وهو التوصل إلى اتفاق يحوز على موافقة ورضا جميع الأطراف، ومن هنا فإن العلاقة بين المصالح تتطلب في التفاوض وجود توازن بين طرفي التعاقد على نحو يقوم كلّ طرف بالتعبير بحرية عن آرائه ويبحثها مع الآخر، فلا يوجد تغالب مصالح بمعنى خاسر ومنتصر وإنما تتحقق مصالح الجميع في إطار هدف واحد هو إبرام العقد، وخاصة أن دخول المفاوضات هو قبول بالسعي في سبيل ذلك الهدف وليس الصراع بشأنه[2].

فالتفاوض ليس بالعملية السهلة التي قد يتصورها البعض، فهو لا يقتصر على مجرد النقاش والتحاور، بل هو علم قائم بذاته له أسسه وقواعده، والأساليب الخاصة به ويحتاج إلى أن يكون الشخص متهيئًا لأن يخوض غمار التفاوض ومتمتعًا بالصفات التي تؤهله لذلك حتى يستطيع الدخول إلى هذه المرحلة المهمة والخروج منها بأفضل النتائج[3].

كما أن التفاوض الإلكتروني يعد وسيلة كلفتها مقبولة لدرء النزاعات المستقبلية أو التقليل من أسباب حدوثها كونه يتمّ عن بعد من دون الحضور المادي لأطراف التنازع، بالإضافة إلى أنه

---

(1) د. أحمد السيد البهي الشوبري، التفاوض التعاقدي، إطاره القانوني وأثره في الالتزام، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، دمنهور، العدد الرابع، الجزء الأول، 2019م، هامش ص1181.

(2) Toute relation contractuelle requiert un équilibre entre les parties, Chacune doit exprimer librement et en connaissance de cause son consentement, En raison de leur fréquence, certains contrats sont davantage que d'autres sujets à des clauses standards imposées par une parie et que son cocontractant ne pourra pas négocier", Pour plus d'informations V: Ludovic Hamal, L'information précontractuelle dans le cadre d'un contrat de franchise: comment trouver un juste équilibre entre les parties? Master en droit, UCL Université catholique de Louvain Faculté de droit et de criminologie, Année académique 2012-2013, disponible sur: https://cutt.us/Ilai8, p. consultée: Octobre 2019.

(3) د. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص102، راجع كذلك: د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007م، ص29 وما بعدها.

يسمح لكل طرف من أطراف التعاقد معرفة ما عليه من التزامات وما له من حقوق قبل إبرام العقد مما يعطيه الفرصة لدراسة العقد بشكل متعمق قبل إبرامه[1].

وبدورها ترجّحُ الباحثةُ الاتجاهَ الثاني في حلّ إشكالية المصالح، لأن وصف مرحلة المفاوضات على أنها وعاء للصراع، يعني أن كلّ طرف له الحق في أن يستخدم كلّ الوسائل المتاحة في يده للمغالبة، بينما المبادئ تفرض أمرًا آخر، إذ إن المطلوب من كلّ شخص يدخل في المفاوضات أن يكون حسن النية، لا يلجأ إلى الغش أو التحايل وأن يفصح عن المعلومات المطلوبة لتنوير الطرف الآخر، مما يؤدي إلى القول أن التفاوض ليس صراع مصالح، وإنما هو سعي نحو توافق المصالح في إطار ما يمكن أن نطلق عليه (التعاون المشترك في مرحلة التفاوض) وأن أي خروج عن إطار هذا التعاون قد يؤدي إلى أن يكون العقد مشوبًا بعيب يؤدي إلى بطلانه.

الفرع الثالث: الإشكالية من خلال توصيف فكرة التفاوض

اتّضحَ أن أساس التفاوض هو الحوار وقوامه تبادل وجهات النظر بين طرفين أو أكثر بهدف التوصل إلى اتفاق يرضي جميع الأطراف والقضاء على أي تعارض أو اختلاف في وجهات النظر، وهذه الفترة قد تطول أو تقصر بحسب طبيعة العقد المراد إبرامه ودرجة تعقيده، ومن الطبيعي أن تتجه الإرادة نحو تحقيق هدف معيّن وهو أن تسود هذه المرحلة الرغبة في الوصول إلى مرحلة إبرام العقد، وإذا كان التفاوض في العقود التقليدية يتمّ عن طريق المواجهة الفعلية بين أطراف التعاقد في مجلس عقد واحد من حيث الزمان والمكان، كأن يتمّ عن طريق الاجتماع بين الأطراف على طاولة مفاوضات واحدة فالتواصل يكون بشكل حقيقي مباشر، فإن السؤال الذي يتبادر للأذهان عن إشكالية توصيف التفاوض عندما يتمّ عبر الوسيط الإلكتروني، وخاصة عبر شبكة الإنترنت[2].

إنّ عدم الحاجة إلى الوجود المادي بين المتعاقدين نتيجة التطور التكنلوجي، وخاصة في مجال الإنترنت أضفى على التعامل العديد من المميزات، يأتي في مقدمتها جذب أصحاب الأعمال والأفراد من مختلف الدول لإجراء معاملاتهم عبر شبكة الإنترنت، وظهر ما يمكن أن نطلق عليه بالمجلس الافتراضي، الذي يتعدى المعاصرة الزمنية في التواصل – مثال المعاصرة الزمنية تبادل

---

(1) علاء عبد الأمير موسى، المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السابعة، 2015م، ص2 وما بعدها.

(2) لم يحضَ موضوع المفاوضات سواء في التعاقد التقليدي أو الإلكتروني بأي اهتمام تشريعي، حيث لم يتمّ وضع هذه المرحلة المهمة في الإطار القانوني المناسب في التعاقد التقليدي، وانعكس ذلك على التفاوض الذي يتمّ عبر شبكة الإنترنت، إذ لم تتناول أي من التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية هذه المرحلة السابقة على إبرام العقد.

المحادثات عبر الموقع الإلكتروني من خلال الكتابة وهذه الميزة تتوافر في معظم المواقع الإلكترونية – إذ من مميزات هذه الشبكة إحاطة الطرف الآخر بوجوده المادي من خلال نقل صورته افتراضيًا وبذلك تؤدي هذه الخاصية ما يؤديه الوجود المادي افتراضًا وليس حقيقة، إذ يتمّ تبادل الآراء والأفكار والعروض بين أكثر من شخص ومن مختلف الجنسيات بالصوت والصورة مما يسمح بنقل مشاعر الأطراف خلال المفاوضات، وهذا تطوّر تجاوز حدود الوظيفة التي كانت تؤديها الرسائل الإلكترونية.[1]

لقد ابتدأ التطور في تبادل العروض بواسطة الرسائل الإلكترونية، وتتضمن هذه الرسائل شتى الجوانب التي يراد التفاوض بشأنها، وتبدأ سلسلة من تبادل الرسائل الإلكترونية حتى يتمّ الاتفاق النهائي على جميع تفاصيل العقد، وكانت هذه الرسائل تعد تطورًا في وقتها لافتًا إذ كانت تسمح بنقل العروض إلى أكثر من شخص في وقت واحد، فيشترك أشخاص عديدون في التفاوض مع تخطي فكرة الزمن، والرسائل التي تتم بهذه الصورة تعد من وثائق المفاوضات التي تسبق العقد، وبذلك أدت إلى بروز إشكالية تحديد قيمتها القانونية سواء من حيث المضمون أو الإثبات؛ لأن لهذه القيمة دورا في بيان النيات التي تتجه لإبرام العقد الأمر الذي يكون عاملا مساعدًا وفاعلًا في التفسير[2].

أدت هذه المرحلة من مراحل فكرة التفاوض إلى بلورة قيمة قانونية جديدة تعتمد على توثيق المراسلات بدلاً من المخاطبات في المجلس الواحد التي قد يفتقر إلى التوثيق مما يجعل التفسير يكاد ينحصر في ظلها في نطاق العقد من دون أن يكون فعالًا في المرحلة التي تسبقه بسبب الحاجة إلى الإثبات فضلًا عن الاختلاف في تفسير وجهات النظر مادامت لفظية وغير موثقة.

وبعد ظهور شبكة الإنترنت، وتوافر ميزة تبادل العروض بواسطة المخاطبة الإلكترونية، أصبحت الإشكالية أكثر تعقيدًا من قبل وذلك لسببين: الأول أن المخاطبات تتم بالقول مثلها مثل المخاطبات التي تتم في مجلس تعاقدي تقليدي قد يفتقر إلى عنصر التوثيق، والسبب الثاني أن هذه المخاطبات يمكن أن تكون مسجلة بفعل نظام الإنترنت نفسه، ومن ثم فإن غياب التنظيم القانوني في هذه الحالة يعد أمرًا بغاية الخطورة، إذًا لا بُدّ من تشريع قاعدة تبين قيمة التوثيق أو

---

(1) د. رانيا صبحي محمد عزب، العقود الرقمية في قانون الإنترنت: دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والتشريعات العربية والأمريكية والأوروبية، مرجع سابق، ص 63.

(2) د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص133 وما بعدها، راجع كذلك:

Le contrat électronique, Denis Mazeaud, Association Henri Capitant des amis de La culture juridique français, Panthéon- Assas Paris II, 2002, p. 19.

التسجيل وأهميته في مرحلة ما قبل التعاقد وأثره في تفسير الإرادة، ثم ربط هذا التفسير بالمذهب المعتمد بين حرية التعاقد وتنظيم هذه الحرية وفق أسس معينة.

إن أي قاعدة جديدة لا يمكن أن تلعب دورًا رياديًا في تنظيم التفاوض ما لم تأخذ بنظر الاعتبار فلسفة الإرادة – أن صح التعبير – من الناحية التقليدية، فقد كان المذهب الفردي الذي يقدس الحرية الفردية يذهب إلى أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد[1] فالإرادة الفردية الحرة هي التي تنشأ العقد وتحدد مضمونه وما يترتب عليه من آثار ويأتي دور القانون بعد ذلك مكملًا، فالعقد بالنسبة إلى المذهب الفردي قوامه الإرادة وليس القانون، وبناء عليه فالإرادة وحدها كافية لانعقاد العقد، فالمتعاقد يمتلك الحرية التامة في الإقدام على إبرام العقد مع غيره من عدمه[2] وهذا ما نصت عليه المادة (1102) من القانون المدني الفرنسي المعدل[3] الذي جاء فيها: (كل شخص يملك حرية التعاقد من عدمه واختيار المتعاقد معه وتحديد مضمون وشكل العقد شريطة إلا يتعدى حدود النظام العام)[4] وتنص المادة (128) من القانون المدني البحريني على أن: (العقد شريعة

---

(1) (Le terme individualisme sert à désigner toute théorie, doctrine ou attitude qui consiste à privilégier les intérêts, les droits et les valeurs de l'individu par rapport à tous les groupes sociaux, que ce soit la famille, le clan, la corporation, la communauté, la société, etc, L'intérêt individuel est considéré comme supérieur à l'intérêt général. L'individualisme repose sur deux principes:

- La liberté individuelle: la priorité est donnée à la condition des individus avant celle de la société elle-même,
- L'autonomie morale: les opinions de chacun doivent résulter d'une réflexion individuelle qui ne soit pas dictée par un quelconque groupe social, y compris par les religions) Disponible sur: http://www.toupie.org/, p. consultée: Novembre 2019.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مرجع سابق، ص153.

(3) تم ادخال تعديلات على القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر رقم (131/2016) المؤرخ في 10 فبراير 2016م، المتعلق بتعديل قانون العقود، الأحكام العامة، وإثبات الالتزامات الذي تم نشره بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 11 فبراير 2016م، وهذا التعديل يعتبر حدثا تاريخيا لمجال القانون الخاص، وخاصة أنه أعاد تنظيم حوالى (350) مادة من القانون المشار إليه، وستتطرق الباحثة إلى بعض هذه التعديلات بشكل مفصل في مواضع أخرى من البحث يمسها التعديل الجديد.

(4) **L'art1102 du code civil français** dispose que (Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déter - miner le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi, La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public).

المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون)[1].

ومبدأ سلطان الإرادة من الأسس الجوهرية التي تقوم عليها مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (**unidroit**)[2] حيث تنص المادة الأولى من مبادئ عقود التجارة الدولية لعام 2016م، على مبدأ سلطان الإرادة أو الحرية التعاقدية ويكتسب هذا المبدأ أهمية قصوى في مجال التجارة الدولية حيث يعطي هذا المبدأ الحرية للأطراف في إبرام العقد من حيث اختيار المتعاقد لمن يتعاقد معه وتحديد مضمون التعاقد بالإضافة إلى حرية الأطراف في التفاوض بهدف تحقيق مصالحهم المشتركة[3].

إن مرحلة التفاوض تستوجب أن تأخذ فكرة حرية الإرادة بنظر الاعتبار، ولكن في الوقت ذاته لا بُدّ من حماية الإرادة التي تتخذ من الوسيط الإلكتروني وسيلة للتعبير سواء ما قبل التعاقد أو بعده ضد فعل الغش أو التحايل أو استخدام وسائل غير معروفة سلفًا لتحقيق أغراض غير مشروعة، وبذلك نتعامل مع المفاوضات بوصفها مرحلة تأسيسية يقوم عليها العقد[4]، ولكن مع

---

(1) تقابل هذه المادة، المادة (147) من القانون المدني المصري والمادة (196) من القانون المدني الكويتي، والمادة (171) من القانون المدني القطري، والمرسوم رقم (10) لسنة 2016م، المعدل لقانون العقود والنظرية العامة الفرنسي جاء في المادة (1103) منه:

Art 1103 du code civil français précise que: (Les contrats légitimement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits).

(2) المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص تم إنشاؤه عام 1926م، في مدينة روما بمقتضى معاهدة جماعية عقدت تحت رعاية عصبة الأمم، وهو يهدف إلى الوصول إلى قانون خاص موّحد ومقبول من جميع أعضاء المجتمع الدولي وفي الوقت الحالي يتبع هذا المعهد لاتحاد دولي يطلق عليه الـ (UNIDROIT)، وتعتبر مبادئه الصادرة عام 1994م، من أهمّ المنجزات القانونية التي حققها هذا الجهاز، وقد عرفت مبادئ عقود التجارة الدولية منذ صدورها عام 1994م، أربع صيغ، الأولى عام 1994م، وكانت تضم سبعة فصول، والثانية عام 2004م، كانت تضم (10) فصول والثالثة عام 2010م، تضم (11) فصلًا، والرابعة عام 2016م، وتضم (11) فصلًا، ينظر: موقع المعهد الدولي لتوحيد القانون: https://www.unidroit.org.

(3) Art (1) of the unidroit principles of international commercial contracts 2016 provides" :1- Freedom of contract as a basic principle in the context of international trade The principle of freedom of contract is of paramount importance in the context of international trade, The right of business people to decide freely to whom they will offer their goods or services and by whom they wish to be supplied, as well as the possibility for them freely to agree on the terms of individual transactions, are the cornerstones of an open, market-oriented and competitive international economic order".

(4) تواتي أحمد نور الهدى، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2013م، ص2.

الأخذ بعين الاعتبار مواصفات العقود الحديثة التي جاءت كنتاج للتطور التكنولوجي الذي يشهده العالم وهي العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت، وعلى وجه الخصوص العقود التي تستغرق وقتًا طويلًا في إعدادها كونها ترد على مشاريع دولية كبيرة وذات تركيبة معقدة، أمّا بسبب موضوعها أو لِما تحتويه من تفاصيل لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي التعاقد، ولِما قد يترتب عليها من إشكاليات تتعلق بالإخلال بالالتزامات المتفق عليها قبل التعاقد أو نوع المسؤولية المدنية التي يتحملها الطرف المتسبب في عدم تحقيق الغاية من المفاوضات، أن الهدف الأساسي من المفاوضات هو تهيئة أرضية مناسبة للعقد المراد إبرامه عن طريق تمكين طرفي التعاقد من الاطلاع على جميع التفاصيل المتعلقة بالعقد والالتزامات المترتبة عليه، وذلك بغية الوصول إلى اتفاق يرضي الجميع قبل الدخول في مرحلة إبرام العقد ولضمان عدم مواجهة أية عراقيل في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه[1].

ويمكن تحديد الإشكاليات التي تعكسها فكرة التفاوض في أبرز صورها، وذلك على النحو الآتي:

أولًا: أن الطبيعة الخاصة للعقود التي تبرم بواسطة الوسيط الإلكتروني – كونها عقدا من عقود المسافة أو العقود التي يتمّ إبرامها عن بعد[2] – تضع إشكالية عدم الاكتفاء بالقواعد التقليدية وإنما لا بُدّ من وضع قواعد جديدة.

ثانيًا: أن محل التعاقد أو المنتج المعروض للبيع يصعب التحقق منه تحقيق نافي للجهالة في التعاقد عبر شبكة الإنترنت فهو إمّا أن يكون عن طريق الوصف أو بواسطة صورة ثلاثية الأبعاد للمنتج، وطبعًا مهما كانت دقة هذه الوسائل في نقل مواصفات محل التعاقد لا يمكن أن تصل إلى الدقة التي تحققها المعاينة الفعلية من كشف لجميع المميزات والعيوب وتقييم محل التعاقد أو المنتج على أساس صحيح.

ثالثًا: لأن المفاوضات بشأن العقد الإلكتروني تتم في عالم افتراضي في الغالب، لا يستطيع أطرافه التحقق من هوية بعضهم البعض، ولا من أهليتهم وسلامة إرادتهم من أي عيب قد

---

(1) نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد: دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد29، العدد الثاني، 2013م، ص316.

(2) المادة الثانية من التوجيه الأوروبي (7/97) الصادر في 20 مايو 1997م، والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، حيث عرفت المادة الثانية منه التعاقد عن بعد بأنه: "أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتمّ بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتمّ باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام التعاقد".

يشوبها، ويثور التساؤل حول ملكية الشخص لهذا المحل من عدمه، فمن المعروف أن بيئة الإنترنت[1] أو الفضاء الإلكتروني عالم يتميز بالغموض وعدم الوضوح وهذا ما ينعكس في النهاية على العقد ذاته بعد إبرامه.

رابعًا: أن بيئة التفاوض الإلكتروني هي بيئة خصبة لإجراء عمليات النصب والاحتيال وممارسة الطرق غير المشروعة والأنشطة الوهمية لكسب المال ناهيك عن أنها بيئة غير آمنة لإجراء المعاملات إذا بقيت دون تنظيم فعّال لعملية نقل المستندات والمعلومات والبيانات[2].

والمستفاد مما سبق أن التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني، وخاصة شبكة الإنترنت يمثل وسيلة من وسائل التعاقد التي تثير المخاطر، وتنظيم مرحلة المفاوضات قبل التعاقد من الممكن أن يقلل من نسبة هذه المخاطر ويقضي على التردد أو النكوص بالنسبة إلى طرفي التعاقد فيما يتعلق بالعقود ذات القيم الاقتصادية العالية أو العقود المركبة، حيث إن الطبيعة الاستكشافية التي تتميز بها هذه المرحلة وما تتضمنه من تبادل الدراسات والنقاشات التي تخص جميع عناصر العقد لها أهمية كبيرة في المحافظة على مصلحة الجميع وتحقيق التوازن في التعامل بين أطرافه، ولا تفوتنا الإشارة إلى أن مرحلة المفاوضات تتميز بوفرة المعلومات والدراسات الفنية والتجارية والاقتصادية والقانونية التي يتبادلها الطرفان أو الأطراف، وهذا ما تستلزمه عملية الوصول إلى اتفاق نهائي تتم صياغته بطريقة تكفل التحديد الدقيق لحقوق والتزامات كلّ طرف بشكل واضح وصريح[3].

إن الإشكاليات المترتبة على التفاوض في شبكة الإنترنت تزداد خطرًا في ظل القصور التشريعي سواء بالنسبة إلى القواعد العامة أو تلك التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية في دول مجلس التعاون، حيث لم يتمّ تنظيم هذه المرحلة على الرغم من أهميتها الكبيرة وكان التركيز

---

(1) هو ذلك المكان الذي أوجدته تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وفي مقدمتها الإنترنت ويرتبط الفضاء الإلكتروني ارتباطا وثيقا بالعالم المادي عبر البنى التحتية المختلفة للاتصالات والأنظمة المعلوماتية وعبر العديد من الخدمات التي لم يكن بالإمكان الحصول عليها من دونه، ينظر في ذلك: موقع الموسوعة الحرة ويكيبيديا: http://ar.wikipedia.org/wiki، تاريخ آخر زيارة 2017/12/17م.

(2) د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص206 وما بعدها، ينظر كذلك:
Patrick David, La négociation commerciale en pratique, Collection Livres outils - Commercial / Vente, Librairie Eyrolles - Paris 5e, p. 22.

(3) د. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية: دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007م، ص103 وما بعدها، ينظر كذلك:
Florian Maume, Essai Critique Sur La Protraction Du Consentement De La Partie Faible En Matière Contractuelle, THESE pour l'obtention du grade de Docteur en droit présentée et soutenue publiquement, Université d'Evry-Val-d‹ Essonne, le 1 er juillet 2015, p. 50.

الأكبر على المرحلة اللاحقة على التعاقد، وقد سبق أن بيّنا أن تشريعات دول مجلس التعاون لا تكاد – إذا ما استثنينا المُشرّع البحريني – أن تعنى بمرحلة التفاوض إلا بشكل عابر، من دون الخوض في تفاصيل هذه المرحلة والتعمق في سنّ القواعد لتحديد نوع المسؤولية المترتبة في هذه المرحلة وصولًا إلى تحقيق الأمن المعلوماتي.

المطلب الثاني

عناصر التفاوض الإلكتروني وخصائصه وتمييزه عن غيره من الأفكار القانونية

تَعرضُ الدراسةُ في هذا المطلب الإشكالية المترتبة على تحليل العناصر المكونة للتفاوض الإلكتروني، ثم ننتقل بعد ذلك إلى خصائصه ونتناول بعدها مسألة تمييزه عن غيره من الأوضاع القانونية في ظل هذه الإشكاليات أيضًا، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تحليل عناصر التفاوض الإلكتروني

لا تَقتصرُ أهمية التعاقد الإلكتروني على العقود البسيطة التي تتكرر يوميا في حياتنا بأنماط مختلفة وتبرم من دون مفاوضات عقدية[1] ولكن المفاوضات تصبح ضرورة جوهرية بالنسبة إلى العقود التي يكون لها محل ذا قيمة كبيرة أو تكون من العقود المركبة التي تبرم في ظلها عقود تتمثل في صفقات كبيرة، فإذا كانت المفاوضات تثير إشكاليات معينة فإن الأمر يقتضي حلّ هذه الإشكاليات بصورة قانونية دقيقة سواء من قبل المشرعين أو مساهمة الفقه في طرح الحلول التي يمكن أن تجد لها مجالًا في التطبيق، فالمفاوضات كما ذكرنا سابقًا تسبق العقود التجارية أو الصناعية التي يمتد تنفيذها لفترة زمنية طويلة، والعقود التي تتسم بالصعوبة في التنفيذ بسبب طبيعتها، فإذا كانت العقود البسيطة بين حاضرين تعقد في مجلس واحد باقتران الإيجاب بالقبول دون حاجة إلى مفاوضات عادة، فإن التفاوض في العقود الدولية الكبيرة أو المركبة تسود فيه عناصر تجعل له مواصفات خاصة، ويأتي ذلك نتيجة الآتي:

---

(1) فعلى سبيل المثال عمليات البيع التي تتم عبر المواقع الإلكترونية المتخصصة في بيع السلع أو الخدمات لا تحتاج إلى مرحلة مفاوضات، فالسلعة أو الخدمة معروضة مع بيان مواصفاتها وسعرها ويتم التعاقد بطريقة سهلة وسريعة عن طريق الضغط على الإيقونة المخصصة لإتمام عملية الشراء، وتأكيد ذلك بالضغط مرة أخرى ومن ثم يتمّ الدفع إلكترونيا عن طريق وسائل الدفع الإليكترونية مثل بطاقة الدفع المسبق، وبعد ذلك يقوم البائع بإرسال رسالة إلكترونية تتضمن تفاصيل عملية البيع وتأكيد عملية البيع، وهذ النوع من التعاقد هو الذي يتمّ من خلال نماذج تتضمن شروط عامة مطروحة للجميع ولا تقبل التناقش بها، ينظر في ذلك: د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص264، وينظر كذلك: د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص45.

أولًا: المفاوضات تعطي الفرصة لتبادل العروض من قبل الطرفين حيث إن مرحلة التفاوض تعتبر مرحلة تمهيدية يتمّ فيها وضع تصور مشترك للعقد وكيفية تنفيذه والغرض منه، عن طريق تبادل وجهات النظر والتناقش إلى أن يتمّ الوصول إلى تصور للعقد يرضي جميع الأطراف، وعليه يعتبر الجميع شركاء في وضع العقد فالإيجاب في هذه المرحلة يمكن أن يقابله إيجاب آخر أي الإيجاب حتى نصل لمرحلة قبول جميع الأطراف لأحكام العقد الذي يتم التفاوض من أجله[1].

إن نتاج التفاوض هو عقد يفرض التزامات تنشأ عنه على جميع الأطراف، ويفترض أن يكون هذا العقد قد مرَّ بسلسلة من الدراسات والبحث لجميع جوانبه وتم إضافة التعديلات المناسبة عليه من قبل جميع أطراف التعاقد، وبدورنا نلاحظ أن المفاوضات تعطي فرصة لأن يكون الإيجاب متغير بين الطرفين، بمعنى أن يسقط كإيجاب بالنسبة إلى طرف ليصبح إيجابًا يصدر عن الطرف الآخر، ويرجع ذلك إلى أن قيام أحد أطراف التفاوض بإدخال تعديلات جوهرية تغير من العقد كإضافة بنود أساسية لم تكن موجودة في العقد، أو شروط لم يتمّ مناقشتها سابقًا والاتفاق عليها نكون في هذه الحالة بصدد إيجاب جديد، وبذلك نكون أمام سلسلة من العروض المتتالية ليست باتة، حتى نصل إلى مرحلة الاتفاق على جميع المسائل المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، حينئذ نكون قد وصلنا حتى مرحلة قبول الإيجاب من دون أي تعديلات جوهرية وهذه اللحظة هي التي نخرج فيها من مرحلة التفاوض وندخل إلى مرحلة إبرام العقد بشكل نهائي[2].

ثانيًا: المفاوضات تمنع من ادعاء التعرض للإذعان، لأن الإذعان مثلما تناولناه سابقاً[3] هو قبول عقد تم إعداده من قبل أحد طرفي التعاقد بصورة منفردة، ويعرضه على الطرف الآخر الذي لا يملك سوى الموافقة عليه كما هو والإذعان له، من دون مناقشة العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها، ولا أن يدخل في مساومات على شروطه مع الطرف الآخر الذي أعد العقد

---

(1) م. حسان علي مسلم الطائي، دور الإرادة في مرحلة المفاوضات العقدية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد16، 2016م، ص596-529، ينظر كذلك: طارق الحموري، قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، 25-29 ديسمبر 2007م، ص5.

(2) تنص المادة (41) من القانون المدني البحريني على أن: (...ج- إذا جاء الرد على الإيجاب بما يزيد في الإيجاب أو ينقص منه أو يعدل فيه أعتبر رفضًا يتضمن إيجابًا جديدًا)، وتقابلها في ذلك المادة (43) من القانون المدني الكويتي، والمادة (72) من القانون المدني القطري، والمادة (78) من القانون المدني العماني، والمادة (140) من القانون المدني الإماراتي.

(3) ينظر: ص37 من هذه الرسالة.

والذي يتمتع بمركز اقتصادي أقوى، ومضمون هذه الطريقة هو (أقبله كما هو أو أتركه) (take it or leave it)[1].

لا جدال بأن أساس المفاوضات هو الحرية العقدية، فكل متعاقد يتصرف من منطلق هذا الأساس عند إعداد بنود العقد وتغيير ما يتضمنه العقد من أحكام وشروط وهو في سبيل ذلك يلجأ إلى التباحث والتشاور من دون فرض رأيه، حتى يحقق الرضا المطلوب ويبرم العقد بناء على رغبة مشتركة صادرة عن أطراف متساوين في المركز القانوني لا يفرض أي طرف أفكاره على الآخر.

ثالثًا: المفاوضات بما تتضمنه من مناقشات ودراسات ومستندات وبيانات متبادلة بين الطرفين تعد مرجعًا مهما لتفسير العقد من حيث الكشف عن النيّة المشتركة للطرفين، ومما لا شكّ فيه أن الرجوع إلى المفاوضات التي جرت بين المتعاقدين في مرحلة ما قبل التعاقد وإلى مستندات ووثائق التفاوض يوضح دلالة ما انصرفت إليه نية المتعاقدين عند غموض بعض بنوده ويساعد على إزالة أي لبس[2]، ويحدد الطرفان مصير مستندات ووثائق التفاوض عند إبرام العقد النهائي، وذلك إمّا بإعطائها قيمة قانونية عند تفسير العقد واعتبارها جزءًا مكملًا للعقد، والمرجع الأساسي للطرفين عند حدوث أي خلاف بين أطرافه في أي مسألة من مسائل العقد، أو بتجريدها من أي قيمة قانونية عند تفسير العقد واعتبارها كأن لم تكن، فلا يستطيع أي من الطرفين أن يستند إليها للتدليل على ما يدعيه خلاف ما هو ثابت بالعقد، ولا يستطيع القاضي أن يرجع إليها لتفسير ما هو غامض من نصوص العقد[3].

لا جدال بأن مرحلة المفاوضات غنية بما تتضمنه من دراسات وبحوث ومعلومات مهمة يتمّ تبادلها بين الطرفين على شكل وثائق ومستندات، والتساؤل الذي يتبادر إلى الأذهان هو ما هو مصير المستندات والوثائق في حال عدم الاتفاق على ذلك منذ بداية المفاوضات؟ لقد نظمت

---

(1) د. علاء الدين محمد ذيب عبابنة، دراسات في قانون التجارة الإلكترونية البحريني والمقارن، مرجع سابق، ص15.

(2) الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد29، العدد الثاني، 2013م، ص312، متاح على موقع جامعة دمشق: https://cutt.us/wyCj5، آخر زيارة يناير 2019م.

(3) د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص260، ينظر كذلك: أ. مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النيّة في مفاوضات عقود التجارة الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2016م، ص51.

اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا 1980م[1] عقود البيع الدولي بشكل عام والغرض من هذه الاتفاقية هو وضع نظام دولي موّحد بشأن عقود البيع الدولي للبضائع بغض النظر عن الوسيلة التي يتمّ بها التعاقد فهذه الاتفاقية تعد مرجعًا أساسيًا لتنظيم البيوع الدولية، وبالبحث عن مصير المستندات والمعلومات والوثائق في حالة عدم النص عليها بشكل واضح وصريح، وتنص الاتفاقية في المادة الثامنة على أنه (...1- في حكم هذه الاتفاقية تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقًا لما قصده هذا الطرف، متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد ولا يمكن أن يجهله[2]. 2- في حالة عدم سريان الفقرة السابقة، تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقًا لما يفهمه شخص سوي الإدراك ومن نفس صفة الطرف الآخر إذا وضع في نفس الظروف، 3- عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص سوي الإدراك يجب أن يؤخذ في الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة، لا سيّما المفاوضات التي تكون قد تمت بين الطرفين والعادات التي استقر عليها التعامل بينهما والأعراف وأي تصرف لاحق صادر عنهما...).

من خلال المادة السابق ذكرها ترى الباحثة حرص الاتفاقية على تأكيد ضرورة الاعتداد بالبيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين عند تفسير نصوص العقد، وفقًا لما قصده هذا الطرف متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد أو لا يمكن أن يجهله، وفي حال غموض تصرفاته

---

(1) قانون رقم (9) لسنة 2013م بالموافقة على انضمام مملكة البحرين إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا 1980م)، متاح على موقع التشريع والرأي القانوني: https://2u.pw/9mLtI، آخر زيارة: إبريل 2020م.

(2) "...من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن على المحكمة أن تتقصى من تلقاء ذاتها الحكم القانوني المنطبق على العلاقة بين الطرفين، وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها، وأن تكيفها بتكيفها الصحيح أمر يتعين على القاضي أن يقوم به من تلقاء نفسه، ولو لم يطلب إليه أي من الخصوم ذلك...وفي المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع والموقعة في فيينا، والصادر بشأنها قرار رئيس الجمهورية رقم (471) لسنة 1982م، والمنشور بالجريدة الرسمية في 30 يناير 1997م، على أن...وفي المادة الثامنة منها على أنه: "1- في حكم هذه الاتفاقية تفسر البيانات، والتصرفات الصادرة من أحد الطرفين وفقًا لما قصده هذا الطرف متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد أو لا يمكن أن يجهله...مفاده أنه متى وقع بيع للبضائع بين مشترٍ في إحدى الدول المصدقة على الاتفاقية وبائع في دولة أخرى مصدقة عليها تعين تطبيق أحكامها على تكوين عقد البيع والحقوق والالتزامات التي تنشأ عنه – دون الاعتداد بما تقضي به قاعدة تنازع الاختصاص في قانون دولة القاضي – وذلك وفقًا لقواعد حسن النيّة وما قصده أحد طرفي هذا العقد متى كان يعلمه الطرف الآخر أو لا يمكن أن يجهله والتي يجوز إثبات ذلك كله بأية وسيلة من وسائل الإثبات"، محكمة النقض المصرية – مدني – الطعن رقم (979) لسنة 73 قضائية، بتاريخ 2006/04/11م، مكتب فني 57، ص349، الحكم متاح على موقع قوانين الشرق: https://cutt.us/7OPkw، آخر زيارة: يناير 2019م.

وعدم وضوح قصده تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عنه وفقًا لما يفهمه شخص سوي الإدراك ويجب أن يؤخذ في عين الاعتبار جميع الظروف المحيطة بالحالة، وعلى وجه الخصوص المفاوضات التي قد تمت بين الطرفين والعادات التي استقر عليها التعامل فيما بينهم والأعراف وأي تصرف لاحق صادر عنهما.

تعد المفاوضات وسيلة للوقاية من النزاعات المستقبلية، فهي بمثابة صمام الأمان الذي يقي من حدوث أي خلاف بشأن العقد مستقبلًا، ويرجع ذلك إلى أن الأطراف يقومون خلال فترة المفاوضات بمناقشة كافة المسائل التي يمكن أن تكون موضع خلاف مستقبلي بينهم ومن ثم وضع الحلول لها، واتخاذ كافة الاحتياطات التي تحول دون قيام أي نزاع مستقبلاً[1].

المفاوضات تحدد مضمون الالتزام العقدي، حيث يتمّ في هذه المرحلة تحديد الالتزامات العقدية ويكون ذلك من خلال ما تشير إليه المناقشات والمراسلات التي تمت في مرحلة التفاوض[2].

مما سبق تخلُصُ الدراسةُ إلى أن التفاوض سواء في العقود التقليدية أم تلك التي تعتمد على تكنولوجيا المعلومات في التعاقد عبر طرق التعاقد الحديثة وعلى وجه الخصوص تلك التي تتم عبر شبكة الإنترنت، تعد وسيلة للتفاهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتعاقدة، بالإضافة إلى أن التفاوض يلعب دورًا وقائيًا وحيويًا وفعالًا في التحضير لمرحلة إبرام العقد، ويسهم في التقليل من نسبة حدوث النزاعات مستقبلًا كونه يتيح الفرصة لدراسة أدق التفاصيل وطلب المعلومات بشأن العقد وأي شروط أو معلومات تتعلق به، بالإضافة إلى أنه بفضل تكنولوجيا المعلومات وتطور أساليب ممارسة التجارة الدولية ظهرت المفاوضات الإلكترونية التي أسهمت في التخفيف من الأعباء المادية التي يتكبدها المتعاقد في المفاوضات التقليدية كون المفاوضات الإلكترونية تتسم بالسرعة وتوفير نفقات الانتقال والسفر، فالتفاوض عبر شبكة الإنترنت يجعل الشخص موجودًا افتراضيًا في أي بلد يريد أن يكون به فقط عن طريق الدخول (أونلاين)[3]، عندها يصبح موجودًا

---

(1) نبيل إسماعيل الشبلاق، مرجع سابق، ص311، ينظر كذلك: أ. مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النيّة في مفاوضات عقود التجارة الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2016م، ص50، وينظر كذلك: عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري: دراسة مقارنة، جامعة مولود معمري – كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014م، ص151، منشور على الموقع الإلكتروني:
https://cutt.us/jb18q، آخر زيارة 1 يناير 2019م.

(2) د. مها نصيف جاسم و د. رشا عامر صادق، التفاوض الإلكتروني، بحث منشور في مجلة مداد الآداب، كلية القانون والعلوم السياسية – الجامعة العراقية، العدد15، 2018م، ص570.

(3) (**Online**) Is the condition of being connected to a network of computers or other devices, The term is frequently used to describe someone who is currently connected to the Internet, & (**offline**): Is the condition of being capable of but currently not connected to a network of computers or other devices, The term is frequently used to describe=

ويستطيع التواصل مع أي مستخدم آخر للشبكة أيا كانت دولته، وعليه يكون للتفاوض دورًا فعالًا ووقائيًا ويعتبر الطريقة المثلى أو جسر العبور للوصول إلى عقد مدروس دراسة متأنية وإمكانية تحقيق الغرض من التعاقد تكون عالية جدًا، فمن المعلوم أنه متى ما أعطي أي موضوع الأهمية والدراسة الجادة المتأنية تصبح إمكانية نجاحه أكيدة[1].

الفرع الثاني: خصائص التفاوض الإلكتروني

يَتميزُ التَفاوضُ الإلكتروني بخصائص عديدة في بيانها تتجلى الإشكاليات التي يمكن أن يثيرها التفاوض الذي يتمّ عبر شبكة الإنترنت، لأن هذه الخصائص تجعلها ذات منحى تختلف به عن القواعد التقليدية، وهو ما يجب أن يأخذ في نظر الاعتبار عند وضع أي قاعدة قانونية يمكن أن تعالج بها هذه الإشكاليات، وبذلك نبين الخصائص التي تميزه في النقاط الآتية:

أولًا: التفاوض مرحلة تمهيدية سابقة على التعاقد

التَفاوضُ مرحلة يتمّ فيها الإعداد والتحضير للعقد، فهو ليس عقدا مقصودا بذاته إنما يهدف إلى التمهيد والتحضير لإبرام العقد النهائي، وذلك في سبيل إبرامه على أساس صحيح وسليم وبشكل لا يسمح لحصول أي سوء للتفاهم ويمنع حدوث أي خلافات مستقبلية في مرحلة إبرام العقد بشكل نهائي ومن الوارد ان يتم افراغ التفاوض في اتفاق بين أطرافه لتنظيم هذه العملية[2].

ثانيًا: التفاوض الإلكتروني يؤدي إلى نتيجة احتمالية

لا يعني الخوض في مرحلة التفاوض وإن طالت مدته، بأنه سيفضي إلى إبرام العقد بشكل نهائي، إذ ليس كلّ تفاوض على العقد يؤدي بالضرورة إلى إبرامه وإنما قد ينتهي التفاوض إلى عدم الاتفاق وعدم الوصول إلى نتيجة ترضي جميع الأطراف فتنتهي المرحلة من دون التزامات بالنسبة إلى الجميع، فإمكانية الاتفاق أو عدم الاتفاق متساويتان بالدرجة في هذه المرحلة، حيث

=someone who has the ability to be connected to the Internet but who is not currently connected to it, https://2u.pw/Z6imO, last visited November 2018.

(1) د. أيمن أحمد الدلوع، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016م، ص8، وراجع كذلك: أ. مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النيّة في مفاوضات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص50.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص98.

يمتلك جميع الأطراف حرية التعاقد من عدمه مهما طالت مدة التفاوض ومهما كانت الجهود المبذولة في سبيل الوصول إلى اتفاق يرضي الجميع[1].

ثالثًا: التفاوض يقوم على آلية الأخذ والعطاء

التفاعل بين طرفي التعاقد يقوم على آلية الأخذ والعطاء المتبادلين، والنقاش المستمر وعن طريق تقديم الاقتراحات وتبادل الدراسات والمعلومات والبيانات، وقد يتطلب الوصول إلى اتفاق نهائي تقديم بعض التنازلات كالتخلي عن بعض الشروط أو تعديلها، فهذه المرحلة تتميز بكونها مرحلة مليئة بالتفاعل ولا مجال للمواقف السلبية، فإن لم يوجد التفاعل المطلوب ولم يكن هناك قابلية للنقاش والتنازل لا تتحقق عملية التفاوض[2].

رابعًا: التفاوض يرتبط بحرية التعاقد

التفاوض على العقد تعبير عن حرية التعاقد[3]، ويمكن أن يوصف التفاوض بأنه دخول إرادي إلى مرحلة تسبق العقد، من دون أن تفرض هذه المرحلة التزامات عقدية ما لم يوجد اتفاق خاص بالتفاوض بين أطرافه، إن إرادة التفاوض ليست مصدرا للالتزام مادامت تتجه إلى التفاوض فقط، كما أن الإرادة لوحدها لا تنشئ الالتزام ما لم ينص القانون على ذلك.

إذ إن كلّ طرف من أطراف العقد له الحرية في التعاقد من عدمه، ولا يتمّ التعاقد إلا بتوافق بين إرادتين حرتين، فالتفاوض علاقة اختيارية لا تفرض على الأطراف، فكلّ طرف له الحرية الكاملة في إجراء المفاوضات ومباشرتها والاستمرار فيها أو الانسحاب منها، ولو كان في اللحظة الأخيرة وكلّ ذلك يرجع إلى مبدأ الحرية التعاقدية، شريطة عدم الإضرار بالطرف الآخر[4].

خامسًا: يتمّ التفاوض الإلكتروني باستخدام وسيلة إلكترونية من وسائل الاتصال الحديثة

لا يختلف التفاوض التقليدي عن التفاوض الإلكتروني إلا بالوسيلة التي يتمّ من خلالها التعبير عن الإرادة، حيث يتمّ بواسطة استخدام شبكة الإنترنت عن طريق رسائل البيانات، وتتنوع

---

(1) م، حسان علي مسلم الطائي، مرجع سابق، ص604، ينظر كذلك: رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، القاهرة، 2000م، ص54.

(2) أ. مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النيّة في مفاوضات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص55.

(3) إيناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني: دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد21، العدد الثالث، 2013م، ص950، منشور على الموقع الإلكتروني لجامعة بابل: http://www.uobabylon.edu.iq/، آخر زيارة 14 يناير 2019م.

(4) وعود كاتب الأنباري، المفاوضات العقدية عبر الإنترنت، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، كلية القانون - جامعة كربلاء، 2009م، ص201.

وسائل التعبير عن الإرادة التي تتم بوسائل إلكرتونية وخاصة شبكة الإنترنت، فالتفاوض الإلكتروني يمكن أن يتمّ بواسطة شبكة الإنترنت بصور عديدة، وهذه الصور تعتمد على المزايا التي توفرها شبكة الإنترنت التي تظهر لنا بالجديد يوميًا، فقد يتمّ عبر البريد الإلكتروني عن طريق تبادل الرسائل، أو عن طريق الدخول إلى الموقع الإلكتروني الخاص بالشركة التجارية أو عن طريق المحادثات المتبادلة عندما يكون الطرفان متصلان بالشبكة، بالإضافة إلى أن شبكة الإنترنت توفر خاصية عقد اجتماعات افتراضية من خلال كاميرات الفيديو المتصلة بالشبكة ومجال التفاوض الإلكتروني يتسع ليشمل أي آلية جديدة ممكن أن تظهر وتخدم الاتفاق بشكل أفضل[1].

الفرع الثالث: تمييز فكرة التفاوض عن غيرها من الأفكار القانونية

قد تثور إشكالية التفاوض نتيجة اختلاط فكرته ببعض الأوضاع القانونية، ولتحديد فكرة التفاوض على وجه الدقة نميزها عن غيرها على النحو الآتي:

أولاً: تمييز التفاوض عن الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد[2] هو عقد يلتزم بموجبه أحد طرفي التعاقد أو كلاهما، بإبرام عقد معيّن في المستقبل خلال فترة معينة ويتم الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد فلا تبقى

---

(1) معظم التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية خصصت نصوص لبيان مفهوم رسالة البيانات وصلاحيتها للتعبير عن الإرادة، عرفت الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية رسالة البيانات بأنها: "المعلومات التي يتمّ إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي".

(2) تنص المادة (50) من القانون المدني البحريني بشأن الوعد بالعقد على أنه: (الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معيّن في المستقبل، لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها)، وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معيّن، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد، وتنص المادة (51) منه على أنه: (أ- يترتب على الوعد بالعقد، قيام هذا العقد، متى ارتضاه من صدر لصالحه الوعد، وعلم الواعد بهذا الرضاء خلال المدة المحددة لبقاء الوعد ب- وإذا مات الواعد أو فقد أهليته، لم يؤثر ذلك على قيام الوعد الموعود به، متى كان الرضاء به قد تم على النحو المبين بالفقرة السابقة، ج- أمّا إذا مات الموعود له، انتقل خيار قبول العقد الموعود بإبرامه إلى خلفائه، ما لم تكن شخصية الموعود له محل اعتبار في الوعد).

إلا مسألة قبول العقد[1]، أمّا في حالة كون العقد ملزما لجانب واحد يلتزم الواعد بقبول العقد متى ما أبدى الموعود له رغبته في التعاقد خلال الفترة الزمنية التي تم الاتفاق عليها.

وفي حال كون الوعد ملزما للجانبين، فإن كلّ طرف يلتزم بمواجهة الطرف الآخر بإبرام العقد عند حلول الموعد الذي تم الاتفاق عليه، أو عند إبداء أحدهما الرغبة في التعاقد، بخلاف التفاوض الذي لا يعلم بشكل قاطع ونهائي الالتزامات الواجبة عليه كونها التزامات أخلاقية متفرعة من مبدأ حسن النيّة وهي تختلف باختلاف طبيعة العقد المتفاوض عليه، كما أن التفاوض لا يحدد بمدة زمنية ملزمة لكلا الطرفين ولكن يسعى الطرفان للوصول إلى اتفاق يمهد لانعقاد العقد، بخلاف الوعد بالتعاقد الذي لا ينعقد صحيحًا إلا إذا تم الاتفاق على الأمور الجوهرية مبدئيًا، لحين ظهور رغبة الموعود له بالتعاقد، أو الوقت الذي حدده الطرفان في الوعد الملزم لجانبين من دون الحاجة إلى إجراء آخر[2].

وبذلك يختلف الوعد عن التفاوض، لأن التفاوض عملية لا تلزم المشترك فيها بإبرام عقد نهائي، بينما الوعد بالتعاقد يلزم الواعد بإبرام عقد، ومن الوارد أن يعطى وعدًا بالتعاقد أثناء التفاوض وحينئذ تثور إشكالية هل أن هذا الوعد يعد جزءًا من عملية التفاوض أم أنه عقد مستقل بذاته لا علاقة له بالتفاوض؟

وللإجابة عن هذا السؤال ترى الباحثةُ أن الأصل هو أن المفاوضات لا تلزم أطرافها بإبرام العقد وإنما تخضع لمبدأ حرية التعاقد، ولكن حين يُعطى وعدٌ لإبرام العقد النهائي ترى الباحثة حينئذ

---

(1) قضت محكمة النقض المصرية بأنه: (يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقًا للمادة (101) من القانون المدني أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه فضلًا عن المدة التي يجب إبرامه فيها وذلك حتى يكون السبيلُ مهيئا لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له من دون حاجة إلى اتفاق على شيء آخر، والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التي يرى العاقدان الاتفاقي عليها، والتي ما كان يتمّ العقد من دونها، وإذ كان يبين من مطالعة الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه لم يفصح أصلًا عن ماهية العقد المراد إبرامه، ولم يكشف عن حقيقة العلاقة القانونية بين الطرفين أو الأركان المميزة لها، ولم يعين صراحة أو دلالة المدة التي يجب فيها إبرام العقد لنهائي، وكان لا وجه لما تدعيه الطاعنة من أن الإتفاق ينطوي على عقد عمل غير محدد المدة مع ما ينص عليه الإتفاق صراحة من أن العلاقة بينها وبين المطعون ضده ينظمها في المستقبل عقد جديد، فضلاً عن أنه لم يتضمن باقي العناصر التي تتحقق بها علاقة العمل وهي توافر التبعية، وكون الأعمال محل هذه العلاقة أعمالاً مادية، مما مؤداه تخلف الشرطين الواجب توافرهما لإنعقاد الوعد بالتعاقد، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه يكون على غير أساس)، طعن نقض مدني، جلسة 1973/4/21م، منشور على موقع قوانين الشرق الأوسط: www.eastlaws.com، آخر زيارة: يناير 2019.

(2) د. سعيد السيد قنديل، الوعد بالعقد بين اجتهاد الفقه وتطويع القضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2014، ص 36 وما بعدها.

أن الاتفاق أصبح مصدرا من المصادر التي تنشأ عنها القواعد المنظمة للمفاوضات إلى جانب القانون، فبموجب العقد تتجه الإرادة في التفاوض إلى إبرام العقد، فهو تصرّف تنشأ عنه قواعد لتنظيم المفاوضات، بحيث يأخذ بنظر الاعتبار إرادة إبرام عقد نهائي، لكنه لذاته ليس جزءا من التفاوض وإنما يعد حينئذ عقدا تمهيديًا نشأ في مرحلة التفاوض، وذلك لأن التفاوض في ذاته يقوم على عنصر الاحتمال ولا يلزم أطرافه بإبرام العقد[1].

ثانيًا: تمييز التفاوض عن الوعد بالتفضيل

الوعد بالتفضيل هو صورة من صور العقود الملزمة لجانب واحد ويكون معلقًا على شرط واقف وهو إبداء الواعد برغبته في البيع[2]، ومضمونه التزام الواعد في حالة عزمه على التصرف في شيء مملوك له، بأن يفضل الموعود له على غيره في التعاقد، أي إعطاء الأولوية له، وتأسيسًا على ذلك لا يستطيع الواعد أن يتصرف بالشيء إلا بعد إخطار الموعود له برغبته في التصرف وأن يقوم بعرض الشيء المراد التصرف فيه على الموعود له أولًا، والفرق بينه وبين الوعد بالتعاقد أن الواعد لا يلتزم بشيء إذا أظهر الموعود له رغبته في أن يكون طرفا في هذا التصرف، مثلا في البيع لا يتلزم الواعد بشيء إلا إذا قرر البيع، فالقرار بيد الواعد نفسه وإذا لم يرغب بالتصرف فيما هو مملوك له لا يكون عليه أي التزام قبل الموعود له، فإذا قرر البيع كان للموعود له أن يكون مشتريا بناء على التفضيل[3].

تنص المادة (1123) من القانون الفرنسي بشأن الوعد بالتفضيل على أنه: (هو الاتفاق الذي يتعهد فيه الواعد بتقديم الموعود على الآخرين عند إعلان الواعد رغبته في البيع...)[4].

ويختلف الوعد بالتفضيل عن التفاوض، بأنه اتفاق غير تبادلي، حيث لا تترتب أية التزامات على الموعود له، ولكن الواعد حين يتصرف يقيد بهذا الوعد، وبذلك يعتبر – مثلما رأينا بالنسبة إلى الوعد – أنه مصدر لقاعدة خاصة لا تنشأ عادة في المفوضات، فإذا نشأت فهي تنشأ بموجب

---

(1) (...la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des parties sur la chose et sur le prix...) Cass.com, 6 nov, 2012, 11-26.582, Inédit, disponible sur: https://cutt.us/0Pw16, p. consultée: Décembre 2019.

(2) Article (1589) - code civil français: (La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix…), disponible sur: https://cutt.us/GjCzo, p. consultée: Janvier 2020

(3) د. سعيد جبير، الوعد بالتفضيل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م، ص6 وما بعدها.

(4) Article (1123) - code civil français:(Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter).

اتفاق فتكون مصدرا لقاعدة من القواعد التي تنظم المفاوضات، ويبقى التفاوض عملية تفاعلية بين طرفين أو أكثر من دون التزامات من حيث الأصل.

المبحث الثاني

إشكالية مفهوم الأمن المعلوماتي ما قبل التعاقد

يثير التعاقد من خلال الوسيط الإلكتروني فكرة الأمن المعلوماتي على نحو كبير من حيث الالتزام والخطورة التي تترتب على الإخلال به، ومن هنا فإن البدء بعملية التعاقد بالمفاوضات تجعل من بحث إشكالية الأمن المعلوماتي أمرًا من صميم بحث التعاقد الإلكتروني، وبذلك تتناول الدراسة هذه الإشكالية من خلال عرض فكرة الأمن المعلوماتي، ثم بيان ما الالتزامات التي تفرضها هذه الفكرة حلًا لهذه الإشكاليات.

المطلب الأول

عرض فكرة الأمن المعلوماتي وإشكالياتها

يوصف هذا العصر بأنه عصر (المعلوماتية)[1]، فالمعلومات في وقتنا الراهن تعد مصدرًا مهمًا للقوة والثروة وعلامة من علامات تقدم الأمم وتحضرها، فالمعلومات مورد يتزايد مع مرور الزمن، فمنذُ قديم الزمان حتى عصرنا الحاضر، وعلى مر العصور حرص الإنسان على حفظ المعلومات القيمة، حيث كانت كلّ حضارة تسعى إلى حفظ معتقداتها وأفكارها مستخدمة في ذلك

---

(1) علم المعلوماتية: عرف معهد جورجيا للتكنولوجيا في الولايات المتحدة علم المعلومات على هامش مؤتمرين له عقدا في شهري أكتوبر عام 1961م، وإبريل من عام 1962م، هو: (علم مختص بدراسة المعلومات عن كثب، سواء بخواصها أو سلوكها، مع الحرص على تسليط الضوء على العوامل التي لها دور في تدفقها والوسائل ذات العلاقة بتجهيز المعلومات لتسييرها إلى الجهات التي تطالب بها إلى أقصى ما يمكن، وتضم كلّ ما يرتبط بالمعلومات من أنشطة تسهم في تجهيزها، ليتم بثها وتنظيمها واسترجاعها واستخدامها"، مشار إليه في: د. محمد فتحي عبد الهادي، مقدمة في علم المعلومات، مكتبة غريب، القاهرة، ط1، 1984م، ص63، وفي تعريف آخر لعلم المعلوماتية: "هو ذلك العلم الذي يهتم بالموضوعات والمعارف المتصلة بأصل المعلومات وتجميعها وتنظيمها وتخزينها واسترجاعها وتغييرها، وكذلك تحويلها واستخدامها"، ينظر: د. أحمد خليفة الملط، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005م، ص87، وعرفت المعلوماتية بأنها: "علم التعامل المنطقي مع المعلومات باعتبارها ناقلة للمعارف الإنسانية، سواء كانت تقنية أو اقتصادية أو اجتماعية، وذلك من خلال أجهزة أوتوماتيكية وفورية"، ينظر: د. نبيلة إسماعيل رسلان التأمين، في مجال المعلوماتية والشبكات، بحث منشور في مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، ط3، 2004م، ص838.

أدوات بدائية مما تجود به البيئة آنذاك، فاستخدموا النقش والرسم على الحجارة وجدران المعابد والأخشاب والمعادن، ومثال ذلك الحضارة الفرعونية التي مازالت آثارها موجودة إلى اليوم[1].

ومع مرور السنوات تطورت وسائل التوثيق وتحولت من الرسومات والصور إلى حروف وكلمات بعد اكتشاف علم الصوتيات وبدأ الإنسان بالكتابة وحاول أن يبحث على دعامات أخرى ملاءمة للتدوين والتوثيق عليها فاستخدم جلود الحيوانات وأوراق الشجر، ومع تطور الزمن توصلوا إلى اختراع الورق كدعامة للتدوين عليها وحفظ المعلومات واستمر الحال لعقود من الزمن، والإنسان بطبعه يتطلع إلى إيجاد الأفضل دائمًا فاستمر بالبحث عن وسائل أكثر فاعلية وتطور لحفظ وتوثيق المعلومات حتى يمكن الاستفادة منها متى ما دعت الحاجة إلى ذلك، وذلك عبر استخدام تقنيات مستحدثة للسيطرة على المعلومات والتحكم فيها لتحقيق أقصى استفادة منها وتطور من اختراع الآلة الحاسبة إلى الآلة الكاتبة وتدرج بالاختراعات إلى أن وصلنا إلى عصر المعلومات أو ما يعرف بمجتمع المعلومات[2].

وفي عصر تكنولوجيا الاتصال والمعلومات ومع التطور في مجال نظم المعلومات وظهور شبكة الإنترنت[3] ظهرت وسائل جديدة لحفظ المعلومات يطلق عليها وسائط تخزين المعلومات وتتميز بسعة التخزين الكبيرة والسرعة العالية[4].

---

(1) رشاد خالد عمر، المشاكل القانونية والفنية للتحقيق في الجرائم المعلوماتية: دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط1، 2017م، ص22.

(2) د. أيمن عبد الله فكري، الجرائم المعلوماتية: دراسة مقارنة في التشريعات العربية والأجنبية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط1، 2015م، ص19 وما بعدها، راجع كذلك: د. مرتضى البشير أمين، التوثيق الإعلامي وتكنولوجيا المعلومات، أمواج للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2016م، ص25 وما بعدها، راجع كذلك: د. محمد عطية علي محمد الرزازي، الحماية القانونية لقواعد البيانات في القانون المصري والتشريعات المقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2013م، ص9، راجع كذلك:

André Vitalis, Informatique, Pouvoir et Libertés, Paris, Collection Politique Comparée, Economica, 2me Éd, 1981, p. 22.

(3) عرفت منظمة الـ (OECD) نظم المعلومات، بأنها: "تشمل الحاسبات الآلية ووسائل الاتصالات وشبكات المعلومات والبيانات التي يمكن تخزينها واسترجاعها ونقلها بواسطة هذه الحاسبات ووسائل الاتصالات أو شبكات المعلومات، وبما في ذلك برامج الحاسبات الآلية وجميع القواعد اللازمة لتشغيل هذه الأنظمة والمحافظة عليها"، متاح على: https://cutt.us/kdqCL، آخر زيارة: نوفمبر 2019م.

(4) هي تلك الوحدات التي تستخدم لحفظ المعلومات وتخزينها، ويتم استرجاعها بواسطة أجهزة خاصة تعرض تلك المعلومات التي تم حفظها، ومن أنواعها: القرص الرقمي، أجهزة الذاكرة المتنقلة، القرص المدمج، لمعلومات أكثر ينظر: د. عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية الناشئة عن إساءة استخدام الحاسوب والإنترنت: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2009م، ص38.

وشبكة الإنترنت عبارة عن شبكة معلومات دولية[1] يتمّ من خلالها وعبر تقنيات متطورة نقل المعلومات ونشرها بين الأجهزة المختلفة شريطة أن تكون متصلة بالشبكة بالوقت نفسه، مما جعل مسألة نقل المعلومات لأي جهاز في العالم مهما كان حجمها أمرًا يسيرًا لا يتطلب إلا وجود جهاز متطور، سواء كان حاسبًا آليًا أو هاتفًا ذكيًا أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة، ويكون متصلًا بشبكة الإنترنت، وبما أننا نعيش في عصر التكنولوجيا الحديثة فإن من الممكن أن تظهر لنا تقنيات جديد، فعالم التكنولوجيا عالم متطور يظهر لنا بالجديد يوميًا[2].

وبطبيعة الحال أثّر هذا التقدم الكبير في مجال الاتصالات على ما نقوم به من معاملات يومية، وخاصة تلك المتعلقة بالأنشطة التجارية، وترتب على ذلك ظهور نوع جديد من المعاملات الإلكترونية التي يتمّ الاتفاق عليها وإعدادها والتوقيع عليها عبر شبكة الإنترنت، وهذا التقدم كانت له إيجابياته وسلبياته مثله مثل أي اختراع جديد يحمل بين طياته ما هو سلبي وما هو إيجابي[3].

فما هو إيجابي يتمثل في وفرة المعلومات وسرعة الحصول عليها وسلاسة انتقالها من شخص إلى آخر بالإضافة إلى سهولة تخزينها والرجوع إليها عند الحاجة بواسطة الأجهزة الذكية وشبكة الإنترنت حتى أصبحت المعلومات التي كانت لا تصلنا لأسباب جغرافية أو سياسية أو اجتماعية في متناول الجميع[4].

والجانب السلبي هو الذي يثير إشكاليات معيّنة، يمكن بيانها فيما يأتي:

1- إن بيئة الإنترنت بيئة محفوفة بالمخاطر، كونها نظاما مفتوحا للجميع يستطيع من خلاله أي شخص التواصل مع الآخر من دون حواجز زمنية أو مكانية.
2- يستطيع المحترفون في أنظمة الحاسب الآلي اختراق أنظمة الشركات والبنوك والاستيلاء على المعلومات السرية الموجودة بها حتى إن كانت مخزنة في نظام محمي.

---

(1) المقصود بشبكة الإنترنت هي: "مجموعة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة معًا بموجب بروتوكول موضوع يتمّ التبادل من خلاله للمعلومات والبيانات التي تتواصل في هذه الأجهزة من دون اعتبار للحدود الدولية"، ينظر في ذلك: د. محمد عطية علي محمد الرزازي، الحماية القانونية لقواعد البيانات في القانون المصري والتشريعات المقارنة، مرجع سابق، ص48 وما بعدها.

(2) إسماعيل عبد النبي شاهين، أمن المعلومات في الإنترنت بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، ط3، 2004م، ص971 وما بعدها.

(3) د. خالد حسن أحمد لطفي، نطاق المسؤولية المدنية في الاعتداءات على بيانات ومعلومات الكمبيوتر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط3، 2019م، ص129 وما بعدها.

(4) أ. د. نبيلة إسماعيل رسلان التأمين، في مجال المعلوماتية والشبكات، مرجع سابق، ص835 وما بعدها.

3- إمكانية إصابة الأنظمة المعلوماتية بالضرر عن طريق إرسال برامج خبيثة أو فيروسات تدمر نظام الشبكة وهو ما يطلق عليه القرصنة الإلكترونية.

فأمن المعلومات يمثل اليوم تحديًا كبيرًا، فعلى قدر الاستفادة التي يحققها الشخص من غزارة وتنوع المعلومات الموجودة على شبكة الإنترنت على قدر ما يمكن أن تكون هذه المعلومات عرضة للسرقة والعبث بها وإساءة استخدامها[1].

إنّ مرحلة ما قبل التعاقد التي يتمّ خلالها التفاوض تتميز بوفرة المعلومات والمستندات المتبادلة بين الطرفين، حيث يقوم المتفاوض بالإفصاح عن كثير من المعلومات والبيانات الشخصية بالإضافة إلى تلك المتعلقة بالعمل، وفي حالات خاصة يضطر المتفاوض إلى الكشف عن أسرار بالغة الأهمية للطرف الآخر لإقناعه بإبرام العقد، ومن هنا ظهرت إشكالية على قدر كبير من الأهمية وهي كيفية الحفاظ على سرية هذه المعلومات التي يتمّ تبادلها بين طرفي التعاقد بالإضافة إلى حمايتها من الاختراق وتحقيق مستوى الحماية الفعّال في هذه المرحلة الحساسة السابقة على التعاقد مع الوضع بعين الاعتبار أن شبكة الإنترنت تتميز بأنها فضاء مفتوح للجميع وقد يسيء البعض استخدام هذه الشبكة[2]، والسؤال الذي نحاول البحث عن إجابه له في هذا الصدد، كيف يمكن أن نحقق الحماية اللازمة للمعلومات التي يتمّ تبادلها في هذه المرحلة التمهيدية السابقة على التعاقد؟ وهل عالجت القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية مسألة حماية المعلومات المتبادلة على شبكة الإنترنت؟

في الواقع أن ندرة القواعد التي تنظم مرحلة ما قبل التعاقد تمثل إشكالية خطيرة بالنسبة إلى الأمن المعلوماتي، فالتفاوض الذي تسود فيه حرية تبادل عدد كبير من المستندات والمعلومات والدراسات المهمة دون ضمانات عقدية، إذ لا يتمّ إبرام اتفاق أو عقد التفاوض عادة في هذه المرحلة، وذلك يجعل من فرض الحماية القانونية بواسطة التدخل التشريعي أمرا مهما جدًا، ومن دون تنظيم هذه المرحلة تبقى مسألة حماية المعلومات المتبادلة عقبة من عقبات تقدم التجارة

---

(1) القرصنة الإلكترونية هي: (استخدام وسائل الاتصال وتكنولوجيا المعلومات في ممارسات غير مشروعة، تستهدف التحايل على أنظمة المعالجة الآلية للبيانات، لكشف البيانات الحساسة أو تغيرها والتأثير على سلامتها أو حتى إتلافها)، بحث بعنوان: "القرصنة ثمن باهظ يدفعه مستخدمو الإنترنت"، منشور على موقع إيلاف: https://cutt.us/n64A3، آخر زيارة نوفمبر 2019م.

(2) في وصف جرائم الإنترنت يرى البعض بأنها: جرائم لا تعترف بالحدود الجغرافية فهي ذات طبيعة دولية تتعدى جميع الحدود ولا تلتزم بزمان أو مكان، ينظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2019م، ص25.

الإلكترونية[1]، ومن هنا تؤكد الباحثة أهمية تنظيم مرحلة ما قبل التعاقد، وأن تسنّ القواعد القانونية في تشريعات دول مجلس التعاون، بأن تتضمن هذه التشريعات قواعد تخص الأمن المعلوماتي في إطار مجلس تعاقد ذي طبيعة خاصة، يتمّ فيه تبادل المعلومات الوثائق، وفق ما يأتي:

1- ضمان المحافظة على سرية المعلومات المتبادلة بين أطراف التفاوض.
2- كفالة آلية مناسبة لحفظ المعلومات والوثائق بحيث لا يستطيع أي طرف استخدامها بموجب فكرة التملك إلا وفق اتفاق أو تنظيم خاص.
3- إلزام الغير ممن يتولى إعداد وتهيئة وسائل الاتصال بضمان سرية وحفظ المعلومات والوثائق.
4- الاستعانة بالقانون الجنائي لتوفير الردع الذي يحول دون استخدام وسائل غير مشروعة تؤدي إلى انتهاك الأمن المعلوماتي.

يؤدي أي تنظيم لمرحلة ما قبل التعاقد إلى نشوء التزامات متبادلة على الأطراف، ومصدر هذه الالتزامات ليس العقد لأنه لم يتمّ الاتفاق على إبرامه بعد، وقد يفضل الأطراف عدم إبرام اتفاق تمهيدي لتنظيم التفاوض فتبنى هذه الالتزامات على مبادئ أخرى، ومن أبرزها مبدأ حسن النيّة الذي ينظم عملية التفاوض ويتفرع من هذا المبدأ التزامات عديدة ومنها الالتزام بالإعلام الذي يتمّ على أساسه الإفصاح عن المعلومات في هذه المرحلة وهو ما سنسلط عليه الضوء في المطلب الثاني ومن ثم ننتقل إلى صور الاعتداءات على المعلومات التي يتمّ تبادلها عبر شبكة الإنترنت وذلك في المطلب الثالث[2].

---

(1) Judith Rochfeld, L'acquis communautaire – Le contrat électronique, Op.cit., p. 411.

(2) في دراسة الباحثة للإشكاليات في مرحلة التفاوض الإلكتروني سنتطرق إلى موضوع أمن المعلومات بشكل خاص من دون التعرض لأوجه الاعتداءات الأخرى التي تتم على شبكة الإنترنت، حيث إن أمن المعلومات المتبادلة في المرحلة السابقة على التعاقد يعد من أكبر المخاوف التي تواجه المتفاوضين، وبواقع الحال هناك العديد من صور الاعتداءات والجرائم الأخرى التي كانت تمثل الجانب السلبي للتطور في مجال تكنولوجيا المعلومات وتعددت أسماء هذه الجرائم ما بين الجرائم الإلكترونية، أو جرائم العالم الافتراضي، أو جرائم الإنترنت أو الجرائم الرقمية، ومهما اختلفت المسميات فالمضمون واحد، وتعرف الجريمة الإلكترونية على أنها: "نشاط غير مشروع، يتخذ نظم المعلومات ووسائل الاتصال الحديثة أداة له، ويصدر عن إرادة آثمة، ويقرر له القانون عقوبة أو تدبير احترازي"، وعرفت كذلك بأنها: "الجرائم التي تتطلب إلمامًا خاصًا بتقنيات الحاسب وبنظم المعلومات للقيام بها" للمزيد ينظ: م. مداوي سعيد مداوي القحطاني، الجريمة الإلكترونية في المجتمع الخليجي وكيفية مواجهتها، بحث منشور في موقع مجلس التعاون لدول الخليج العربية،2016م، ص 15 وما بعدها، ينظر كذلك: د. خالد حسن أحمد، الإرهاب الإلكتروني آفة العصر الحديث والآليات القانونية للمواجهة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018م، ص68.

المطلب الثاني

مصدر الالتزامات في ضوء إشكالية الأمن المعلوماتي

أدت الخطورة التي يمثلها التفريط بالمعلومات في مرحلة التفاوض بوصفها واحدة من إشكاليات التعاقد الإلكتروني إلى ظهور الالتزامات العديدة للحد من خطورتها في هذه المرحلة التي لم ينظمها القانون، ونتناول هذه الالتزامات في ضل المعالجات القانونية والفقهية على النحو الآتي:

الفرع الأول: الالتزامات بموجب المبدأ العام لحسن النيّة[1]

يحكم مبدأ حسن النيّة بشكل عام المرحلة السابقة على التعاقد، وحين يعتمد على هذا المبدأ تفرض بموجبه التزامات طبقًا لمستلزمات وطبيعة العقد المراد إبرامه، وأبرز هذه الالتزامات هما الالتزام بالإعلام والالتزام بالسرية؛ لارتباطهما الوثيق بإشكالية أمن المعلومات المتبادلة بين أطراف التفاوض على شبكة الإنترنت، فالالتزام بالإعلام هو الأساس الذي يدفع أطراف التفاوض إلى الإدلاء بما يمتلكونه من معلومات حتى إن كانت تتصف بالسرية، والالتزام بالمحافظة على السرية هو الضمان الذي يوفر للأطراف الثقة في إطار التفاوض عند تبادل المعلومات السرية أو المهمة في هذه المرحلة السابقة على التعاقد بالذات، فهما التزامان مرتبطان ببعضهما طبقًا لمبدأ حسن النية، فعندما يلتزم المتفاوض بالإفصاح عن المعلومات المهمة المرتبطة بموضوع التعاقد ينشأ التزام مقابل مضمونه المحافظة على سرية هذه المعلومات التي قام المتفاوض بالإدلاء عنها، وذلك لتحقيق عنصر بالنسبة إليه، نبحث في فقرة أولى مبدأ حسن النيّة، ثم نبين في الفقرة الثانية الالتزامات تأسيسًا على مبدأ حسن النيّة.

لتوضيح الالتزامات المترتبة على مبدأ حسن النيّة يجب أن نبين تعريف المبدأ ثم ننتقل إلى موقف القوانين والاتفاقيات الدولية منه.

الفرع الثاني: التعريف بمبدأ حسن النيّة

إنَّ هذا المبدأ على درجة كبيرة من الأهمية في جميع مراحل العقد سواء ما قبل التعاقد أو عند تكوين العقد أو ما بعد التعاقد فيما يتعلق بتنفيذه ولما يتمتع به من أهمية أطلق عليه الفقه

---

(1) تجدر الإشارة إلى أننا نتطرق في هذا النطاق من البحث إلى حسن النيّة بوصفه مبدءًا عامًا، لأن لمبدأ حسن النيّة معانٍ تختلف باختلاف النطاق الذي يرد فيه، وسنعود إلى دراسته في هذه الباب ودوره في إطار معالجة إشكاليات ما قبل التفاوض، ينظر ص84.

الفرنسي مصطلح روح قانون العقود «l'âme du droit des contrats»[1]، فإذا اتفق أطراف التفاوض اتفاقًا واضحًا وصريحًا بينهم بأن يكون هذا الاتفاق مكتوبًا في وثيقة يتفق عليها جميع الأطراف، فإن هذا الاتفاق يجب ألا يخرج عما يفرضه مبدأ حسن النيّة وإلا تعرض الاتفاق لعيب قد يؤدي به إلى البطلان[2]، فإذا كان هذا المبدأ يهيمن على الاتفاق فهو من باب أولى أن تخضع له إرادة التفاوض في غياب أي اتفاق عن المفاوضات أو تفاوض يخرج عن الاتفاق، بل تزداد أهميته في التفاوض الإلكتروني مادام هذا التعاقد يبتعد عن الصيغة التقليدية للتعاقد، ومن هنا قيل إن حسن النيّة في فترة التمهيد للعقد الإلكتروني وبدء تكوينه أمرٌ لا بُدّ منه، ويحرص متخصصو وخبراء فن إدارة المفاوضات على تأكيد أن من الأسس الجوهرية للمفاوضات الناجحة هو الالتزام بالأخلاقيات وآداب التعامل، وذلك بالتمسك بالصدق والأمانة والصراحة واللباقة وحسن التصرف، والابتعاد عن الكذب والغش والتدليس وسلك طرق ملتوية والتضليل[3].

إذن يلعب مبدأ حسن النيّة[4] دورًا جوهريًا في مرحلة ما قبل التعاقد، فما معنى حسن النية؟ حاول فقهاء القانون وضع تعريفًا لهذا المبدأ إلا أنه من الصعب الإجماع على تعريف واحد، وخاصة أن مفهوم حسن النيّة قد يختلف من نطاق إلى آخر، فعلى سبيل المثال حسن النيّة في العقود يختلف عن معناه في مرحلة التفاوض على العقد وأيضًا أثناء تنفيذ العقد، وذلك على حسب متطلبات وظروف كلّ مرحلة والهدف المرسوم لها، ففي المرحلة السابقة على التعاقد يكون الهدف هو التحضير والتمهيد لإبرام العقد أمّا في مرحلة تنفيذ العقد فيسعى الطرفان إلى تحقيق النتيجة

---

(1) M, Mekki, Les principes généraux du droit des contrats dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, D, 2015, p. 815 et S.

(2) د. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض بالعقود عبر شبكة الإنترنيت، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الثامن، العدد الثالث عشر، 2005م، ص 19 وما بعدها، راجع كذلك: محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي: صورها وأحكامها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس – القاهرة، المجلد74، العدد الأول،2005م، ص108 وما بعدها.

(3) أ.د. أكرم محمود حسين البدو، و د. محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد13، العدد49، السنة16، 2011م، ص406 وما بعدها.

(4) عرف مبدأ حسن النيّة في القانون الروماني (Bona Fides)، إذ كان يعد في تلك الفترة بمثابة قاعدة قانونية، يتدخل القاضي بموجبها لفرض التزامات تعاقدية على طرفي التعاقد، في حالة اختلال التوازن بسبب عدم تعادل المراكز القانونية، وذلك بهدف تحقيق التوازن العقدي، ينظر: د. محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النيّة في مرحلة التفاوض، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة27، العدد54، إبريل 2013م، ص228.

المرجوة منه، ومن هنا كان تركيز الفقهاء على تطبيقات المبدأ من الناحية العملية من دون التركيز على ماهيته[1].

ومع ذلك حاول بعض الفقه تعريف الالتزام بالتفاوض بحسن النيّة بأنه: (التعامل بصدق واستقامة مع الطرف الآخر بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة التي تم من أجلها التفاوض والتزم بها كلّ من طرفي التفاوض، بحيث لا تؤدي إلى إضرار الطرف الآخر من دون مسوغ قانوني، بل يتوصل كلا الطرفين إلى حقه بأمانة)[2].

وعرَّف البعض الآخر مبدأ حسن النيّة بأنه: (كل فعل أو امتناع عن فعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم تكوين العقد أو تنفيذه)[3]، وعرف كذلك مبدأ حسن النيّة بأنه: (التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازٍ)[4].

ويظهر من هذه التعريفات أن إقرار مبدأ حسن النيّة له دافع أخلاقي مضمونه الالتزام بالصدق والأمانة والسلوك القويم والعدالة وعدم الإضرار بالغير ومراعاة الطرف الآخر لتحقيق الاستفادة للجميع، والغرض من إقرار هذا المبدأ هو خلق نوع من التوازن بين الأطراف.

ومن الجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية الغراء أكدت مبدأ الصدق والأمانة في المعاملات، فقد تضمنت كثيرا من الآيات القرآنية التي تؤكد ذلك ومنها، قوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ**﴾[5]، وقوله عز وجل: ﴿**يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ**﴾[6]، وقوله تعالى: ﴿**فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ**﴾[7].

---

(1) Sylvette Guillemard, Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi, Disponible sur: https://2u.pw/qAwYU, p. 51, p. consultée: Novembre 2019.

(2) ذكرى محمد حسين وإستبرق محمد حمزة، التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الرابع، السنة السادسة، 2014م، ص288.

(3) د. رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، مبدأ حسن النيّة في تنفيذ المعاهدات الدولية، مقال منشور في مجلة جامعة ديالي العدد (64)، كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة ديالى، 2014م، ص186.

(4) د. محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النيّة في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص232.

(5) سورة المؤمنون: الآية 8.

(6) سورة الأنفال: الآية 27.

(7) سورة البقرة: الآية 283.

كما أن الأحاديث النبوية الشريفة حثت على الصدق والأمانة وحسن النيّة والبعد عن الغش والخداع في المعاملات، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (عليكم بالصدق فإن الصدق يهدي إلى البر وإن البر يهدي إلى الجنة)، وقوله عليه أفضل الصلاة والسلام: (من غشنا فليس منا)[1].

فالشريعة الغراء تفرض مبدأ جوهريا في تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع على أساس من الاحترام والتفاهم المتبادل، وذلك بعيدًا عن إلحاق الأذى بالآخرين، وذلك إعمالًا للقاعدة الشرعية **(لا ضرر ولا ضرار)**، وهذه القاعدة توجب عدم الإضرار بالغير والبعد عن كلّ فعل أو قول من شأنه أن يسبب ضررًا للغير، وذلك في سبيل تحقيق العدالة بين الأفراد في كل المعاملات وعدم تفضيل المصلحة الشخصية على مصلحة العامة[2].

وإذا كان الأمر كذلك في الشريعة فما موقف القوانين الوضعية؟

الفرع الثالث: موقف القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية من مبدأ حسن النيّة

أولاً: القوانين المدنية

عند البحث في القوانين المدنية في دول مجلس التعاون، ترى الباحثة أن أغلبها لم تنص على الالتزام بالتفاوض بحسن نيّة في مرحلة ما قبل التعاقد، وتركت هذه المسألة لتقدير قاضي الموضوع، فلو رجعنا إلى القانون المدني البحريني نجد أن المادة (43) من القانون المدني تنص على أنه: (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد وتركا مسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتمّ عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر أن العقد قد تم، وتقضي المحكمة في المسائل التفصيلية إذا لم يتمّ الاتفاق عليها طبقا لأحكام القانون وطبيعة العقد والعرف والعدالة)[3].

ومفاد هذا النص بأنه إذا كان هناك خلاف بشأن مسائل تفصيلية تم الاتفاق عليها في مرحلة التفاوض يحال النزاع إلى قاضي الموضوع ويحلها بالنظر إلى طبيعة العقد بالإضافة إلى القواعد

---

(1) الأحاديث من الموقع الرسمي لسماحة الشيخ ابن باز رحمه الله: https://binbaz.org.sa/، آخر زيارة: ديسمبر 2019م.

(2) د. سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النيّة في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة تبوك، العدد23، فبراير 2013م، ص22.

(3) تقابلها المادة (95) من القانون المدني الكويتي، والمادة (79) من القانون المدني العماني، والمادة (79) من القانون المدني القطري، والمادة (141) من القانون المدني الإماراتي.

القانونية التي تحكم العقد، والتأكد من سلوك المتعاقدين ومدى التزامهم بحسن النيّة وعدم الإضرار بالآخرين وما جرى عليه العرف من التزامات[1].

بينما يظهر موقف المُشرّع صريحًا في مرحلة تنفيذ العقد، حيث أخذ باتجاه عام يقتضي بتطبيق مبدأ حسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقود[2]، فعلى سبيل المثال نصّ القانون المدني في المادة (129) منه، على أنه: (يجب تنفيذ العقد طبقًا لما تضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النيّة وشرف التعامل)، وكان يفترض تعميم هذا المبدأ ليس بالنسبة إلى تكوين العقد فحسب وإنما ليشمل تطبيقه مرحلة ما قبل التعاقد.

أمّا القانون المدني الكويتي فقد أشار إلى مبدأ حسن النيّة في المادة (197) منه على أنه: (يجب تنفيذ العقد طبقًا لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النيّة وشرف التعامل)، وتقابل هذه المادة، المادة (172) من القانون المدني القطري، والمادة (246) من القانون المدني الإماراتي وقد أشار القانون المدني الفرنسي القديم إلى مبدأ حسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد كذلك فقد نصت المادة (3/1134) على أنه (يجب أن تنفذ الالتزامات بحسن نية)[3].

ووضع المُشرّع المصري في الفقرة الأولى من المادة (148) من القانون المدني الحكم بمبدأ حسن النيّة بقوله: (يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية...)[4].

والملاحظ أن النصوص السابقة نصت بشكل صريح على مراعاة حسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد دون المراحل السابقة على ذلك، وكان جديرًا بها ألا تقصر الالتزام بحسن النيّة على مرحلة تنفيذ العقد، بل يجب أن يشمل جميع مراحل العقد بدءًا بالمفاوضات وصولًا إلى تنفيذ العقد أسوة

---

(1) أ.د. صبري حمد خاطر، وظائف حسن النيّة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الأول، السنة الخامسة، العدد التسلسلي17، مارس 2017م، ص60 وما بعدها.

(2) جاء في حيثيات حكم المحكمة المدنية البحرينية: (...وكان من المقرر أن العقد شريعة المتعاقدين، ويجب تنفيذه طبقا لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النيّة وشرف التعامل، فإن طلب الطاعنة إلزام المطعون ضده بأداء المبلغ محل النزاع استنادا لهذا الاتفاق يكون له سنده في الواقع والقانون متعينا معه إجابتها إليه والقضاء لها به...)، محكمة التمييز، الأحكام المدنية، الطعن رقم (895) لسنة 2015م قضائية، 6 يونيو 2017م، الحكم متاح على موقع قوانين الشرق: https://cutt.us/VvWwx، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

(3) Art 1134 (3) du code civil Fr: "Elles doivent être exécutées de bonne foi".

(4) القانون رقم (131) لسنة 1948م بإصدار القانون المدني، متاح على: https://cutt.us/dfYAO، ديسمبر 2019م.

بالقانون المدني الإيطالي الذي نصّ في المادة (1337) منه على أنه: (يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتفاصيل بما يتفق وحسن النية)[1]، إذ تتضمن هذه المادة حكمًا صريحًا يفرض على كلّ طرف من أطراف التعاقد واجب التعامل وفقًا لمقتضيات مبدأ حسن النيّة سواء في مرحلة المفاوضات التي تتم في الفترة قبل التعاقد أو في مرحلة إبرامه وأي طرف لا يلتزم بذلك يتحمل المسؤولية المترتبة على ذلك، وبذلك فرض المُشرّع الإيطالي الالتزام بحسن النيّة قبل التعاقد لحماية السير العادل للمفاوضات وضمان جدية المتفاوضين.

وقد استدرك المُشرّع الفرنسي هذا القصور مدركًا أهمية هذا الالتزام في المرحلة السابقة على التعاقد في تعديل حديث للقانون المدني، فالمرسوم رقم (131-2016) الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016م، والخاص بتعديل القواعد القانونية في العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات، فالمُشرّع قرر أن يواكب تطورات المجتمع ويدخل تعديلات على قانون تربع على قمة هرم القوانين في مجال القانون الخاص **(droit privée)**[2]، فورد من بين التعديلات الجديدة تنظيم مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، وبذلك تغير النص في المادة (1112) من القانون المدني إلى أن: (البدء، السير وقطع المفاوضات السابقة على التعاقد تكون حرة، ويجب أن تخضع استنادًا لما يتفق ومتطلبات مبدأ حسن النية...) وتغير النص في المادة (1104) من القانون ذاته إلى أنه: (يجب أن يتمّ بحسن نية كلّ من التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها)[3].

وبذلك جعل المُشرّع حرية التعاقد المبدأ السائد الذي يحكم هذه المرحلة، ونظم هذه الحرية بفرض قيد على ذلك وهو مراعاة حسن النيّة فلا تكون حرية التعاقد على إطلاقها بل يجب أن تكون

---

(1) Art (1337) of the Italian Civil Code (approved by Royal Decree of March 16, 1942, No, 262, and as amended by Decree No (291) of December 7, 2016, states under the section of negotiations and pre-contractual responsibility: "while carrying out the negotiations and the formation of contract, the parties must behave according to good faith "retrieved from https://2u.pw/O5x7n, Last visited: December 2019.

(2) استهدف التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي ما يفوق (350) مادة، في مجال العقود والالتزامات والإثبات، وقد أكد الرئيس الفرنسي أن ما يميز القانون الجديد هو مراعاة ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية، وبذلك يكون إصدار القانون الجديد جاء في ضوء الاجتهادات القضائية ويعد ذلك سابقة في مجال القانون الخاص لمزيد من المعلومات راجع الموقع الإلكتروني للموسوعة القانونية Dalloz: https://www.dalloz.fr/

(3) Le nouvel Art (1112) du code civil français de 2016 dispose: (L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.
En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu) Et Art (1104) de la mem loi: (Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi).

متفقة ومبدأ حسن النيّة وما يترتب عليه من التزامات لتحقيق نوع من التوازن في العلاقة التفاوضية أن صح التعبير، فالأصل أن كلّ طرف يمتلك حرية الدخول في المفاوضات والاستمرار بها أو الانسحاب منها بأي وقت دون أن تترتب عليه أي مسؤولية، فالمتفاوض يتمتع بالحرية الكاملة بالنسبة إلى مواصلة المفاوضات أو الانسحاب منها ولكن مقابل الحرية التي يتمتع بها أطراف التفاوض هناك التزام يقضي بممارسة هذه الحرية وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية[1].

إذن يوجد مبدآن يحكمان المفاوضات السابقة على التعاقد هما مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حسن النية، وهذان المبدءان يقترن أحدهما بالآخر في المرحلة السابقة على التعاقد، والغرض من ذلك ألا يساء استخدام هذه الحرية ولتحقيق التوازن في هذه المرحلة المهمة.

ونقترح أن يحذو المُشرّع الخليجي حذو المُشرّع الفرنسي في التوسع بتطبيق مبدأ حسن النيّة وأن يجعل الالتزام بمبدأ حسن النيّة يشمل جميع مراحل العقد وليس مرحلة التنفيذ فقط، وذلك لأهمية جعل مبدأ حسن النيّة من المبادئ الملزمة في مرحلة التفاوض السابقة على إبرام العقد لما تتميز به من خصوصية، وذلك حفاظًا على حقوق المتفاوضين وضمانًا لمزيد من الحماية للحقوق، وخاصة في العقود الدولية.

ثانياً: موقف الاتفاقيات الدولية من مبدأ حسن النيّة

يعدُّ مبدأ حسن النيّة ركيزة أساسية في الاتفاقيات الدولية الرئيسة إزاء الالتزام بالتفاوض، وذلك لضرورة هذا المبدأ بالنسبة إلى تنظيم العلاقات التجارية الدولية، فأشارت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980م، إلى المبدأ في نصّ المادة (1/7) بقولها: (يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة التوحيد في تطبيقها، كما يراعى ضمان احترام حسن النيّة في التجارة الدولية)[2]، وهذا النص لم يتمّ إقراره إلا بعد سلسلة طويلة من المناقشات والمباحثات بين ممثلي الدول المتعاقدة بعد أن انقسموا بشأن إرساء مبدأ حسن النيّة بين مؤيد ومعارض،

---

(1) Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations-Commentaire article par article, 2e édition, LexisNexis,2018, p. 75.

(2) جاء في حيثيات حكم محكمة النقض المصرية: (...أنه متى وقع بيع للبضائع بين مشترٍ في إحدى الدول المصدقة على الاتفاقية وبائع في دولة أخرى مصدقة عليها تعين تطبيق أحكامها على تكوين عقد البيع والحقوق والالتزامات التي تنشأ عنه – دون الاعتداد بما تقضي به قاعدة تنازع الاختصاص في قانون دولة القاضي – وذلك وفقًا لقواعد حسن النيّة وما قصده أحد طرفي هذا العقد متى كان يعلمه الطرف الآخر أو لا يمكن أن يجهله والتي يجوز إثبات ذلك كله بأية وسيلة من وسائل الإثبات بما في ذلك البينة ومنها الرسائل – البرقية أو التلكس – التي لا تحمل توقيعًا...) محكمة النقض- مدني – الطعن رقم (979) لسنة 73 قضائية، بتاريخ 2006/04/11م، مكتب فني 57، ص349.

وظهرت بعد الموافقة على إقرار نصّ هذه المادة، خلافات فقهية بشأن تفسير المادة فيما يتعلق بتحديد نطاق المبدأ، ويرجع ذلك إلى أن هذه المادة لم تبين بشكل مباشر وصريح فيما إذا كان مبدأ ضمان حسن النيّة يقتصر على مرحلة التفسير أم يشمل جميع مراحل العقد والعلاقة بين المتعاقدين، لقد انقسم الموقف بصدد ذلك إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: وهو الذي يفسر المبدأ تفسيرًا ضيقًا، إذ يرى أن تطبيق المادة، يقتصر على تفسير نصوص العقد فقط، فهو مبدأ من مبادئ التفسير يعنى به القضاة والمحكمون عند تفسيرهم الاتفاقية في حالات النزاع والاختلاف، ولا شأن لها بالعقود التي يبرمها الأطراف[1].

الاتجاه الثاني: وهو الذي يرى التوسع في معناه، وأن يتمّ تطبيقه كقاعدة قانونية عامة في اتفاقيات التجارة الدولية، وحجتهم في ذلك بأن مبدأ حسن النيّة من المبادئ العامة والأساسية في اتفاقيات التجارة الدولية والغرض منه هو تحقيق التوازن في العقد يلتزم به كلّ من له علاقة بعقد البيع سواء كانوا المتعاقدين وهم في مرحلة التفاوض على شروط وبنود العقد أو في مرحلة تنفيذ شروطه أو القضاة في المحاكم عند تفسير العقد بسبب حصول نزاع أو خلاف بين أطرافه، ويؤكد ذلك القرار القضائي الصادر عن محكمة الاستئناف الألمانية في 22 فبراير 1995م، في القضية رقم (950222) بشأن تطبيق مبدأ حسن النيّة تطبيقات عاما حيث نصّ الحكم على: (أن السماح للمشتري بإلغاء العقد بعد سنتين ونصف من إتمامه يعد انتهاكا لمبدأ حسن النيّة المقرر في نصّ المادة (1/7) من اتفاقية فيينا)[2].

ويعد مبدأ حسن النيّة من المبادئ الجوهرية المتعلقة بعقود التجارة الدولية للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص "**Principe's d'unidroit**"، حيث ورد في البند (1/7) التي جاءت بعنوان "حسن النيّة وأمانة التعامل" أن مقتضى هذا المبدأ وجوب أن يتحلى أطراف التعاقد بحسن النيّة في التعامل، ولا يجوز تقييد هذا الشرط أو الحد من نطاقه، بالإضافة إلى نصّ البند (2.1.15) والتي جاءت بعنوان سوء النيّة في المفاوضات، إذ استلزمت أن يكون لكل طرف الحرية في إجراء

---

(1) أمير طالب هادي، فاعلية مبدأ حسن النيّة في اتفاقية فيينا عام 1980م- دراسة تحليلية، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد26، العدد السابع، 2018م، ص585، البحث متاح على: https://cutt.us/0REQ3، آخر زيارة: ديسمبر 2019.

(2) إستبرق محمد حمزة، التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السادسة، 2014م، ص289، البحث متاح على موقع المجلة الإلكتروني: https://cutt.us/neCXw، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

المفاوضات، ولا يسأل عن الفشل في الوصول إلى اتفاق، ولكن يتمّ مساءلة الطرف الذي تفاوض أو أنهى المفاوضات بسوء نية عن الخسائر التي تسبب بها للطرف الآخر[1].

ونصَّ قانون التجارة الموحد على هذا المبدأ المهم في المادة (203) منه على أن: (كل عقد أو التزام ضمن هذا التشريع يفرض التزاما بحسن النيّة في أدائه أو تنفيذه)[2].

وبذلك نجد أن مبدأ حسن النيّة من أهمّ المبادئ القانونية، بوصفه يحقق التوازن العقدي إذا تم إعماله وفق ما يقتضيه القانون ويضفي حماية للطرف المتفاوض حسن النية، وعليه نرجح الاتجاه الموسع في تطبيق مبدأ حسن النيّة بأن يشمل تطبيق مبدأ حسن النيّة جميع مراحل العقد[3]، فهو مبدأ عام يشمل كل أنواع العقود من أجل حماية مصالح الأفراد حسني النيّة ممن يستندون في أعمالهم إلى ظواهر الأمور، فعلى المتفاوض إلا يلجأ في تفاوضه إلى الغش والخديعة، لأن الغش يبطل كلّ شيء ويمثل انحرافا عن مبدأ حسن النية، ومن هنا توجد ضرورة تطبيق هذا المبدأ في المرحلة السابقة على التعاقد، فعلى المتفاوض أن يتبع المسلك المألوف والمعتاد في التفاوض وذلك من خلال التفاعل الإيجابي والتعاون مع الطرف الآخر والامتناع عن إتيان أي تصرفات تعرقل سير المفاوضات، فحسن النيّة هو الأصل لأن الأصل في الإنسان هو التصرف بنزاهة، ومن هنا يكون التفاوض بحسن نية هو: (التعامل بصدق واستقامة مع الطرف الآخر بصورة تبقي ممارسة

---

(1) **Principes** d'**UNIDROIT Art (107): Bonne foi:**

1- Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international.

2- Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée.

Art (2.1.15): mauvaise foi: dans les négociations:

1- Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord.

2- Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie.

3- Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord, Disponible sur: https://cutt.us/bkbqb, p. consultée: janvier 2020

(2) (203) Obligation of Good Faith:(Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement): https://cutt.us/tUSmK, p. consulted: January 2019.

(3) الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية في 8 أكتوبر 2007م، في القضية المتعلقة بالنزاع الإقليمي والبحري بين نيكاراغوا وهندوراس في البحر الكاريبي (نيكاراغوا ضد هندوراس)، نصت الفقرة (321) من الحكم على الآتي: (...4- تقرر وجوب تفاوض الطرفين بحسين نية للاتفاق على مسار خط تعيين الحدود في ذلك الجزء من البحر الإقليمي الواقع بين نقطة نهاية الحدود البرية المرسومة بموجب قرار التحكيم لعام 1906م ونقطة انطلاق الحد البحري الوحيد الذي قررت المحكمة موقعه عند نقطة إحداثيتي 52"" 00" 15° شمالا و58"" 05" 83° غرباً)، الحكم منشور على موقع قوانين الشرق الأوسط: www.eastlaws.com، آخر زيارة 5 يناير 2019م.

الحق ضمن الغاية المفيدة التي تم من أجلها التفاوض والتزم بها كلّ من طرفي التفاوض، بحيث لا تؤدي إلى إضرار الطرف الآخر من دون مسوغ قانوني، بل يتوصل كلا الطرفين إلى حقه بأمانة)[1]، وعرفه البعض الآخر بأنه: (الأمانة بالفعل ومراعاة المعايير التجارية المعقولة بشأن التعامل النزيه في التجارة)[2].

ننتهي من بيان مبدأ حسن النيّة إلى القول بأن الالتزام بالتفاوض بحسن النيّة التزام رئيسي يقع على عاتق كلّ أطراف التفاوض لضمان سير المفاوضات بالاتجاه الصحيح، ويترتب على ذلك وجوب الالتزام بمجموعة من الالتزامات الثانوية المترتبة على هذا الالتزام الأساسي، وستبين الدراسة أهمّ هذه الالتزامات المرتبطة بمرحلة التفاوض في المطلب الثالث.

المطلب الثالث

الالتزامات تأسيسًا على مبدأ حسن النيّة

إن الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النيّة[3] في مرحلة المفاوضات كثيرة ومتعددة الهدف منها ضمان سير المفاوضات دون أي عراقيل، وفي هذا المطلب سنسلط الضوء على أهمّ التزامين في هذه المرحلة، وذلك فيما يأتي:

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام

يتعلق الالتزام بالإعلام[4] في المفاوضات بتقديم المعلومات التي لا يمكن للأطراف الأخرى في التعاقد الوصول إليها في الفترة السابقة على التعاقد، أشار المُشرّع الفرنسي إلى هذا الالتزام في

---

(1) د. خالد العامري، كيف تجري مفاوضات ناجحة، دار الفاروق للنشر، الأردن، 2000م، ص18.

(2) د. هادي سعيد عرفه، حسن النيّة في العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة الأولى، 1986م، ص151.

(3) وهي تعرف بالالتزامات المكملة أو المترتبة على الالتزام الرئيسي الذي يقضي بالتفاوض بحسن نية، وتعرف بأنها (تلك الالتزامات الإضافية التي تتفرع عن الالتزام بحسن النيّة وتقوم بجواره جنبًا إلى جنب، حتى يتمّ التفاوض على أكمل وجه)، ينظر: د. أكرم محمود حسين البدو، و د. محمد صديق محمد عبدالله، مرجع سابق، ص410.

(4) انتشر استخدام مصطلح الإعلام الإلكتروني أو التبصير الإلكتروني، وهو في واقع الحال لا يختلف عن الالتزام بالإعلام والتبصير المتعارف عليهما في المفاوضات التقليدية السابقة على التعاقد، فاستخدام لفظ "إلكتروني" الغرض من استخدامه هو وصف طبيعة العقد والذي يتمّ في بيئة إلكترونية عبر وسائط إلكترونية مما يجعل المسألة أكثر خطورة لإنها تنتقل عبر أنظمة إلكترونية قد لا تتوافر فيها الحماية المطلوبة والمقصود بذلك الإفضاء بكل المعلومات والبيانات التي تتعلق بموضوع المفاوضات التي من شأنها أن تؤثر في قرار الطرف الآخر بالاستمرار=

أكثر من تشريع مثل قانون حماية المستهلك[1]، قانون التجارة، قانون البنوك وغيرها، ولكن لم ينص على هذا الالتزام كقاعدة عامة في القانون حتى صدور التعديلات الأخيرة التي أدخلها على القانون المدني، حيث نصّ على اعتبار هذا الالتزام من النظام العام وعدم جواز وضع حدود لهذا الالتزام أو تقييده أو التنازل عنه بالإضافة إلى أنه يشمل جميع المراحل التي يمر بها العقد، وأن أساس هذا الالتزام هو مبدأ حسن النية[2]، وإضافة هذه المادة هو تأكيد اتجاه السوابق القضائية في هذه المسألة[3]، كما وردت أحكام تتعلق بهذا الالتزام في تشريعات دول مجلس التعاون على النحو الذي نبينه فيما بعد.

=في المفاوضات وإبرام العقد، ينظر: د. غالب كامل مهيرات، التزام المنتج بالتبصير قبل التعاقدي في العقود الإلكترونية، دار اليازوري العلمية، عمان – الأردن، ط1، 2018م، ص76.

(1) **Article L111-1 DU - Code de la consommation:**
"Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes:
1- Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné;
2- Le prix du bien ou du service, en application des articles L 112-1 à L 112-4;
3-En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service;
4- Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte..."

(2) من مستجدات قانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات الفرنسي الجديد تنظيم الالتزام بالإعلام حيث لا يجوز الحد أو الإعفاء من هذا الالتزام ويترتب على عدم الالتزام بالإعلام جواز إبطال العقد، ونطاق التعويض يكون على ما لحق من خسارة دون ما فات من كسب كون المرحلة سابقة على إبرام العقد، وذلك في المادة (1112-1) من القانون المدني المعدل:
(Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.
Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.
Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.
Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.
Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.
Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants),Disponible sur: https://www.apprendre-le-droit.fr/, p. consultée le 1er Décembre 2019.

(3) (...Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il=

ويفرض هذا المبدأ على أطراف التفاوض الإدلاء بكلّ المعلومات والبيانات المرتبطة بموضوع العقد المراد إبرامه حتى يكون جميع الأطراف على بينة بما هم مقبلون عليه وأن كتمان المعلومات التي لا يمكن للطرف الآخر الوصول إليها لا يتفق ومبدأ حسن النيّة الذي يحكم الفترة السابقة على التعاقد، فأطراف التعاقد يؤسسون قرارهم بالمضي في إبرام العقد من عدمه بناء على هذه المعلومات التي حصلوا عليها في هذه المرحلة السابقة على التعاقد[1].

وبذلك يتخذ الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض معنى معين يرتبط بعملية التفاوض ذاتها، وهذا المعنى يحدد على النحو الآتي:

1- أن المتفاوض يدلي بالمعلومات طبقًا لموجبات التفاوض، فهو لا يدلي بأي معلومات يعرفها، وإنما تلك المعلومات المرتبطة بموضوع التفاوض أي تلك المعلومات الضرورية لتحقيق الهدف من التفاوض ألا وهو التوصل إلى إبرام عقد نهائي.

2- يجب أن يتوافر بالمعلومة قدر من الاستئثار، ويعني ذلك ألا يتمكن الطرف الآخر في المفاوضات التوصل إليها إلا إذا تم الإفصاح عنها، وإلا عدت من قبيل الكتمان الذي لا يجوز، وقد يؤدي هذه الكتمان إلى حصول عيب في الإرادة بعد إبرام العقد كعيب التدليس.

3- إن نية التعاقد ترتبط بهذه المعلومات كونها جوهرية، بما يسهم أن صح التعبير في تكوين عقيدة التعاقد، ولذلك فإن هذه المعلومات تعبر عن الجدية والاتجاه نحو التعاقد، وبناء عليه فإن عدم الإفصاح عنها يؤدي إلى عدم وجود نية حقيقية بالتعاقد، بمعنى أنها مرتبطة بموضوع التعاقد وتعد ضرورية بالنسبة إليه، ويجب على المتفاوضين بذل قصار جهدهم للبحث عن كلّ ما هو مهم وضروري ومعرفته لتكوين عقيدتهم بشأن إبرام العقد، وفي حالة تقصيرهم بذلك يتحمل المقصر نتائج هذا التقصير[2].

واستنادًا إلى ما تقدم ظهرت محاولات لتعريف الالتزام بالإعلام في التعاقد الإلكتروني، فقد عرف بأنه: (الالتزام الذي يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك المعلومات الجوهرية فيما يخص العقد المراد إبرامه بتقديمها من خلال وسائط إلكترونية في الوقت المناسب وبكل أمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة)[3].

=a exécuté cette obligation...) Cass, 1re civ., 25 févr, 1997, n° 94-19685: Bull, civ ،I, n° 75.

(1) د. مها نصيف جاسم و د. رشا عامر صادق، التفاوض الإلكتروني، مرجع سابق، ص559 وما بعدها، راجع كذلك: د. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض بالعقود عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص6 وما بعدها.

(2) د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات المتعلقة بالعقد، مرجع سابق، ص181.

(3) د. مها نصيف جاسم و د. رشا عامر صادق، التفاوض الإلكتروني، المرجع السابق، ص573.

وعرف كذلك بأنه: (تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات، من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون على بينة من أمره، بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبًا على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد)[1].

وعرف بأنه: (عبارة عن التزام قانوني سابق لإبرام العقد، يلتزم بموجبه أحد الطرفين، بتزويد الطرف الآخر بالمعلومات الخاصة بالعقد، وذلك من أجل أن يصدر الرضا الصحيح والسليم من طرفي العقد)[2].

ويتضح من هذه التعريفات أن الغرض من الإعلام هو تبصير الطرف الآخر في التفاوض من خلال تزويده بالمعلومات المرتبطة بموضوع العقد، التي يصعب عليه الوصول إليها، وذلك بغرض أن يكون القرار الذي يتخذه بإبرام العقد من عدمه مبني على علم كافٍ بظروف العقد وملابساته وجميع التفاصيل المتعلقة به، فيصدر قراره عن رضاء تام ومستنير.

إن ما يميز هذا الالتزام أنه ينشأ قبل التعاقد، والحكمة من ذلك هو تحقيق التوازن والمساواة بين المتعاقدين والتكافؤ في المراكز العقدية عن طريق تبصير جميع الأطراف بكلّ المعلومات المتصلة بموضوع العقد، وبذلك فإن هذا الالتزام يدفع المتعاقدين إلى البحث عن الأمن المتعلق بتبادل البيانات والمعلومات والمستندات بين أطراف التعاقد عبر شبكة الإنترنت، مما يشجع على التداول، وتعزيز دور التجارة الدولية التي هي بحاجة دائمة إلى أمن معلوماتي، وخاصة تلك التي قبل مرحلة التعاقد الإلكتروني بما يؤدي إلى توفير الحماية لها.

أ- الأحكام العامة التي تنظم الالتزام بالإعلام في تشريعات دول مجلس التعاون

- تنص المادة (6) من قانون حماية المستهلك البحريني على أنه: (على كلّ مزود أو معلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في غلط أو خلط، ويعفى المزود إذا لم يكن منتجًا أو مصنعًا للسلعة أو الخدمة من المسؤولية إلا إذا كان المنتج أو المصنع قد أمده بتلك المعلومات، كما يعفى المعلن من المسؤولية متى كانت

---

(1) أ. مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النيّة في مفاوضات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص104.

(2) نواف محمد مفلح الذيبات، الالتزام بالتبصير في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط، 2013م، ص47.

المعلومات التي تضمنها الإعلان فنية يتعذر على المعلن التأكد من صحتها وكان المزود قد أمده بها)[1].

- وتنص المادة (23) من قانون حماية المستهلك العماني على أن: (يلتزم كلّ من المزود والمعلن بإمداد المستهلك بمعلومات صحيحة عن السلعة أو الخدمة، وفي جميع الأحوال يجب على المزود أن يبين باللغة العربية وبشكل ظاهر على السلعة، المعلومات الخاصة بالسعر والوزن وتاريخ الإنتاج وانتهاء الصلاحية واسم المادة ومكوناتها وبلد المنشأ ورقم المواصفة، وغيرها من البيانات التي تحددها اللائحة، ويجوز كتابة المعلومات المشار إليها بلغة أخرى بالإضافة إلى اللّغة العربية، وتحدد اللائحة السلع التي لا يمكن الكتابة عليها).

- تنص المادة (439) من وثيقة الكويت للنظام (القانون) المدني الموحد لدول مجلس التعاون، على أنه: (1- يشترط أن يكون المبيع معلومًا عند المشتري علمًا نافيًا للجهالة الفاحشة 2- ويكون المبيع معلومًا عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضرًا تكفي الإشارة إليه...)[2].

- واخذ المُشرّع الإماراتي بالمادة نفسها، حيث تنص المادة (490) من القانون المدني الإماراتي: (1- يشترط أن يكون المبيع معلومًا عند المشتري علمًا نافيًا للجهالة الفاحشة 2- ويكون المبيع معلومًا عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضرًا تكفي الإشارة إليه).

---

(1) ينظر: قانون رقم (35) لسنة 2012م بشأن حماية المستهلك، منشور على موقع هيئة التشريع والرأي القانوني البحريني: https://cutt.us/gCTxm، آخر زيارة: ديسمبر 2019م.

(2) "وثيقة الكويت" للنظام (القانون) الموحد لتنفيذ الأحكام القضائية لدول مجلس التعاون، ويأتي هذا النظام (القانون) استكمالًا لسلسلة الأنظمة (القوانين) الاسترشادية التي تم إنجازها في إطار مسيرة التعاون العدلي والقضائي بين دول المجلس، ويتكون من (521) مادة تناولت تشكيل (الإدارة العامة لتنفيذ الأحكام المدنية) وفروعها، واختصاصاتها، كما تطرقت مواد النظام (القانون) للسند التنفيذي وأنواعه والذي لا يجوز التنفيذ الجبري إلا به، وإلى الأحكام الجائز تنفيذها والنفاذ المعجل، وتنفيذ شروط الكفالة، وتنفيذ الأحكام والأوامر والمحررات الأجنبية، وإعلان السند التنفيذي وإجراءات التنفيذ وإشكالاته، وقد اشتملت على إجراءات الحجز التحفظي، وحجز ما للمدين لدى الغير، وحجز المنقول لدى المدين، والحجز على العقار وبيعه، وحجز السندات والإيرادات والحصص، وتوزيع حصيلة التنفيذ، كما اشتملت على إجراءات التنفيذ العيني، وإجراءات حبس المدين ومنعه من السفر، وإجراءات العرض والإيداع، وهذه الصيغة التي توصلت إليها لجنة الخبراء المختصين في الدول الأعضاء، ووافق عليها أصحاب المعالي وزراء العدل بدول المجلس في اجتماعهم الثاني والعشرين الذي عقد بدولة الكويت بتاريخ 52 ذو القعدة 1341هـ، ينظر: موقع دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية على الموقع الخاص بهم: https://cutt.us/yyKKE، آخر زيارة نوفمبر 2019م.

- تنص المادة (468) من القانون المدني الكويتي: (يلتزم البائع أن يزود المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع) وتقابل هذه المادة، المادة (395) من القانون المدني البحريني[1].

ب- الأحكام الخاصة بالإعلام في التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية في دول مجلس التعاون

- تنص المادة (10) من اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية السعودي، على أنه: (1- مع مراعاة حكم المادة العاشرة من النظام، يجب أن يتضمن الإعلان الإلكتروني عند نشره أو إرساله الآتي: أ- بيانًا واضحًا بأنه مادة إعلانية، ب- المعلومات ذات الصلة بالمنتج أو الخدمة التي تتيح الوعي اللازم باتخاذ قراره)[2].
- تنص المادة (55) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري، على أنه: (يجب على مقدم الخدمة، إذا ما تعلق الاتصال الإلكتروني بطلب إبرام عقد ذي طبيعة تجارية، وقبل أن يتمّ تقديم الطلب بذلك، أن يقدم للمستهلك بشكل واضح وشامل بيانًا كاملًا بأحكام وشروط العقد، بما في ذلك: 1- الخطوات الفنية الواجب اتباعها لإبرام العقد، 2- البيانات المتعلقة بمقدم الخدمة، 3- وصف للخصائص الأساسية للخدمات أو البضائع، 4- سعر الخدمات والبضائع، مع بيان ما إذا كان شاملًا الضرائب وتكاليف التسليم، 5- الترتيبات المتعلقة بالدفع والتسليم والتنفيذ، 6- مدة سريان العرض والسعر، 7 - ما إذا كان يحق للمستهلك إلغاء الطلب، 8- ما إذا كان العقد المزمع إبرامه سيتم تخزينه أو الاحتفاظ به من قبل مقدم الخدمة، وإمكانية الوصول إليه، وتخزينه، ونسخه، والاحتفاظ به، من قبل المستهلك وطرق ذلك)[3].

الفرع الثاني: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

تفرض طبيعة عقود التجارة الدولية السرية في التعامل، وهذا ما تقتضيه مبادلة العديد من البيانات أو المعلومات المهمة ذات الطابع الفني أو التجاري، ومن هنا تبدو أهمية الالتزام بعدم

---

(1) تنص المادة (395) من القانون المدني البحريني على أن: (يلتزم البائع بأن يزود المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع).

(2) اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/126) بتاريخ 1440/11/7هـ، متاح على موقع وزارة التجارة السعودية: https://2u.pw/BMGcs، آخر زيارة: إبريل 2020م.

(3) قانون رقم (14) لسنة 2014م بإصدار قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية، متاح على موقع الميزان – البوابة القانونية القطرية: https://2u.pw/yknIM، آخر زيارة: ديسمبر 2019م.

إفشاء الأسرار، ومنع أي من أطراف عملية التفاوض الإفصاح عن المعلومات التي تم الحصول عليها بمناسبة التفاوض[1].

بالإضافة إلى أن الالتزام بالسرية من المبادئ المتفرعة عن مبدأ حسن النيّة الذي يحكم مرحلة التفاوض، وهو مكمل لمبدأ الالتزام بالإعلام حيث لا يتصور قيام متفاوض بتقديم معلومات ذات أهمية كبيرة للمتفاوض الآخر، من دون إلزامه بالمقابل بالمحافظة على سرية هذه المعلومات، ومن المتصور أن يضطر أحد أطراف التفاوض الذي يملك معرفة فنية بشأن منتج جديد له قيمة اقتصادية كبيرة إلى إفشاء بعض الأسرار والمعلومات بشأنه، بهدف إقناع الطرف الآخر وحثه على الإقدام على إبرام العقد، أو لتنفيذ الالتزام بالإعلام في هذه المرحلة[2].

ولا يقصد الالتزام بسرية المعلومات في هذه المرحلة أن يتمّ إجراء التفاوض بسرية ومن دون إعلان، إنما يقصد بالسرية هي المحافظة على كتمان المعلومات السرية التي وصلت إلى علم أحد أطراف التفاوض بمناسبة القيام بالتفاوض، أي لولا التفاوض لما استطاع الطرف الآخر حيازة مثل هذه المعلومات[3].

ويقسم الفقهاء المعلومات التي يشملها الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة المفاوضات إلى نوعين من المعلومات:

1- **المعلومات التي أسبغ عليها صاحبها طابع السرية:** ومثال ذلك الحالة المالية للشركة، التصميمات والرسوم والدراسات التي أعدت في مرحلة التفاوض[4].
2- **المعلومات التي تكون غير قابلة للنشر بطبيعتها:** وهي المعلومات التي يكون من شأن نشرها إحداث ضرر مادي أو معنوي للمتفاوض، كالمسائل الصحية مثل الأمراض التي يعانيها أحد أطراف التفاوض، أو قيام أحد المتفاوضين بتقديم المساعدات المالية لأحد أقاربه المحتاجين سرًا، فكل هذه الأمور تتصف بالخصوصية والسرية[5].

---

(1) L'information précontractuelle dans le cadre d'un contrat de franchise: comment trouver un juste équilibre entre les parties?, Op.cit., p. 22.

(2) أبحار حامد حبش علي، المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص90، ينظر كذلك: هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص154.

(3) د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، الالتزام بالمحافظة على الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة48، 2006م، ص6 وما بعدها.

(4) د. مها نصيف جاسم و د. رشا عامر صادق، التفاوض الإلكتروني، مرجع سابق، ص 575 وما بعدها

(5) د. أحمد السيد البهي الشوبري، التفاوض التعاقدي: إطاره القانوني وأثره في الالتزام، مرجع سابق، ص1192.

ويعرف الالتزام بالسرية بأنه: (ذلك الالتزام الذي يفرض على المتفاوض التزام الصمت بخصوص كلّ ما يصل إليه أو يكتشفه أثناء سير المفاوضات أو من خلال ما يتبادله مع الطرف الآخر من مستندات أو ما يدور بينهما من المناقشات التي يستلزمها إبرام العقد المزمع إبرامه)[1].

والالتزام بالسرية ليس مطلقًا، حيث يجيز القانون في بعض الحالات، الإفصاح عن المعلومات، التي قد تساعد في منع ارتكاب جريمة أو التي قد تساعد القضاء في الكشف عن بعض الوقائع المتعلقة بجريمة ما، وذلك بهدف اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة ضدها[2]، وبهذا الصدد عرف بعض الفقه (السر) محل الالتزام، بأنه: (عبارة عن معلومة ذات صفة شخصية أو موضوعية تقتضي مصلحة الشخص – المعترف بها قانونًا – أن يظل نطاق العلم بها محدوداً)[3].

ولعل التساؤل يثور بشأن موقف التشريعات في دول مجلس التعاون وفيما إذا كان قد نظم هذه الالتزام في التشريعات المقارنة، وهذا ما نبينه تباعا.

1- موقف تشريعات دول مجلس التعاون

لا يوجد نصّ صريح في تشريعات دول مجلس التعاون يلزم المتفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات التي يتحصل عليها من التفاوض، وبذلك فإن معالجة هذه الإشكالية في غياب النص تكون بأحد الوسائل الآتية:

الأولى: **الاتفاق**، يتفق أطراف التفاوض على المحافظة على سرية المعلومات وعدم إفشائها للغير أو استخدامها لمصلحته، في هذه الحالة يكون الاتفاق هو مصدر الالتزام بسرية المعلومات، أي أن الالتزام هو التزام عقدي.

الثانية: **إعمال مبدأ حسن النية**، وتأسيس الالتزام على هذه المبدأ، ولكن في هذه الحالة لا يكون الالتزام عقديًا، وإنما يعتبر من قبيل الالتزامات القانونية، وتطبيقًا لذلك سيتم تطبيق قاعدة البينة على المدعي، وعلى المدعي تأسيسًا على ذلك أن يثبت انتهاك الالتزام بالسرية والضرر الذي

---

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص115.

(2) إيناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني: دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص956.

(3) د. طارق كاظم عجيل المعلومات غير المفصح عنها: ماهيتها والحماية القانونية لها، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين، كلية الحقوق – جامعة النهرين، المجلد11، العدد21، 2008م، ص8.

أصابه بسبب خطأ المدعى عليه، فإذا استطاع أن يثبت بأن المدعى عليه قام بإفشاء أسراره توافر الخطأ الذي يحقق قيام هذا النوع من المسؤولية.

الثالثة: **القياس**، إذ يمكن القياس على بعض النصوص التي تنظم العلاقة بين المتعاقدين، ومن ثم استنباط الحكم طبقًا لعلة الحكم التي تجد ضابطًا لها مبدأ حسن النيّة بوصفه مبدأ عامًا في نطاق ما قبل التعاقد وتؤسس عليه الأحكام التي تنظم التفاوض ما قبل إبرام العقد، وأبرز ذلك ما نصت عليه بعض تشريعات مجلس التعاون على عدم إفشاء الأسرار في نطاق المهنة، فقد نصت المادة (265) من القانون رقم (13) لسنة 1990م، بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، على أنه: (لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صفته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكرها له مقصودًا به ارتكاب جناية أو جنحة...) وفي مملكة البحرين نصت المادة (67) من مرسوم بقانون رقم (14) لسنة 1996م، بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية على أنه: (لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو مدققي الحسابات أو غيرهم عن طريق مهنته أو صفته، بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكرها له مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة)، وفي الإمارات العربية المتحدة نصت المادة (42) من القانون الاتحادي رقم (23) لسنة 1991م، بشأن تنظيم مهنة المحاماة على أنه: (لا يجوز للمحامي أن يفشي سرا اؤتمن عليه أو عرفه عن طريق مهنته ما لم يكن الإفضاء به من شأنه منع ارتكاب جريمة).

ورغم أهمية هذه النصوص فإنها لا تنفي ضرورة المعالجة التشريعية المباشرة لما للتفاوض من خصوصية تحتم ذلك، إذ إن تركها للاجتهاد قد يترك الباب مفتوحًا لتفاوت الأحكام وعدم الاستقرار في تنظيم هذا المرحلة المهمة في التعامل، كما أن القياس قد يصطدم عند البعض بالاستثناء فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه[1].

2- موقف بعض التّشريعات المقارنة

حرص المُشرّع الفرنسي على تنظيم المفاوضات في آخر تعديل له على قانونه المدني، حيث كان له السبق في تنظيم المفاوضات السابقة على التعاقد بما يتناسب ومستجدات العصر الحديث ويعد ذلك سابقة فريدة من نوعها، وخاصة أن غالبية التشريعات المنظمة للقانون المدني في غالبية الدول لم تولِ مسألة المفاوضات الاهتمام الذي يتناسب وأهمية هذه المرحلة، ومن ضمن المواد

---

(1) في الواقع أن ما عُرض أعلاه هو على سبيل المثال وليس بصدد استعراض كلّ النصوص التي اشتملت على المبادئ التي تنظم عملية ما بعد التعاقد.

المنظمة للتفاوض مسألة المحافظة على سرية المعلومات في هذه المرحلة، حيث تنص المادة (1112-2) من القانون المذكور على أن: (الطرف الذي يستعمل أو يكشف دون ترخيص معلومة سرية تم الحصول عليها بمناسبة المفوضات يتحمل المسؤولية وفق الشروط الواردة في القواعد العامة)[1].

ومن هنا ترجح الباحثة النصّ على الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات بشكل واضح وصريح، حيث إن النص على ذلك صراحة يختصر الإجراءات القضائية التي يتطلبها إثبات قيام المسؤولية التقصيرية التي تقوم على أساس انتهاك مبدأ حسن النيّة الذي يلزم المتفاوض بعدم إفشاء أسرار أي طرف من أطراف التعاقد لأن إثبات قيام الخطأ والاخلال بمبدأ حسن النيّة يقع على عاتق المضرور، بالإضافة إلى أن هناك أفكارًا ومعلومات سرية يتمّ تداولها أثناء المفاوضات ولا يوفر لها القانون الحماية اللازمة لعدم استيفائها للمتطلبات اللازمة، ومن قبيل ذلك الاختراعات والرسوم والنماذج والعلامات التجارية التي لم تسجل بعد[2].

وفي مبادئ اليونيدروا، نصت المادة (2-1-16) منها، على أنه: (سواء تم إبرام العقد أم لا، فإن الطرف الذي يتلقى أثناء المفاوضات معلومات ذات طابع سري من الطرف الآخر، ملزم بعدم إفشائها أو استخدامها بغير حق لأغراض شخصية، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام تعويضًا يشمل في هذه الحالة المنافع التي كان سيحصل عليها الطرف الآخر)[3].

وتبين لنا المادة السابقة أهمية الالتزام بالمحافظة على الأسرار وعدم استغلالها وفي حال قيامه بذلك يلتزم بتعويض المتفاوض المتضرر، فيجب عليه أن يلتزم الصمت بشأن كلّ المعلومات التي تصل إليه بمناسبة المفاوضات.

---

(1) (Art 1112-2): Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun".

(2) عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التقليدي: دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة المنوفية، مصر، المجلد10، العدد20، 2001م، ص280 وما بعدها، راجع كذلك: أ. مها حسن علي السقا، مبدأ حسن النيّة في مفاوضات عقود التجارة الإلكترونية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2016م، ص94.

(3) ARTICLE 2.1.16 (DEVOIR DE CONFIDENTIALITÉ):
(Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon indue à des fins personnelles, Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie).

ومن هنا توصي الباحثة المُشرّع الخليجي بأن يحذو نحو ذلك في وضع تنظيم قانوني للمفاوضات السابقة على التعاقد، فثمة ضرورة ماثلة في إرساء قواعد قانونية واضحة تعالج كلّ المسائل التي تطرحها المفاوضات السابقة على التعاقد، فكما تبين من الدراسة هذه المرحلة تتضمن جوانب قانونية كثيرة وتتفرع منها مسائل بغاية الأهمية ويجب أن نتدارك القصور التشريعي لهذه المرحلة.

الفصل الثاني

الإشكاليات الخاصة لما قبل التعاقد الإلكتروني

(التكييف والإخلال بالأمن المعلوماتي)

بعد أن بينت الدراسة الإشكاليات العامة لمرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني، تتناول في هذا الفصل الإشكاليات الخاصة للمرحلة السابقة على التعاقد الإلكتروني، وهي التي تتعلق بطبيعة المفاوضات التي تتم عبر شبكة الإنترنت والمسؤولية المترتبة عليها، كما أن الدراسة تسلط الضوء في هذا الفصل على أهمّ إشكالية تواجه المتفاوضين في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، وهي ما يتعلق بأمن المعلومات التي يتمّ تبادلها في هذه الفترة السابقة على إبرام العقد.

الفصل الثاني

الإشكاليات الخاصة لما قبل التعاقد الإلكتروني

(التكييف والإخلال بالأمن المعلوماتي)

تتناول الدراسة في هذا الفصل إشكالية التكييف القانوني للعقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، حيث يثور التساؤل حول تكييف الطريقة التي يتبعها أطراف التعاقد في تنظيم عملية التفاوض بغرض تيسير العملية وصولًا إلى إبرام العقد نهائيًا، هل يمكن وصف التفاوض الذي يجري بإرادة الطرفين على أنه ذو طابع عقدي أو قانوني أم أن التفاوض هو مجرد عمل مادي لا يكتسب أي طابع عقدي أو قانوني؟ إن نتائج التكييف تنعكس على المسؤولية، وهذا ما يفرض أيضًا في هذا السياق موضوعًا آخر له خصوصية بالمقارنة مع قواعد المسؤولية تفرض إفراده بالبحث، فما هي معالجة مشكلة الإخلال بالأمن المعلوماتي وفيما إذا كانت قواعد المسؤولية تكفي في نطاق التفاوض لمعالجة موضوع هذا الإخلال؟

وعليه سيكون هذا الفصل على مبحثين، **الأول** مشكلة التكييف القانوني وما يتبع ذلك من أثر بشأن المسؤولية، ثم المبحث **الثاني** إشكالية الإخلال بالأمن المعلوماتي، وتركز الباحثة على المعالجة في تشريعات دول مجلس التعاون.

المبحث الأول

تكييف التفاوض الإلكتروني

اخْتلفَ الفقهُ في التكييف القانوني للتفاوض[1]، فهناك اتجاه يرجح إجراء التفاوض في اتفاق يتمّ التوقيع عليه من قبل أطراف التعاقد لضمان الالتزام بسير المفاوضات وتحقيق النتائج المرجوة من التفاوض بشكل منظم وبطابع جدي، وخاصة بحال استمرار التفاوض لفترات زمنية طويلة حتى يتمّ التوصل إلى اتفاق نهائي بعد دراسة متأنية لكل التفاصيل التي تتم عبر شبكة الإنترنت، وهذا غالبًا ما يحصل بالنسبة إلى العقود التي يكون محلها ذا قيمة كبيرة أو العقود ذات الطبيعة المركبة[2]، وهناك من يعتبر التفاوض مجرد عمل مادي يتمّ فيه تبادل الآراء من دون الالتزام بعقد

---

(1) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص263 وما بعدها.

(2) د. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض بالعقود عبر شبكة الإنترنيت، مرجع سابق، ص3.

وهذا ما ستتعرض له الباحثة في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى مطلبين، **الأول** إشكالية التكييف، **والثاني** نتناول أثر التكييف في اختيار المسؤولية.

المطلب الأول

الاختلاف حول تكييف التفاوض

حاولَ بعضُ الفقهِ أن يكيّف التفاوض استنادًا إلى أنه عمل إرادي في حقيقته ومن ثم يكسبه الطابع العقدي، بينما اتجه البعض الآخر إلى اعتباره عملًا ماديًا لا يمكن إضفاء الصفة العقدية عليه مادام لم يبرم العقد بعد، وبناء عليه ستعرض الدراسة ذلك مبينين مدى وجود قصور في المعالجة القانونية لهذا الجانب.

الفرع الأول: طرح فكرة التكييف العقدي

يرى بعضُ الفقهِ أنّ التفاوض هو عبارة عن اتفاق عام وليس عملًا ماديًا، ويوصف هذا الاتفاق مع عموميته على أنه اتفاق تحضيري أو مؤقت، الغرض منه تنظيم سير المفاوضات، وتعتبر هذه المفاوضات تصرفًا قانونيًا وليس واقعة مادية لوجود هذا الاتفاق بين الأطراف، فهو يتمّ بتوافق إرادتين – على حد تعبير هذه الاتجاه – على إحداث أثر قانوني[1]، فالهدف من هذا الاتفاق على التفاوض هو إحداث أثر قانوني معين وهو إبرام العقد وفي سبيل ذلك يلتزم المتفاوض بالتزامات حقيقية وليست مجرد التزامات أخلاقية أو إنسانية، فمتى ما قرر أحد الأطراف الدخول في التفاوض يجب عليه الالتزام بالالتزامات التي يفرضها عليه مبدأ حسن النية[2].

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه بمجرد توافق الإرادتين على التفاوض يفترض حصول الاتفاق فهو اتفاق ضمني لا حاجة إلى التصريح به فيكفي وفقًا للقواعد العامة لنشوء هذا الاتفاق الإرادة الضمنية التي يعبر عنها بعرض الدخول في المفاوضات ثم قبول هذ العرض، فمتى وجدت المفاوضات فعليًا نستنتج وجود اتفاق تبعًا لذلك[3].

---

(1) د. أكرم محمود حسين البدو، و د. محمد صديق محمد عبد الله، مرجع سابق، ص423.

(2) le nouvel art (1112) prend soin de préciser que la bonne foi doit également régner lors de cette période sensible qui peut conduire à la formation du contrat, Si la discussion peut être rompue, il faut néanmoins l'engager et la poursuivre de bonne foi.

(3) تنص المادة (32) من القانون المدني البحريني على أنه: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه، وذلك ما لم يتطلب القانون في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة على نحو معين، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن=

ووفقًا لهذا الاتجاه فإن اتفاق التفاوض لا يرتب التزامًا بإبرام العقد ولكن بموجبه تبدأ مسيرة المفاوضات التي تمهد لإبرام العقد، بل وأكثر من ذلك يرى أصحاب هذه الاتجاه أن هذا الاتفاق لا يتميز بخصائص معينة فهو لا يختلف عن أي اتفاق آخر، إذ يهدف إلى ترتيب أثر قانوني، ولا يتطلب لصحته إلا توافر الشروط التي يتطلبها أي اتفاق من رضا ومحل وسبب[1]، ولا يجد هذا الاتجاه – طبقًا لذلك – ما ينفي وجود هذا الاتفاق، فأي اتفاق يمكن أن يعقد ضمنيًا، بل يمكن القول إن التعبير عن الإرادة في المفاوضات يكون صريحًا، ما دام المتفاوض يقوم بفعل يكشف مباشرة عن الإرادة، وهذا الفعل يكمن في عملية تبادل الوثائق والمستندات والأوراق المهمة، ومع ذلك يرى هذا الاتجاه أنه إذا كان الأصل وجود هذا الاتفاق فإن للقاضي سلطة تقديرية في تقرير قيام التفاوض الضمني من عدمه[2]، وينشأ عن هذ الاتفاق – طبقًا لهذا الاتجاه – الالتزام بالتعامل على أساس حسن النيّة وجميع الالتزامات الفرعية المترتبة عليه، وهي في هذه الحالة ليست واجبات عامة، وإنما هي التزامات ذات طابع عقدي.

ويرى هذا الاتجاه أن ما يحول دون اعتبار المفاوضات واقعة مادية يكمن في الأسباب الآتية:

1- إن عملية التفاوض لا تتم بمحض الصدفة ومن دون الإعداد لها، وإنما تستلزم التحضير واختيار فريق التفاوض والمكان الذي سيتم به بالإضافة إلى توفير النفقات المالية التي يتطلبها إجراء التفاوض قبل الدخول في مرحلة التفاوض أي هي قائمة على التوقع، وهذا ما يبعدها عن الواقعة المادية التي تحدث دون توقعات.

=يكون صريحا)، وتنص المادة (35) من القانون المدني الكويتي على أنه: (يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يجيء صريحًا)، وتقابل هذه المادة، المادة (70) من القانون المدني العماني، والمادة (65) من القانون المدني القطري، والمادة (132) من القانون المدني الإماراتي.

(1) الطعن رقم (37) بتاريخ 18 سبتمبر 2004م، لسنة 2004م، قضائية، حكم محكمة التمييز – الأحكام المدنية، حكومة دبي، والذي ينص على: "...أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، كما أن المقرر أن الإعلان الموجه إلى الجمهور أو إلى الأفراد لا يعدو أن يكون دعوة للتفاوض وأن المفاوضات ليست إلا عملًا ماديًا ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني"، منشور على موقع قوانين الشرق الأوسط: www.eastlaws.com، آخر زيارة 12 يناير 2018م.

(2) المقرر في قضاء محكمة النقض أنه: (وإن كان الأصل في العقود أن تكون ملزمة، بمعنى عدم انفراد أحد العاقدين بتعديل العقد دون رضاء الطرف الآخر، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على تعديل العقد، وكما يتمّ ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح أن يكون ضمنيًا) محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم (4719) لسنة 72 قضائية، جلسة 2017/02/23م.

2- إن الواقعة المادية تستلزم إهمال الإرادة الحرة التي تتجه إلى إبرام العقد في حين أن المفاوضات ليست مجرد اجتماع يتمّ مصادفة من دون تعبير عن الإرادة، فوجود الأطراف في عمليه التفاوض وبدئهم بالتفاوض بشأن عناصر العقد المراد إبرامه لا يتمّ إلا بناء على رغبة بذلك ومن هنا تظهر فكرة وجود اتفاق ضمني بينهم على الدخول في التفاوض في حالة عدم التصريح به، وترتيبًا على ذلك نستبعد فكرة الطبيعة المادية لعملية التفاوض[1].

3- من غير المتصور أن تكون عملية التفاوض تصرف آحادي من قبل شخص واحد، بل هو تصرف يتمّ بين طرفين أو أكثر، ويتم من خلاله التفاعل بين الأطراف وتبادل الآراء رغبة في إحداث أثر قانوني محدد وهو الوصول إلى مرحلة إبرام العقد[2].

4- تقع على عاتق المتفاوضين التزامات حقيقية وليست مجرد واجبات إنسانية، وأهم هذه الالتزامات الالتزام بالتفاوض بحسن نية وجميع ما يترتب على هذا الالتزام الرئيسي من التزامات ثانوية أوفرعية[3].

إن هذا الاتجاه يكيف التفاوض على أنه ذو طبيعة عقدية سواء تم إفراغ إرادة التفاوض صراحةً في اتفاق تمهيدي منفصل عن العقد الأساسي أو تم ذلك ضمنيًا من خلال البدء في إجراءات التفاوض من قبل الأطراف، وتجدر الإشارة إلى أنه يلجأ الأطراف إلى إبرام عقود مؤقتة أو بروتوكولات تمهيدية بهدف وضع أرضية ثابتة للمفاوضات تضمن نوعًا من الإلزام لأطرافه، وهذا الاتفاق مقرونًا بمدة معينة وتحدد المدة بناء على الوقت الذي تستغرقه المفاوضات طبقًا لمعيار المعقولية واضعين بالاعتبار طبيعة التعاقد وغيرها من العناصر التي تحدد الفترة المتوقعة لإنهاء المفاوضات، وينتهي هذا الاتفاق بانتهاء المفاوضات، وليس بالضرورة أن تكون نتيجة التفاوض إبرام العقد بشكل نهائي بل ممكن أن ينتهي اتفاق التفاوض من دون الوصول إلى نتيجة ترضي جميع الأطراف ومن دون أن يخل ذلك بحقيقة وجوده فالالتزام بهذه الحالة هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة.

---

(1) أ. مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النيّة في مفاوضات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص133 وما بعدها.

(2) حمدي محمود بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد "الطبيعة العقدية وآثارها": دراسة تحليلية تأصيلية، مجلة جامعة الأزهر بغزة- فلسطين، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد12، العدد الأول، 2010م، ص727.

(3) م.م. أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد: ماهيتها وأحكامها، مرجع سابق، ص294 وما بعدها.

الفرع الثاني: طرح فكرة التكييف المادي

يرى أصحابُ هذا الاتجاه أن التفاوضَ هو مجرد واقعة مادية[1] لا يترتب عليها أي التزامات، فهي عبارة عن جسر عبور للوصول إلى العقد النهائي، وهذا العقد هو الذي يرتب الآثار القانونية في مواجهة أطرافه وليس التفاوض، ولضمان سير عملية التفاوض بسلاسة ومن دون صعوبة وأي عراقيل يجب الابتعاد عن مفهوم الإلزام في المرحلة السابقة على التعاقد، وخاصة أن مبدأ حسن النيّة والالتزامات المترتبة عليه كفيل بأن يحفظ حقوق الأطراف في مرحلة التفاوض ويمكن محاسبة الطرف المنحرف عن مبدأ حسن النيّة وما يترتب عليه من التزامات وفقًا للقانون.

ويرى البعض عدم ضرورة الخلط بين الوقائع المادية وبين الاتفاق لأن الأول وإن وقع بإرادة الإنسان فإن هذه الإرادة لا تغير من طبيعته، فيبقى عملًا ماديًا لا يرقى إلى مصاف التصرف القانوني الذي يرتب آثارًا قانونية في مواجهة أطرافه أي لا تترتب عليه أية التزامات باستثناء تلك التي يقتضيها الواجب العام القاضي بعدم الإضرار بالغير[2].

وفي حالة عدول أي طرف من أطراف التعاقد لا يمكن الاحتجاج عليه ولا يكون مسؤولًا إلا إذا ارتكب خطأ ألحق بالطرف الآخر ضررًا وكانت هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر[3]، وحينئذ يسأل بموجب أحكام القانون وليس بموجب الاتفاق، ويرى أصحاب هذا الاتجاه بأنه لا يمكن وصف المفاوضات بأنها ذات طابع عقدي إلا إذا أبرم اتفاق صريح ومكتوب ينظم العلاقة بين المتفاوضين، حيث عرف هذا النوع من الاتفاق بأنه: (العقد الذي يتعهد طرفاه ببدء عملية التفاوض ومتابعتها، بقصد التوصل إلى إبرام عقد معين، وذلك من خلال منهجية موضوعية وإجرائية يتفق عليها بينهما)[4]، أي أنه ليس عقدًا مقصودًا لذاته إنما الغرض من وجوده هو الإعداد وتمهيد الطريق أمام العقد النهائي، والطابع التمهيدي لهذا العقد لا ينشئ التزامات قانونية بإبرام العقد

---

(1) حكم تحكيمي صادر عن غرفة التجارة الدولية عرف المفاوضات بأنها: "مرحلة يتعهد فيها الطرفان بالتفاوض أو متابعة التفاوض بغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد موضوعه إلا بطريقة جزئية لا تكفي في جميع الأحوال لانعقاده"، في هذا الحكم كان النزاع يتمحور حول تطبيق إحدى قواعد التجارة الدولية التي يشار إليها عادة بالمصطلح اللاتيني (lexmercotaria)، فالمحكمة رفضت عد العقد محل النزاع عقد بيع وجرى تكييفه على أنه مجرد عملية تفاوض، ينظر في ذلك: نبيل إسماعيل الشملاق، مرجع سابق، ص310، وتعرف الواقعة المادية بأنها: "كل عمل أو حدث يصدر عن الإنسان فتترتب عليه آثار قانونية بصرف النظر عن نية من صدرت عنه".

(2) د. أيمن أحمد الدلوع، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني، مرجع سابق، ص21 وما بعدها.

(3) مراد يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة – مصر، 2007م، ص109، ينظر كذلك: د. سامح عبد الواحد تهامى، مرجع سابق، ص135.

(4) محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004م، ص187.

النهائي على أطرافه مادام لا يرقى إلى مرتبة التصرف القانوني المقصود لذاته، وإنما الغرض منه إبرام عقد تنشأ عنه التزامات قانونية.

ولذلك فإن المبدأ الذي يهيمن على اتفاق المفاوضات هو مبدأ حسن النيّة الذي يمكن أن يكون مصدرا لالتزامات لم ينص عليها اتفاق التفاوض في حالة إبرامه، فعلى هذا المبدأ تؤسس الالتزامات التي تضمن سير عملية المفاوضات بهدف الوصول إلى اتفاق نهائي بعيدًا عن أي تلاعب أو عدم جدية، وأن يُظهرَ الأطراف حسن نيتهم عن طريق التعاون والجدية في التعامل والانضباط...إلخ، بل يلزم أطراف التفاوض بموجب مبدأ حسن النيّة ببذل عناية في هذا النوع من الاتفاق إذ لا يوجد ما يلزمهما للوصول إلى نتيجة نهائية وهي إبرام العقد، وإنما يلتزمون بالسعي بحسن نية للوصول إلى إبرام العقد، وإذا لم يستطع الأطراف الوصول إلى ذلك فلا تقع عليهم أية مسؤولية[1].

إن مقتضى القول بأن التفاوض ما هو إلا واقعة مادية يكمن في أن أي طرف من أطراف التفاوض يملك حرية التعاقد من عدمه، ولا يوجد خوف من مادية المفاوضات لأن المقابل لهذه المادية وجود مبدأ حسن النيّة الذي سبق أن بيّنّا بأن تعميمه كفيل بنشوء التزامات تبعد أي خطر ممكن أن يهدد هذه المرحلة، وهذه الالتزامات الأخلاقية تضمن عدم الانحراف عن الصدق والأمانة والشفافية في التعامل، والابتعاد عن الغش والخديعة والاحتيال والنزاهة في التعامل، وبناء عليه هذه المرحلة يحكمها مبدآن هما: حرية التعاقد وحسن النية، ومن هنا عبّر القضاء الفرنسي في كثير من أحكامه عن ارتباط مبدأ حرية التعاقد بمبدأ حسن النيّة ارتباط غير قابل للتجزئة، وما يعبر عن موقفه حكم للدائرة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية والذي جاء فيه: "...أن الحرية التعاقدية تتضمن الحق في قطع المفاوضات، ولا يقيد هذه الحرية سوى التعسف باستعمال هذا الحق بقطع المفاوضات من خلال خطأ يتمثل بانتهاك ثقة الطرف الآخر..."[2] وإذا كانت هذه الالتزامات مهمة لحسن سير المفاوضات في ظل التعاقد بشكله التقليدي، فإن بيئة التعاقد الإلكتروني تفرض حرصًا أكبر كون

---

(1) جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية: "المفاوضات ليست إلا عملًا ماديًا ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني"، الطعن رقم (8240) سنة 65 قضائية، جلسة 1997/6/23م، مكتب فني48، الجزء الثاني، ص952، منشور على شبكة قوانين الشرق الأوسط: www.eastlaws.com

(2) que la liberté contractuelle implique celle de rompre les pourparlers, liberté qui n'est limitée que par l'abus du droit de rompre qui est une faute caractérisée par le fait de tromper la confiance du partenaire ; que la cour d'appel, qui n'a relevé aucun élément à la charge du cédant de nature à caractériser un tel comportement, contraire à la bonne foi contractuelle, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 1382 et 1383 du Code civil..."Cass.Com, 26 nov 2003, 18600-10.243 00-10.949, disponible sur: https://cutt.us/LncDX, p. consultée: Avril 2019.

التعاقد الإلكتروني يتمّ عن بعد، وتهدف هذه الالتزامات إلى تحقيق مصلحة الأطراف والتوصل إلى اتفاق نهائي من دون الإضرار بأي طرف[1].

رأي الباحثة

بعد عرض الاتجاهات الفقهية بشأن طبيعة المفاوضات السابقة على التعاقد، ترى الباحثة أن المفاوضات لا يمكن وصفها بأنها اتفاق في الأصل، لأن الإرادة لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني على نحو إذا اقترنت بالإرادة الأخرى تكون اتفاقًا أو عقدًا، بالإضافة إلى أن كلّ طرف من أطراف التفاوض يتمتع بحرية ترك المفاوضات متى شاء مادام لم يتعسف في ذلك طبقًا للأحكام العامة لنظرية التعسف في استعمال الحق، ولكن من جهة أخرى لا يمكن اعتبار المفاوضات مجرد واقعة مادية مجردة من أي قيمة، إذ من المتصور أن يحصل اتفاق تفاوضي يكسبها طابعًا عقديًا تتوافر فيه عناصر العقد مثل الإيجاب الملزم الذي يصدر بإرادة منفردة يلتزم به الموجب إذا حددت له مدة حتى نهاية المفاوضات العقدية، ومما يؤكد القيمة القانونية للمفاوضات أنها تعد مرجعًا مهمًا لتفسير العقد بما تتضمنه من مناقشات ومكاتبات متبادلة بين أطرافه، إذ يتمّ الرجوع إليها عند الحاجة سواء لغرض الكشف عن أي غموض بالنسبة إلى بنوده وكذلك يرجع إليها القاضي الذي يطرح أمامه نزاع بشأن العقد[2]، فضلا عن أن مبدأ حسن النيّة الذي يعتبر عصب المفاوضات وهو مبدأ مرن قابل للتطبيق على المرحلة السابقة للتعاقد مثلما يطبق على تكوين العقد وما بعده يجعل من إكساء المفاوضات طابعًا ماديًا بحتًا أمرًا لا يمكن قبوله، كما أن مقتضى إقرار التزامات بموجب هذه المبدأ يبعدها عن الوصف المادي المجرد، مثال ذلك الالتزام بالإعلام والالتزام بالتعاون، والالتزام بالمحافظة على السرية، والالتزام بالاعتدال والجدية وغيرها من الالتزامات المبنية على مبدأ حسن النيّة في التفاوض وأن التفاوض من خلال شبكة الإنترنت يكون مسبوقا بترتيبات اتفاقية، وأن التفاوض ما هو إلا عملية ممهدة للعقد يسود فيها الطابع التحاوري والأخذ والعطاء بصورة تبادلية ويتضمن ذلك مجموعة من العروض المتقابلة[3].

ومن هنا ترى الباحثةُ أن المفاوضات – ومنها المفاوضات الإلكترونية – هي ذات طبيعة خاصة ومتميزة، فهي خليط من العمل المادي الذي يترك للمتفاوض كامل الحرية في قطع المفاوضات والعدول عنها من دون إبداء دوافع العدول إلا في حال وقوع ضرر للغير والعمل

---

(1) أ. مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النيّة في مفاوضات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص36 وما بعدها.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة الإدارة العامة للبحوث، الرياض، ط1، 1995م، ص16.

(3) د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص229 وما بعدها.

القانوني الذي يضفي عليها القيمة القانونية، فلا يمكن اعتبار التفاوض عملًا مجردًا من أي قيمة قانونية، وبناء عليه يمكن تكييف الالتزامات التي تنشأ في هذه المرحلة أنها قائمة على التوقع أو الاحتمال، فإمكانية الاتفاق من عدمه غير واضحة لجميع الأطراف بشكل متساوٍ[1].

المبحث الثاني

انعكاس التكييف على مسؤولية المتفاوض

إنَّ المعالجةَ المطروحة بشأن المسؤولية نتيجة للاختلاف حول طبيعة المفاوضات تدور بين نظامين، وهما النظام العقدي والنظام التقصيري ولبيان ذلك نطرح هذ المبحث في ثلاثة مطالب، نتناول في الأول التأسيس لنظام المسؤولية ثم نتناول في الثاني النظام العقدي وفي الثالث النظام التقصيري.

المطلب الأول

أثر فكرة التكييف العقدي على اختيار المسؤولية

اختارَ جانبٌ من الفقهِ النظامَ العقدي لمعالجة الإشكاليات وبناء على ذلك قال بإمكانية تطبيق أحكام المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض[2] وهذا الاتجاه يرى في هذه المسؤولية ما يكفي لحل الإشكاليات دون حاجة إلى البحث عن أسلوب آخر سواء في إطار مسؤولية تقصيرية أو خاصة، ويستند هذا الاتجاه إلى وجود إرادات تتصارع في مجال المنافسة ولكن هذا الصراع يحمل في حقيقته اتفاقًا يمثل نظامًا عقديًا، كما أنه لو طبقت أحكام المسؤولية التقصيرية فإنه في حال نجاح المتضرر في إثبات الخطأ، سيكون الطرف المسؤول عن وقوع الخطأ ملتزمًا بتعويض المتضرر عما أصابه من ضرر مباشر سواء كان متوقعًا أو غير متوقع، وإذا ما تم الانتقال إلى مرحلة إبرام العقد ووقع الضرر سيكون في هذه الحالة على المتعاقد أن يعوض المضرور عن الضرر المباشر المتوقع فقط، وهذه النتيجة لا يمكن التسليم بها لأنها تتنافى ومقتضيات تحقيق

---

(1) حمدي محمود بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد "الطبيعة العقدية وآثارها": دراسة تحليلية تأصيلية، مرجع سابق، ص723-758.

(2) المسؤولية العقدية تقوم عند وجود عقد صحيح ولم يقم أحد طرفي التعاقد بتنفيذ الالتزامات الواقعة عليه، أو تأخر في تنفيذ هذه الالتزامات وتقوم هذه المسؤولية على أساس الخطأ والضرر، وبناء عليه يفترض قيام المسؤولية العقدية عند تحقق أمرين: 1- وجود عقد صحيح مستوفي الشروط بين الطرفين. 2- عند تنفيذ الالتزام الواجب بحيث يتسبب بضرر للطرف الآخر مما يستوجب تعويضه، ينظر في ذلك: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ط2 الجديدة، 1998م، ص954 وما بعدها.

العدالة فمن غير المتصور أن يكون حجم التعويض عن الضرر في المرحلة السابقة على التعاقد أكبر من المرحلة التي يكون قد أبرم فيها العقد فعلًا، وذلك من شأنه أن ينفر المتعاقدين من الدخول في مرحلة مفاوضات قد تكبدهم كثيرا من الخسائر[1].

ولم يخرج هذه الاتجاه عن الإطار العام لتكييف المفاوضات على أنه اتفاق، ولكنه في التأسيس للمسؤولية العقدية ركز الفكرة في نوعية الاتفاق على أنه يمكن أن يكون في نوعين من العقود حسبما يأتي:

الفرع الأول: فكرة العقد الضمني

يرى أصحابُ هذا الاتجاه أنَّ المسؤولية في مرحلة التعاقد هي عقدية دائمًا، وتبنّى هذا الرأي الفقيه الألماني (Jhering)[2] وفكرة هذا الفقيه الألماني تتمحور حول وجود عقد ضمني ما بين المتفاوضين وأن هذا العقد ينشأ بمجرد الدخول في المفاوضات والمباحثات، وفي هذا العقد يلتزم فيه كلّ طرف من أطراف التعاقد بالتفاوض بحسن نية والالتزام باستمرار المفاوضات والسير فيها حتى تحقق الهدف المنشود منها والابتعاد عن أي عمل ممكن أن يعطل أو يعيق سير المفاوضات، فإن أخلّ بالالتزام الواقع عليه سواء عن طريق قطع المفاوضات أو تعطيلها من دون عذر مشروع، يجب أن تتم مساءلته على أساس المسؤولية العقدية[3].

وأساس فكرة الفقيه (Jhering) هي (الخطأ عند تكوين العقد) إذ يرى أن الخطأ عند تكوين العقد سواء ترتب عليه عدم إتمام عملية التعاقد أو بطلان العقد بعد إبرامه هو دائمًا خطأ عقدي

---

(1) مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق – جامعة الشرق الأوسط، عمان – الأردن،2014 ص44 وما بعدها.

(2) Rudolf von Jhering (souvent Ihering) (Aurich, 22 août 1818 - Göttingen, 17 septembre 1892) était un juriste allemand, Il est connu pour son livre publié en 1872 Der Kampf ums Recht, comme savant juriste, et comme fondateur de l'école moderne sociologique et historique de droit, Selon Jhering, le droit n'est pas sa propre fin, il est le moyen d'atteindre un but qui est le maintien, la conservation et le développement de la société Il insiste sur le caractère coercitif indispensable à l'existence du droit, en disant qu'une règle de droit sans contrainte "c'est un feu qui ne brûle pas, c'est un flambeau qui n'éclaire pas", En outre il défendit le formalisme présent au sein de l'organisation et du fonctionnement de la justice car il le concevait comme un principe protecteur des droits des justiciables, Jhering considérait ce formalisme comme un principe essentiel: «Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté», Disponible sur: https://cutt.us/7L0IE, p. consultée le 1er Octobre 2019.

(3) حمدي بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد "الطبيعة العقدية وآثارها": دراسة تحليلية تأصيلية، مرجع سابق، ص723 وما بعدها، ينظر كذلك: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1982م، ص304 وما بعدها.

يثير المسؤولية العقدية، فالخطأ في نظر (Jhering) هو توافر سبب البطلان عند طرف من أطراف التعاقد بسبب خطأ أقدم عليه مما يجب عليه تعويض الطرف الآخر حسن النيّة عن الضرر الذي لحق به جراء الخطأ الذي تسبب به الأول، وهذا الخطأ بالنسبة إلى أصحاب هذا الاتجاه يثير المسؤولية العقدية دائمًا تأسيسًا على فكرة العقد الضمني المفترض بين أطراف التفاوض، وهذه الفكرة تقوم على أساس إيجاب صادر عن قبل أحد المتفاوضين، وهذا الإيجاب ينقسم إلى قسمين الأول يتعلق بالعقد الذي يتمّ التفاوض من أجله، أمّا القسم الثاني فموضوعه عدم عرقلة سير عملية التفاوض وإيتاء أفعال من شأنها تسبب أضرارا للطرف الآخر، وبما أن الإيجاب الثاني يتعلق بمصلحة الموجب له فإن مجرد سكوته يعد موافقة وقبول على انعقاد العقد الضمني[1].

هذا الاتجاه تعرّض لانتقادات كثيرة والسبب الرئيسي يرجع إلى أن الاتجاه يقوم على الافتراض، وحتى نعتبر العقد قائمًا لا بُدّ من أن تتجه الإرادة إليه بشكل صريح وواضح وبات، والمتعاقد هنا عندما يعلن عن إرادته فإن ذلك ينصرف إلى العقد الذي يتمّ التفاوض من أجله وليس على الاتفاق بشأن العقد الضمني الذي يضمن عدم عرقلة السير نحو إبرام العقد أو تأخير ذلك لأسباب غير مقنعة[2].

الفرع الثاني: فكرة العقد التمهيدي

يتبنى هذا الاتجاه فكرة وجود عقد تمهيدي أو مجموعة عقود تمهيدية تنظم مرحلة التفاوض بجانب الاتفاق الأصلي الذي تكيف بموجبه المفاوضات، وعلى هذا الأساس يتمّ التمهيد للعقد المزمع إبرامه عن طريق التباحث وإعداد الدراسات والتقارير ومحاولة الاتفاق على الأمور المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، مما يترتب عليه الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه وفقًا لمقتضيات حسن النيّة والالتزام هنا يكون التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، ويتم إفراغ هذا التصرف كتابيًا، والغرض من ذلك تنظيم العلاقة التفاوضية وإلباس التصرف رداءً قانونيًا يرتب آثارًا قانونية على الأطراف المتفاوضة، فإذا تخلف أحد الأطراف عن تنفيذ التزاماته، وأحدث ضررًا للآخر، فإنه في هذه الحالة يعتبر قد أخلّ بالالتزامات العقدية المترتبة عليه وتجب مساءلته[3].

---

(1) د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات العقدية، مرجع سابق، ص304، ينظر كذلك:

Joanna Schmidt-Szalewski, La période précontractuelle en droit français, Revue internationale de droit comparé, Vol, 42 N°2, Avril-Juin 1990, p. 574.

(2) د. سليمان براك، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق - جامعة النهرين، 1998م، ص43 وما بعدها.

(3) أبحار حامد حبش علي، المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص60 وما بعدها.

وقد عرف البعض العقد التمهيدي بأنه: (ذلك العقد الذي يسبق إبرام العقد النهائي المنشود الذي يكون بدوره ممهدًا للعقد النهائي ويترتب على مخالفته قيام المسؤولية العقدية حتى إن لم يبرم العقد بشكل نهائي)[1].

والمعلوم أن مرحلة المفاوضات في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت تتميز بسرعتها الفائقة بسبب الميزة التي توفرها هذه الشبكة وهي ميزة التواصل والقدرة على نقل البيانات بسرعة فائقة، هذه الميزة تقابلها العديد من السلبيات أساسها أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت يتمّ في بيئة إليكترونية باستخدام أحدث ما توصلت إليه التكنولوجيا في مجال الاتصال والقول بوجود عقد تمهيدي يؤدي الإخلال به إلى إثارة فكرة المسؤولية العقد يثير كثيرا من الإشكالات تتعلق بتكوين هذا العقد ذاته وبإثباته والقانون الواجب التطبيق الأمر الذي يجعل من الإشكاليات أكثر معضلة من الحل الذي تقدمه فكرة العقد التمهيدي التي لا يكون الغرض منها سوى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية.

المطلب الثاني

أثر فكرة التكييف المادي على اختيار المسؤولية

إنّ التكييف المادي يبعد المسؤولية تمامًا عن النطاق العقدي، ومن ثم الفعل الذي يرتكبه المتفاوض يخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية، وعليه نبين فكرة المسؤولية التقصيرية، لنعرج بعد ذلك إلى طرح فكرة المسؤولية الخاصة التي إن أبعدت المسؤولية طبقًا لأثر التكييف المادي عن نطاق العقد إلا أنها أخذت بنظر الاعتبار الطبيعة الخاصة للمفاوضات التي تستلزم أحكاما معينة، وهذا ما نبينه تباعًا لننتهي إلى التحليل والاستنتاج.

الفرع الأول: فكرة المسؤولية التقصيرية

ذهبَ أغلبيةُ الفقهِ إلى أن المسؤولية في حلّ الإشكالات المتعلقة بمرحلة ما قبل التعاقد ما هي إلا مسؤولية تقصيرية[2] فهي التي تحكم التفاوض في المرحلة السابقة على التعاقد، حيث لا

---

(1) أ. عمر سالم محمد، المسؤولية السابقة على التعاقد، بحث متاح على: https://cutt.us/iMOAm، آخر زيارة 21 نوفمبر 2019م، ص19 وما بعدها.

(2) هي التي تترتب على الإخلال بالتزام قانوني عام مناصه عدم الإضرار بالغير، هذه المسؤولية تختلف عن الالتزام العقدي، ويكون مصدر الالتزام هنا القانون، أي بواجب فرضه القانون، ففي حالة قيام شخص بالتسبب بضرر للغير فهو يلتزم بتعويض الأخير عما أصابه من ضرر للمزيد حول المسؤولية التقصيرية، ينظر في ذلك: المستشار عز الدين الدناصوري، و د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المجلد الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012م، ص 339 وما بعدها.

يتصور وجود رابطة عقدية في هذه المرحلة، لأن وصف المفاوضات بأنها واقعة أو وقائع مادية يستلزم بالضرورة أن تكون المسؤولية تقصيرية فهي وحدها الصالحة للتطبيق بهذه الحالة[1].

ومبدأ حسن النيّة في مرحلة ما قبل التعاقد يفرض على المتفاوض واجب اتباع سلوك معين خلال المفاوضات، وأن الانحراف عن هذا السلوك يكون الخطأ، ولا حاجة إلى البحث في طبيعة هذا الواجب، المهم هو أن يكون هذا الواجب أو الالتزام أن صح التعبير مرتبطًا بقاعدة قانونية عامة تتمثل بعدم الإضرار بالغير، حتى وأن كان بعض الفقهاء يوصف هذا الواجب على أنه من قبيل التزامات أخلاقية مثل الالتزام بالتعاون والنصح والجدية والإعلام والمحافظة على الأسرار[2].

فإذا انحراف المتفاوض عن الواجب المفروض عليه؛ كأن يقوم بقطع المفاوضات والانسحاب من دون سبب مقنع، أو أن يتفاوض بسوء نية ومثال ذلك إظهار رغبة حقيقية في الدخول في مرحلة التفاوض وصولًا إلى إبرام العقد ومن ثم يتعذر بعدم قدرته على تنفيذ العقد ويقرر العدول عن إتمام المفاوضات، وغرضه الأساسي هو معرفة الأسرار الصناعية للمتفاوض معه، أو يدع الطرف الآخر يتكبد مصاريف إعداد الدراسات وتقارير الخبراء وجمع المعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه ليضرب كلّ ذلك عرض الحائط وينسحب من التفاوض من دون مبرر مقنع، في كلّ هذه الأحوال يرتكب المتفاوض خطأ تطبق عليه أحكام المسؤولية التقصيرية التي بموجبها يفرض على المتضرر إثبات هذه الخطأ والضرر الذي تعرض له، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر حتى يحصل على التعويض، وتقدير التعويض في هذه الحالة يرجع إلى قاضي الموضوع[3].

وقد استقرت محكمة النقض المصرية على أن المسؤولية في مرحلة المفاوضات مسؤولية تقصيرية وليست عقدية، حيث جاء في حكم لها: (المفاوضة ليست إلا عملًا ماديًا لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني فكلّ متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد من دون أن يتعرض لأي مسؤولية أو يطالب ببيان تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض، وعبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذاك الطرف ومن ثم فلا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضة ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على

---

(1) د. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض: دراسة في القانون المصري، د.د.ن. القاهرة، 1995م، ص58.

(2) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص52، ينظر كذلك: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص242 وما بعدها، ينظر كذلك: تواتي أحمد نور الدين، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص17.

(3) د. أيمن أحمد الدلوع، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص67 وما بعدها.

توافره بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية)[1].

وجاء في حكم للمحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية المتحدة: (أنه ولئن كانت المفاوضات ليست إلا عملًا ماديًا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني فكلّ متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد من دون أن يتعرض لأي مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدول ولا يرتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن بخطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض وتوافر به عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية...)[2].

وجاء في حيثيات حكم لمحكمة التمييز البحرينية أنه: (يشترط قانونًا لانعقاد العقد مطابقة القبول للإيجاب والتحقق من ذلك واقع تستقل بتقديره محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة التمييز متى كان استخلاصها سائغا أمّا ما يجرى من مفاوضات بشأن التعاقد فلا يعدو أن يكون عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني...)[3].

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن: (قطع المفاوضات فجأة ودون مبرر مشروع بعد أن بلغت مبلغًا متقدمًا مما يخالف مقتضيات حسن النيّة في المعاملات التجارية، ويعد ذلك من قبيل الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية)[4]، وفي حكم آخر لها تقول: (يحق للطرف المتضرر نتيجة الخطأ الذي وقع خلال المفاوضات السابقة على التعاقد، الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه استنادا إلى أحكام المسؤولية التقصيرية)[5].

---

(1) الطعن رقم (167) لسنة 33 قضائية، جلسة 1967/01/09م، المكتب الفني 18، الجزء الأول، ص334، حكم منشور على موقع قوانين الشرق الأوسط: www.eastlaws.com، آخر زيارة 15 يناير 2018م.

(2) المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم (312) لسنة 19 قضائية، تاريخ الجلسة 1999/01/12م، مكتب فني 21، الجزء الأول، منشور في موقع قوانين الشرق الأوسط: www.eastlaws.com، آخر زيارة 16 يناير 2018م.

(3) محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم (569) لسنة 2008م قضائية، بتاريخ 2010/01/18م، مكتب فني 21، الجزء الأول، ص63، الحكم متاح على موقع قوانين الشرق: https://2u.pw/VciCT، آخر زيارة: فبراير 2019م.

(4) نقلًا عن: نبيل إسماعيل شبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد: دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص329.

(5) (Attendu qu'en se déterminant par ces motifs alors que la victime d'une faute commis au cour de la période qui a précède la conclusion d'un contrat est en droit de poursuivre la préparation du préjudice qu'elle estime avoir subi sur le fondement de la=

وأخذ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الـ (UNIDROIT) بالاتجاه نفسه، حيث نصّ في المادة (2.1.15) من مبادئ العقود التجارية الدولية على أنه (...2- الطرف الذي يتفاوض أو يوقف المفاوضات بسوء نية يكون مسؤولًا عن الخسائر التي لحقت بالطرف الآخر)[1] أي في هذه الحالة يكون المتفاوض سيئ النيّة يكون مسؤولًا مسؤولية تقصيرية ويقع عليه الالتزام بالتعويض عن الضرر الذي سببه للطرف أو الأطراف المتفاوضة بسبب انحرافه عن مبدأ حسن النيّة في التفاوض السابق على التعاقد.

ولم يرد تعريف تشريعي لخطأ المتفاوض في التعاقد الإلكتروني، وإنما ترك ذلك للاجتهادات الفقهية، ويمكن بناء تعريف لهذا الخطأ على تعريف الخطأ التقليدي الذي عرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه: (الإخلال بالتزام سابق)[2]، وعرفه بعض آخر بأنه: (تقصير في مسلك المتفاوض عبر الإنترنت لا يقع من متفاوض يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمتفاوض المسؤول)[3].

ومن ذلك يتضح بأنه تقوم مسؤولية المتفاوض في المفاوضات التي تتم عبر شبكة الإنترنت بسبب خطئه الشخصي على أنها مسؤولية تقصيرية تنشأ في حالة ارتكاب الخطأ الذي قد يكون بسبب إخلاله بأي من الالتزامات الواجبة عليه متى أدى هذه الإخلال إلى إحداث ضرر بالمتفاوض أو بالغير[4].

والواقع أنه وإن أشار هذ الاتجاه إلى أن الخطأ قد يحصل في إطار المسؤولية التقصيرية نتيجة إخلال بالتزام في مرحلة المفاوضات كأن يوجد التزام بالاستمرار بالمفاوضات يفرضه قيام أحد المتفاوضين بالدراسات والمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه بشكل نهائي ثم يقوم الطرف الآخر بقطع المفاوضات من دون أن يراعي هذا الالتزام، أو قد يتعمد أحد أطراف التفاوض

=responsabilité délictuelle...) Cass.Com, 11 Janv 1984, No 8213259, disponible sur: https://2u.pw/DXbqG, p. consultée: Avril 2019.

(1) Art (2.1.15) (Negotiations in bad faith) (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement, (2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party,

(2) Lorsqu' on cherche à définir la faute, il est usuel d'invoquer la célèbre définition qu'a pu donner Marcel Planiol et qui est la suivante: «tout manquement à une obligation pré existante» Kawtar Benchekroun, les droits du patient au Maroc: quelle protection?, thèse présentée pour obtenir master 2 en droit médical et de la santé, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, université Mohamed V, 2009, p. 75.

(3) د. عبد الفتاح محمود كيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م، ص107.

(4) تواتي أحمد نور الهدى، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص56.

كتمان بعض المعلومات وعدم الكشف عنها مما يؤثر سلبًا في الطرف الآخر على الرغم من أنه ملزم بالكشف عن هذه المعلومات، إلا أن المسؤولية التقصيرية لا ترتبط بوجود التزام سابق، وإنما يقع الخطأ بمجرد الانحراف في السلوك طبقًا لمعيار الشخص المعتاد، فمتى ما حصل هذا الانحراف وسبّب ضررًا ألزم الشخص بتعويض هذا الضرر، وبذلك فإن أي فعل يرتكبه المتفاوض ويوصف بأنه انحراف في السلوك يسأل عنه المتفاوض متى ما أدى إلى أحداث ضرر بالغير، إنما الالتزامات طبقًا لهذا الاتجاه تقيد من حرية التفاوض، وتجعل من حدوث الخطأ أمرا ممكنًا بمجرد الإخلال بهذا الالتزام، إذ يكيف هذه الإخلال بأنه انحراف عن سلوك الشخص المعتاد من دون أن يصطدم بمبدأ حرية التعاقد، بعبارة أخرى أن تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية يرتبط بالطبيعة المادية البحتة للمفاوضات وليس لمجرد عدم الالتزام بمبدأ حسن النية، والعدول عن المفاوضات أو عدم الجدية أو غيرها من أمثلة الانحراف عن مبدأ حسن النية، بل بالخطأ العام الذي من صوره الإخلال بمبدأ حسن النيّة أو الالتزامات المتفرعة عنه، وفي جميع الأحوال لا تختلف – طبقًا لهذا الاتجاه – آلية تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية سواء ما تعلق منها بتكييف الخطأ أو إثباته، وسواء أكان إلكترونيًا أو عاديًا، وما تعلق بالضرر سواء أكان ماديًا أو معنويًا وبإثباته أو ما يتعلق بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر والنظرية التي يعتمدها القضاء في تكييف هذه العلاقة، كلّ ما هنالك أن يوضع المتفاوض في منزلة الشخص العادي آخذين بنظر الاعتبار ظروف المفاوضات، فإذا كان الشخص العادي لا يرتكب هذا الخطأ عد المتفاوض مخطئًا وتطبق أحكام المسؤولية التقصيرية بعدئذ[1].

الفرع الثاني: فكرة المسؤولية الخاصة

جاء هذا الاتجاه في محاولة لتفادي الاختلاف بشأن المسؤولية في مرحلة التفاوض، فهو يصنف المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد عند وقوع أي إخلال بالالتزامات الواجبة على الأطراف في مرحلة التفاوض على أنها مسؤولية ذات طبيعة خاصة، وحجة أصحاب هذا الاتجاه بأنه لا ضير من ابتداع نوع ثالث من المسؤولية يقف جنبًا إلى جنب مع كلّ من المسؤولية العقدية والتقصيرية، حيث لا يمكن معالجة الإخلال بالالتزامات الواجبة على الطرفين بموجب أحكام

---

(1) من أنصار المسؤولية التقصيرية الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي إذ يقول: (وإذ استبعدنا أعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي تقوم دائمًا على المسؤولية العقدية فليس معنى ذلك أن المتعاقد الذي يعزى إليه خطأ في وقوع البطلان، يكون دائما بمنأى عن المسؤولية فهذه المسؤولية قد تلحقه وفقًا للقواعد العامة لا على أساس العقد وإنما على أساس العمل غير المشروع)، نقلًا عن: أ. عمر سالم محمد، الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، بحث منشور على موقع المكتبة القانونية العربية: https://www.bibliotdroit.com/، آخر زيارة مارس 2020م.

المسؤولية العقدية ولا المسؤولية التقصيرية، تفرض ذلك الخصوصية التي تتمتع بها المفاوضات، وتكمن هذه الخصوصية في كون التفاوض يقع في مرحلة تسبق التعاقد وتتأثر به من دون الدخول فيه فعليًا، وبذلك حاول أنصار هذا الاتجاه ملاءمة المسؤولية مع طبيعة المفاوضات وانتهوا إلى نظام مزدوج يجمع بين المسؤوليتين بحيث يمكن تطبيق أحكام المسؤولية العقدية أو التقصيرية بحسب الظروف والأحوال، وأساس هذه المسؤولية هو الخطأ[1]، ومن المُسلَّم به أن الخطأ هو أساس قيام أي مسؤولية ولكن الجديد الذي أتوا به بأنه لا يوجد داعٍ لتصنيف الخطأ على أنه إخلال عقدي أو أنه مجرد تقصير من المتفاوض المتسبب بالخطأ، بل يجب أن يصنف هذا الخطأ على أنه خطأ متميز ذو طبيعة خاصة[2].

ولم يلاقِ هذا الاتجاه رواجًا لأنه لا يمكن الجمع بين مسؤوليتين تختلف أحدهما عن الأخرى في شروط التطبيق إذ لكل منهما نظام قانوني خاص مستقل، فضلا عن أنه عدم معرفة النظام الواجب التطبيق سلفًا يخل باستقرار المعاملات، إلى جانب أنه لا يمكن رفع دعوى تجمع بين أحكام المسؤوليتين جنبًا إلى جنب[3].

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا توجد دراسة متخصصة في ظل التشريعات الخليجية الحاكمة للموضوع على الرغم من أننا نعتقد بوجود قصور تشريعي واضح فيما يتعلق بالتفاوض في المرحلة السابقة على التعاقد في إطار هذه التشريعات بشكل عام وسواء بالنسبة إلى التفاوض التقليدي أو التفاوض الذي يتمّ عبر وسائل الاتصال الحديثة عن طريق شبكة الإنترنت على حد سواء، لقد ترك الموضوع للاستنتاج في ظل نصوص غير مباشرة لمعالجة الإشكاليات التي يثيرها هذا الموضوع وفي الغالب تحدد المسؤولية تأسيسًا على أن الأصل في المفاوضات أنها مجرد أعمال مادية مثلما أشرنا آنفًا.

وترى الباحثةُ أن هناك ضرورة ملحة لتنظيم هذه المرحلة عن طريق سنّ التشريعات الملائمة أو تعديل التشريعات السارية بإضافة أحكام قانونية تنظم هذه المرحلة المهمة، وتحدد طبيعتها

---

(1) د. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض: دراسة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص58.

(2) أ.د، صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في كلية الحقوق – جامعة النهرين، العراق، المجلد الأول، العدد الثالث، 1997م، ص130.

(3) محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، السنة22، العدد الثاني، يونيو 1988م، الكويت، ص727.

والمسؤولية المترتبة عليها بشكل واضح حتى لا تتضارب الأحكام الخاصة بهذا الموضوع وألا يتمّ تكييفها بناء على اجتهادات شخصي.

تحليل واستنتاج

من خلال عرض الاتجاهات السابقة ترى الباحثةُ أنّ المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد بالنسبة إلى التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت هي مسؤولية ذات طبيعة خاصة يفترض فيها الخطأ، وبذلك ينتقل عبء الإثبات إلى من يحدث الضرر، إذ عليه أن يثبت عدم ارتكابه للخطأ، ويرجع رأي الباحثة هذه الحالة إلى أسباب عديدة كما يأتي:

أولًا: لا يمكن اعتبار المفاوضات مجرد عمل مادي متجرد من أي التزام، بل هي علمية مركبة من أعمال مادية والتزامات قانونية أو اتفاقية.

ثانيًا: إن مجرد الدخول في المفاوضات يعني قبول الالتزام بنظام تفاوضي معيّن يختلف وضع المتفاوض فيه من ناحية قانونية عن الشخص العادي الذي يرتكب الخطأ من دون أن يكون ملتزمًا بالنظام التفاوضي وما يترتب عليه من التزامات.

ثالثًا: لا يمكن تجريد المفاوضات من فكرة التوقع، بل هي قائمة على التوقعات بشأن إمكانية الوصول إلى مرحلة التعاقد من عدمه.

رابعًا: إن فكرة الأمن التفاوضي مطلوبة في مرحلة المفاوضات على نحو أن أي إخلال بهذا الأمن يفترض حصول الخطأ، ومن الصعب أن يكون عبء الإثبات على عاتق الطرف المتضرر أي أن يثبت وقوع الخطأ التقصيري من قبل الطرف الآخر، لأن صعوبة إثبات الخطأ قد تؤدي إلى تجريد حق المتضرر من القيمة القانونية في هذه المرحلة[1].

وانطلاقًا من فكرة الخطأ المفترض في المفاوضات التقليدية، يمكن أن ننتقل بالفكرة في النطاق الإلكتروني إلى حالة أكثر تطورًا، فالبيئة الإلكترونية هي أكثر خطورة من البيئة التعاقدية العادية، ولنا أن نتصور أن الخطأ قد يقع بكل بساطة ويؤدي إلى نتائج خطيرة جدًا، من ذلك إفشاء الأسرار التجارية الخاصة بشركة تجارية على شبكة الإنترنت يؤدي إلى انهيار كامل في منظومة المعلومات الخاصة بها، كما أن الانسحاب من المفاوضات قد يكون بمجرد الخروج من الشبكة وغلق باب التواصل الإلكتروني، كما أن وضع الثقة بين المتفاوضين يتميز بالخصوصية نظرًا إلى عدم اجتماع الأطراف في مجلس تعاقدي حقيقي وإنما افتراضي، ولذلك على كلّ متفاوض أن يتخذ أقصى درجات الحيطة والحذر في عدم التسبب بالضرر للطرف الآخر، وبناء عليه ترى الباحثة

---

(1) أ.د. أكرم محمود حسين البدو، و د. محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مرجع سابق، ص440 وما بعدها.

أن المتفاوض يكون مسؤولًا عن التعويض عن الضرر بمجرد أن يترتب هذا الضرر على فعله، فتكون مسؤوليته موضوعية قائمة على الضرر وليس الخطأ، ولا يمكن أن ينفي المسؤولية عنه إلا إذا أثبت قيام السبب الأجنبي المتمثل في القهوة القاهرة أو الحادث المفاجئ[1] وبذلك تنتفي العلاقة السببية بين فعله والضرر، ونقترح أن يُشرّع نصّ في القوانين المدنية لدول مجلس التعاون، يكون على النحو الآتي:

(يلتزم المتفاوض في البيئة الإلكترونية عن تعويض الضرر الناجم عن فعله ما لم يثبت وقوع الضرر نتيجة سبب أجنبي).

وبذلك لا يتمّ تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية التي تفرض على المسؤول عن الضرر تعويض المضرور عن كلّ ما أصابه من ضرر سواء كان متوقعًا أم لا، ولا يمكن التسليم بذلك وخاصة أن هذه الفترة سابقة على التعاقد فلا يمكن قبول فكرة أن الأثر المترتب على الضرر فيها يكون أكثر جسامة من فترة إبرام العقد، بالإضافة إلى ألا تترك مسألة تحديد المسؤولية مرهونة بملابسات وظروف كلّ تفاوض على حدة ونوع الخطأ المحقق للمسؤولية، ومدى إمكانية إثبات الخطأ الذي لا يمكن أن يكون أمرًا سهلًا في البيئة الإلكترونية، وألا تكون المسؤولية المترتبة على التفاوض متأرجحة بين مسؤولية عقدية تارة وتارةً أخرى مسؤولية تقصيرية أو خاصة، وهذا يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بين الأفراد بالإضافة إلى أن تطبيق المسؤولية بحسب الأحوال والظروف المحيطة بكل تفاوض أو عقد يتنافى ومبدأ العدالة والمساواة[2].

---

(1) القوة القاهرة هي التي تقطع العلاقة السببية بين خطأ المتسبب والضرر، وجمهور الفقهاء والقضاة لا يفرقان بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، فهما اسمان لمصطلح واحد فالأول يستحيل دفعه والثاني لا يمكن توقعه وكلاهما سبب أجنبي لا دخل للمتفاوض فيه على أن يتفق سلوك الأخير مع الرجل العادي بالنسبة إلى الواقعة التي أدت إلى وقوع الخطأ، ينظر: د. عبد الفتاح محمود كيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 178.

(2) "الفقه السويسري يرى أن المسؤولية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية شبه عقدية، تنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية الواردة في المادة (98) من قانون الالتزامات السويسري، وذلك لأن الالتزامات قبل العقدية هي في الحقيقة التزامات قانونية يعد الإخلال بها خطأ يقيم المسؤولية شبه العقدية وقد استقر القضاء السويسري لفترة زمنية طويلًا على اعتبار المسؤولية في مرحلة المفاوضات مسؤولية شبه عقدية وطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية"، نقلًا عن: أ. مها حسن علي السقا، مبدأ حسن النيّة في مفاوضات العقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص140، كما أشارت إلى ذات المعنى: تواتي أحمد نور الهدى، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص48.

المبحث الثاني

إشكالية الاعتداء على الأمن المعلوماتي

تتناول الدراسة في هذا المبحث صور الاعتداء في مرحلة ما قبل التفاوض على المعلومات، وتأتي أهمية ذلك من أن التفاوض الإلكتروني يكمن في الأساس في تبادل معلومات بين أطرافه – كما أسلفنا – ولذلك فإن الاعتداء على هذه المعلومات يهدد التفاوض الإلكتروني برمته ويؤدي بالنتيجة إلى آثار ضارة تنعكس سلبًا على الواقع الإلكتروني، ولما كانت تشريعات مجلس التعاون قد تناولت المعالجة لهذا الوضع بالعديد من القواعد فإننا نعرج عليها بالتفصيل، كلّ ذلك في مطلبين.

المطلب الأول

صور الاعتداء على المعلومات

تتعدد صور وأشكال الاعتداء على المعلومات المتوافرة على شبكة الإنترنت، وحالها في ذلك حال أي نوع من الأموال[1]، ومن أهمّ صور الاعتداءات التي تتم على المعلومات:

الفرع الأول: الاعتداء على المال المعلوماتي

ويعد الاعتداء على المال المعلوماتي من أكثر صور الاعتداءات انتشارًا، ويتحقق ذلك عند قيام شخص بأخذ معلومات متاحة على شبكة الإنترنت ولكن مملوكة وتحت سيطرة الغير من دون إذنه وينقلها إلى حيازته مع عدم إمكانية صاحب المعلومات الأصلي الوصول إليها، كأسلوب

---

(1) اجتمع الفقهاء على ضرورة مواكبة التطور في مجال المعلوماتية وتطوير مفهوم المال واعتبار أن المعلومات المتاحة على شبكة الإنترنت تعد من قبيل الأموال حتى إن اختلفوا في تحديد طبيعة هذه الأموال، والرأي الراجح يرى أنها أموال معنوية ينتج عنها آثار مادية ملموسة، وقد تبنت تشريعات عديدة هذا التصور للمال، وذلك بأن أي شيء ينطوي على قيمة يعد من قبيل الأموال المعنوية، وقد عرف البعض المعلومات داخل شبكة الإنترنت: (بأنها من قبيل الحقوق المالية المعنوية لأنها تعطي لصاحبها سلطة عليها)، ينظر في هذا المعنى: د. خالد حسن أحمد لطفي، جرائم الإنترنت بين القرصنة الإلكترونية وجرائم الابتزاز الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2018م، ص32 وما بعدها، ولمزيد من التفصيل راجع: د. أيمن عبدالله فكري، الجرائم المعلوماتية في التشريعات العربية والأجنبية، مرجع سابق، ص581، وراجع كذلك: د. إسماعيل عبدالنبي شاهين، أمن المعلومات في الإنترنت بين الشريعة والقانون، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المجلد الثالث، 1-3 مايو 2000م، كلية الشريعة والقانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص988.

التجسس المعلوماتي[1] الذي يستخدم فيها قراصنة الإنترنت[2] برامج معدة خصيصًا لهذا الغرض، حيث تمكن مستخدميه من الاطلاع والتجسس على المعلومات الخاصة بالذين تكون لهم معاملات على شبكة الإنترنت، أو عن طريق إنشاء مواقع وهمية تأخذ صفات المواقع المشهورة الأصلية للشركات التجارية المعروفة عالميًا، وتستقبل من خلالها بيانات ومعلومات الذين وقعوا في فخ "الشكل الظاهر للموقع" وتوظف هذه البيانات والمعلومات لأغراضها الخاصة ولكسب المال عن طريق استغلال المعلومات والبيانات المتوافرة[3].

الفرع الثاني: الاعتداء الواقع على المعلومات المدرجة في النظام المعلوماتي[4]

في هذا النوع من الاعتداءات يكون المعتدي فيها على قدر كبير من المعرفة والدراية في مجال علوم الحاسب الآلي، ويكون غرضه هو الدخول غير المشروع لنظام المعلومات والقيام بالتلاعب في المعلومات الموجودة فيه، ومحل هذه الجرائم هو المعلومة، ويشترط أن تكون هذه المعلومة غير متاحة للجميع بل تكون معلومات يقتصر تداولها بين أشخاص محددين لما تتصف به من أهمية والمجرم في هذه الحالة يقوم بالتلاعب في هذه المعلومات بغرض الاستفادة منها ماديًا أو القيام بإتلافها أيًا كان الغرض من ذلك[5].

---

(1) التجسس الإلكتروني: "هو عملية الدخول غير المشروع إلى المعلومات والبيانات المخزنة في أجهزة الحاسب الآلي بهدف الاطلاع على الأسرار سواء كان الدافع على ذلك مجرد فضول وحب إطلاع أو من أجل استخدام المعلومات الخاصة في ارتكاب جرائم"، ينظر: د. عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية الناشئة عن إساءة استخدام الحاسوب والإنترنت: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص105.

(2) يعرف القرصان الإلكتروني بأنه: "شخص له القدرة على التعامل مع أنظمة الحاسب الآلي والشبكات، بحيث تكون له القدرة علة تخطي أي إجراءات أو أنظمة حماية، اتخذت لحماية تلك الحاسبات أو الشبكات"، ينظر: د. خالد حسن أحمد لطفي، جرائم الإنترنت بين القرصنة الإلكترونية وجرائم الابتزاز الالكتروني، مرجع سابق، ص64.

(3) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، ص72، راجع كذلك: م.م. محمد مجيد كريم الإبراهيمي، معوقات التجارة الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لمواجهتها: دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون – جامعة بابل، العدد الثاني، السنة التاسعة، 2017م، ص703، متاح على موقع المجلة: https://cutt.us/cNPuC، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

(4) يعرف النظام المعلوماتي وفقًا لقانون اليونسترال النموذجي في المادة (2-6) بأنه (النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات، أو إرسالها، أو استلامها، أو تخزينها، أو لتجهزيها على أي وجه آخر).

(5) أ.د. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، - كلية الحقوق – جامعة عين شمس، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المجلد الثالث، 1-3 مايو 2000م، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص887 وما بعدها.

يتضح مما سبق ذكره أنه على الرغم من مزايا شبكة الإنترنت المتعددة، فإنه من الممكن أن تستخدم كوسيلة لارتكاب أعمال غير قانونية، مما يترتب عليه ظهور طائفة جديدة من الاعتداءات والجرائم العابرة للحدود الجغرافية والتي تختلف عن الجرائم التقليدية كونها تنشأ في بيئة إلكترونية، والسؤال الذي يطرح نفسه كيف واجه المُشرّع الخليجي هذه المسألة وكيف وفرّ الحماية الملائمة للتصدي لمثل هذه الاعتداءات؟ سنحاول الإجابة عن ذلك من خلال عرض النصوص القانونية التي توفر الحماية للمعلومات المتداولة عبر شبكة الإنترنت في تشريعات دول مجلس التعاون.

المطلب الثاني

حماية المعلومات في تشريعات دول مجلس التعاون

تتميز المعلومات المتوافرة على شبكة الإنترنت بتنوعها، وتنقسم من حيث طبيعتها إلى معلومات غير سرية وهي قابلة للتداول ومتاحة للجميع، ومعلومات سرية تحتاج إلى حماية، نعرض في هذا السياق الحماية القانونية للمعلومات التي يتمّ تداولها عبر شبكة الإنترنت في ظل الاتفاقيات متعددة الأطراف ثم نعرضها بالنسبة إلى التشريعات الداخلية ذات العلاقة في دول مجلس التعاون.

الفرع الأول: الحماية بموجب الاتفاقيات متعددة الأطراف

من منطلق أهمية موضوع الجرائم المعلوماتية حرصت الدول العربية ودول مجلس التعاون على إبرام اتفاقيات موضوعية لتنظيم المسائل المتعلقة بالجرائم المعلوماتية وتحديد وصف الفعل المجرم والجزاء المترتب عليه، وبناء عليه ستتعرض الباحثة إلى النصوص القانونية ذات العلاقة في الاتفاقيات متعددة الأطراف التي تم تفعيلها في دول مجلس التعاون، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: وثيقة الرياض لمكافحة جرائم تقنية المعلومات[1]

تنص المادة (3) من وثيقة الرياض على أنه: (كل من دخل عمدًا وبغير وجه حق إلى موقع أو نظام المعلومات الإلكتروني أو تجاوز الدخول المصرح به أو البقاء فيه بصورة غير مشروعة يعاقب بالحبس "....." وبالغرامة "....." أو بإحدى هاتين العقوبتين، فإذا ترتب على الفعل إلغاء

---

(1) وثيقة الرياض للنظام (القانون) الموحد لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، والذي يأتي استكمالًا لسلسلة الأنظمة (القوانين) الاسترشادية التي تم إنجازها في إطار مسيرة التعاون العدلي والقضائي بين دول المجلس ويتكون من (39) مادة اشتملت على صور جرائم تقنية المعلومات وعقوبات مرتكبيها، التي أتت بهدف منع إساءة استخدام تقنية المعلومات ووسائل الاحتيال وتجريم ذلك، تم اعتمادها في ديسمبر 2012م، على أن تتجدد تلقائنا في حال عدم وجود ملاحظات عليها، متاحة على موقع مجلس التعاون: https://cutt.us/r5Hxv، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

أو حذف أو تدمير أو إفشاء أو إتلاف أو تغيير أو التقاط أو نسخ أو نشر أو إعادة نشر بيانات أو معلومات يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن "....." وبالغرامة "....." أو بإحدى هاتين العقوبتين، وإذا كانت هذه البيانات أو المعلومات شخصية فتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن "....." أو بإحدى هاتين العقوبتين).

ثانيًا: الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات[1]

تنصُّ المادة (6) من الاتفاقية، على جريمة الدخول غير المشروع: (1- الدخول أو البقاء وكلّ اتصال غير مشروع مع كلّ أو جزء من تقنية المعلومات أو الاستمرار به، 2- تشدد العقوبة إذا ترتب على هذا الدخول أو البقاء أو الاتصال أو الاستمرار بهذا الاتصال: أ- محو أو تعديل أو تشويه أو نسخ أو نقل أو تدمير للبيانات المحفوظة وللأجهزة والأنظمة الإلكترونية وشبكات الاتصال وإلحاق الضرر بالمستخدمين والمستفيدين، ب- الحصول على معلومات حكومية سرية).

ونصت المادة (10) من الاتفاقية، على أن: (كل من دخل عمدًا، موقعًا في الشبكة المعلوماتية بقصد تغيير تصاميمه أو إلغائه أو إتلافه أو تعديله أو شغل عنوانه ولم يتحقق قصده يعاقب بالحبس "....." وبالغرامة "....."، فإذا تحقق القصد تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن "....." والغرامة ".....").

ونصت المادة (11) من نفس الاتفاقية على إن: (كل من تنصت أو اعترض أو التقط عمدًا، ما هو مرسل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، يعاقب بالحبس "....." وبالغرامة "....." أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن "....." إذا أفشى ما تم التصنت عليه أو التقاطه أو اعتراضه).

---

(1) تهدف هذه الاتفاقية إلى تعزيز التعاون وتدعيمه بين الدول العربية في مجال مكافحة جرائم تقنية المعلومات، لدرء أخطار هذه الجرائم حفاظا على أمن الدول العربية ومصالحها وسلامة مجتمعاتها وأفرادها، وقعت عليها مملكة البحرين بتاريخ 21 ديسمبر 2010م، نسخة من الاتفاقية منشورة على موقع هيئة التشريع والرأي القانوني: https://2u.pw/Aa0I1، آخر زيارة يناير 2019م.

الفرع الثاني: الحماية بموجب التشريعات ذات الصلة بالمعاملات الإلكترونية أو تقنية المعلومات في دول مجلس التعاون

أولاً: حماية الخصوصية المعلوماتية بالقانون الاتحادي لدولة الإمارات[1]

عرفت المادة (1) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، المعلومات بأنها: (أي معلومات يمكن تخزينها ومعالجتها وتوليدها ونقلها بوسائل تقنية المعلومات وبوجه خاص الكتابة والصور والصوت والأرقام والحروف والرموز والإشارات وغيرها).

نصت المادة (2) من القانون على أنه: (1- يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مئة ألف درهم ولا تزيد على ثلاثمائة ألف درهم أو بإحدى هاتن العقوبتين كلّ من دخل موقع الكتروني أو نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلومات، أو وسيلة تقنية معلومات، بدون تصريح أو بتجاوز حدود التصريح، أو بالبقاء فيه بصورة غير مشروعة، 2- تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي تقل عن مئة وخمسن ألف درهم ولا تتجاوز سبعمائة وخمسون ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا ترتب على أي فعل من الأفعال المنصوص عليها بالفقرة (1) من هذه المادة إلغاء أو حذف أو تدمير أو إفشاء أو إتلاف أو تغيير أو نسخ أو نشر أو إعادة نشر أي بيانات أو معلومات، 3- تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مئتين وخمسن ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كانت البيانات أو المعلومات محل الأفعال الواردة في الفقرة (2) من هذه المادة شخصية).

ثانيًا: حماية الخصوصية المعلوماتية في تشريع المملكة العربية السعودية

جاءت الحماية في المملكة من خلال وسائل عديدة، وذلك على النحو الآتي:

1- قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية

تنص المادة (4) من قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية[2] على أنه: (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على مليوني ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كلّ شخص يرتكب أيًا من الجرائم المعلوماتية الآتية: 1- الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مال منقول أو على سند، أو توقيع هذا السند، وذلك عن طريق الاحتيال أو اتخاذ اسم كاذب، أو انتحال صفة غير

---

(1) مرسوم بقانون رقم (5) لسنة 2012م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، متاح على البوابة الرئيسية لحكومة دولة الإمارات العربية: https://cutt.us/T5KOA، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

(2) نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي، متاح على موقع هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات: https://2u.pw/XrU59، آخر زيارة مارس 2020م.

صحيحة. 2- الوصول – دون مسوغ نظامي صحيح – إلى بيانات بنكية، أو ائتمانية، أو بيانات متعلقة بملكية أوراق مالية للحصول على بيانات، أو معلومات، أو أموال، أو ما تتيحه من خدمات).

كما وتنص المادة (5) من نفس القانون على أنه: (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن أربع سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين كلّ شخص يرتكب أيًا من الجرائم المعلوماتية الآتية: 1- الدخول الغير مشروع لإلغاء بيانات خاصة، أو حذفها، أو تدميرها، أو تسريبها، أو إتلافها أو تغييرها، أو إعادة نشرها. 2- إيقاف الشبكة المعلوماتية عن العمل، أو تعطيلها أو تدمير، أو مسح البرامج، أو البيانات الموجودة أو المستخدمة فيها أو حذفها، أو تسريبها، أو إتلافها، أو تعديلها. 3- إعاقة الوصول إلى الخدمة، أو تشويشها، أو تعطيلها بأي وسيلة كانت).

2- وثيقة إرشادات الأمن السيبراني لموفري خدمة التجارة الإلكترونية[1]

تضمنت هذه الوثيقة مجموعة إرشادات مهمة موجهة بصيغة الأمر لموفري خدمة التجارة الإلكترونية، حيث تم تحديد الإرشادات العامة، ومن ثم تم تناول كلّ إرشاد بالتفصيل على حدة، والإرشادات هي الآتي:

1- استخدم وسائل مصادقة قوية.
2- اعمل على حماية أنظمتك الخاصة بالتجارة الإلكترونية.
3- قلل من تأثير انتهاكات البيانات.
4- اعمل على حماية حساباتك على مواقع التواصل الاجتماعي الخاصة بتجارتك الإلكترونية.
5- اعمل على حماية شبكتك الإلكترونية.
6- ثقف موظفيك ودربهم باستمرار.
7- اعمل على حماية البنية التحتية الداخلية لتجارتك الإلكترونية.

وجاء في شرح البند (2-3) من الإرشادات: (استخدم برامج الحماية وحدثها باستمرار على كلّ جهاز مستخدم في بيئة العمل الخاصة بتجارتك الإلكترونية (بما في ذلك أجهزة الحاسب الآلي والهواتف الذكية والأجهزة اللوحية) لحماية أنظمة تجارتك الإلكترونية من البرمجيات الضارة

---

(1) قامت الهيئة الوطنية للأمن السيبراني بإعداد وثيقة إرشادات لموفري خدمة التجارة الإلكترونية، تهدف إلى تثقيفهم ومساعدتهم لتطبيق أفضل الممارسات لحماية تجارتهم وبياناتهم ومعلومات العملاء مع الحرص على توفير تجربة تسوق سلسة للمستهلك، الوثيقة متاحة على موقع وزارة التجارة السعودية: https://cutt.us/YQehw، آخر زيارة مارس 2020م.

(كالفيروسات على سبيل المثال)، اضبط برنامج الحماية ليقوم بالتحقق اليومي من وجود التحديثات، والقيام بعمل مسح كامل بشكل منظم).

ونص البند (2-6) على: (تجنب استخدام الشبكات اللاسلكية غير المحمية) مثل الشبكات اللاسلكية العامة (لأي معاملة تجارية إلكرتونية حيث أن تلك الشبكات تعتبر مكاناً مثالياً للمهاجمين لاعتراض نقل البيانات والحصول على بياناتك مثل معلومات تسجيل الدخول والمعلومات المالية)

أما البند (2-7) فقد جاء فيه: (ضع في الحسبان استخدام بروتكولات التشفير الآمنة لموقعك الإلكتروني، حيث إن بروتوكولات التشفير تضمن أمان العمليات التجارية في موقعك التجاري، ويتم ذلك عن طريق تشفير أي بيانات يتمّ إدخالها في موقعك الإلكتروني).

3- إرشادات الأمن السيبراني لمستهلكي التجارة الإلكترونية[1]

إرشادات موجهة إلى المستهلك في التجارة الإلكترونية لضمان ممارسة أفضل لأساليب الحماية لأجهزتهم وأنظمتهم وحساباتها وآليات الدفع عند تسوقهم عبر شبكة الإنترنت، وتضمنت هذه الوثيقة إرشادات عامة رئيسية، ثم تم تفصيل كلّ إرشاد على حدة، والإرشادات العامة هي:

1- اعمل على حماية حساباتك وأجهزتك المستخدمة في التجارة الإلكترونية.
2- اعمل على حماية عملياتك ذات العلاقة بالتجارة الإلكترونية.
3- توخ الحذر عند الاتصال بالإنترنت لغرض التجارة الإلكترونية.
4- قلل مشاركة معلوماتك الشخصية.

جاء في البند (1-1) بشأن استخدام برامج الحماية من الفيروسات: (استخدم برامج الحماية من الفيروسات على كلّ أجهزتك، وخاصة الأجهزة التي تستخدمها عادة للتجارة الإلكترونية، إذا كان جهازك لا يحتوي على أي برنامج مثبت مسبقًا للحماية من الفيروسات، فإنه ينصح بتثبيت برنامج للحماية قبل القيام بأي عملية تجارية إلكترونية، تأكد من استخدامك لنسخ موثوقة ورسمية من برامج الحماية من الفيروسات).

---

(1) طورت الهيئة الوطنية للأمن السيبراني إرشادات الأمن السيبراني لمستهلكي التجارة الإلكترونية، بهدف مساعدة المستهلكين في المملكة العربية السعودية، الوثيقة متاحة على موقع وزارة التجارة السعودية https://cutt.us/0IP8t، آخر زيارة مارس 2020م.

ثالثًا: حماية الخصوصية المعلوماتية في تشريع سلطنة عمان

نصت المادة (3) من قانون مكافحة تقنية المعلومات العماني[1] على أنه: (يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على خمسمائة ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين، كلّ من دخل عمدا ودون وجه حق موقعا إلكترونيا أو نظاما معلوماتيا أو وسائل تقنية المعلومات أو جزءا منها أو تجاوز الدخول المصرح به إليها أو استمر فيها بعد علمه بذل. فإذا ترتب على ما ذكر في الفقرة الأولى إلغاء أو تغيير أو تعديل أو تشويه أو إتلاف أو نسخ أو تدمير أو نشر أو إعادة نشر بيانات أو معلومات إلكترونية مخزنة في النظام المعلوماتي أو وسائل تقنية المعلومات أو تدمير ذلك النظام أو وسائل تقنية المعلومات أو الشبكة المعلوماتية أو إلحاق ضرر بالمستخدمين أو المستفيدين، تكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة وغرامة لا تقل عن خمسمائة ريال عماني ولا تزيد على ألف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين. فإذا كانت البيانات أو المعلومات المنصوص عليها في الفقرة الثانية شخصية تكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات وغرامة لا تقل عن ألف ريال عماني ولا تزيد على ثلاثة آلاف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين).

ونصت المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني[2] على أنه: (يستخدم التشفير كوسيلة لحماية المعاملات الإلكترونية بهدف المحافظة على سرية المعلومات أو البيانات التي تحويها الرسالة الإلكترونية، والتحقق من شخصية المنشئ، ومنع الغير من التقاط المعلومات أو الرسائل الإلكترونية بغرض منع وصولها إلى المرسل إليه أو تشويهها).

أمّا المادة (19) من القانون نفسه فقد جاء فيها: (تستخدم إحدى الطرق الآتية لحماية نظم المعلومات: أ- التشفير بطريق المفتاح العام، ب- الجدران النارية، ج- مرشحات المعلومات، د- مجموعة الوسائل المتعلقة بمنع الإنكار، هـ- تقنيات تشفير المعطيات والملفات، و- إجراءات حماية نسخ الحفظ الاحتياطية، ز- البرامج المضادة للديدان والفيروسات، ح- أية طريقة أخرى تجيزها السلطة المختصة).

---

(1) مرسوم سلطاني رقم (2011/12) بإصدار جرائم تقنية المعلومات، متاح على: https://cutt.us/XRVJn، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

(2) مرسوم سلطاني رقم (69) لسنة 2008م بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية العماني، متاح على: https://cutt.us/dasL7، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

رابعًا: حماية الخصوصية المعلوماتية في تشريع دولة قطر

تنص المادة (3) من قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية[1] على أنه: (يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات، وبالغرامة التي لا تزيد على (500,000) خمسمائة ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كلّ من دخل عمدًا، دون وجه حق، بأي وسيلة، موقعًا إلكترونيًا، أو نظامًا معلوماتيًا، أو شبكة معلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات أو جزءا منها، أو تجاوز الدخول المصرح به، أو استمر في التواجد بها بعد علمه بذلك، وتضاعف العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة، إذا ترتب على الدخول إلغاء أو حذف أو إضافة أو إفشاء أو إتلاف أو تغيير أو نقل أو التقاط أو نسخ أو نشر أو إعادة نشر بيانات أو معلومات إلكترونية مخزنه في النظام المعلوماتي، أو إلحاق ضرر بالمستخدمين أو المستفيدين، أو تدمير أو إيقاف أو تعطيل الموقع الإلكتروني أو النظام المعلوماتي أو الشبكة المعلوماتية، أو تغيير الموقع الإلكتروني أو إلغائه أو تعديل محتوياته أو تصميماته أو طريقة استخدامه أو انتحال شخصية ماله أو القائم على إدارته).

ونصت الفقرة الخامسة من المادة (60) من قانون المعاملات الإلكترونية القطري[2]: (يتولى المجلس الأعلى، بوصفه السلطة العليا المختصة بشؤون تنظيم الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، العمل على التمكين من استخدام المعاملات والتجارة الالكترونية بصورة ميسرة، ويكون له في سبيل تحقيق ذلك، بوجه خاص، القيام بما يلي:...5- وضع الضوابط والمعايير والأنظمة اللازمة لحماية المعلومات، بما فيها المعلومات الشخصية للعميل).

خامسًا: حماية الخصوصية المعلوماتية في تشريع مملكة البحرين

عرف قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية[3]، المعلومات في الفقرة الأولى من المادة الأولى منه بأنه: (كل ما يمكن تخزينه ومعالجته وتوليده ونقله باستخدام وسائل تقنية المعلومات وبوجه خاص الكتابة والصور الثابتة والمتحركة والصوت والأرقام والحروف والرموز والإشارات وغيرها).

وتنص المادة (2) من القانون نفسه على أنه: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبالغرامة التي لا تجاوز ثلاثين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، من قام دون مسوغ قانوني بالدخول

---

(1) قانون رقم (14) لسنة 2014م، بإصدار قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية، متاح على موقع الميزان – البوابة القانونية القطرية: https://2u.pw/yknIM، آخر زيارة: ديسمبر 2019م.

(2) مرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2010م، بإصدار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، متاح على موقع الميزان، البوابة القانونية القطرية: https://cutt.us/skQts، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

(3) قانون رقم (60) لسنة 2014م، بشأن جرائم تقنية المعلومات، متاح على موقع هيئة التشريع والرأي القانوني: https://cutt.us/eLYRs، آخر زيارة: ديسمبر 2019م.

إلى نظام تقنية المعلومات أو جزء منه، وإذا نتج عن الدخول إفشاء للبيانات المخزنة في وسيلة أو نظام تقنية المعلومات أو جزء منه عد ذلك ظرفًا مشددًا).

سادسًا: حماية الخصوصية المعلوماتية في تشريع دولة الكويت

تنص المادة (37) من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي[1] على أنه: (مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في قانون آخر يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كلّ من: أ- تعمد الدخول بغير وجه حق إلى نظام المعالجة الإلكترونية أو عطل الوصول إلى هذا النظام أو تسبب في إتلافه أو حصل على أرقام أو بيانات بطاقات ائتمانية أو غيرها من البطاقات الإلكترونية لاستخدامها للحصول على أموال الغير، ب- أصدر شهادة تصديق إلكترونية أو زاول أي من خدمات التصديق الإلكتروني دون الحصول على ترخيص بذلك من الجهة المختصة، ج- أتلف أو عيب توقيعًا أو نظامًا أو أداة توقيع أو مستندًا أو سجلًا إلكترونيًا أو زوّر شيئًا من ذلك بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحويل بأي طريقة أخرى، د- استعمل ت وقيعًا أو نظامًا أو أداة توقيع أو مستندًا أو سجلًا إلكترونيًا معيبًا أو مزورًا مع علمه بذلك، هـ- توصل بأية وسيلة – بغير حق – على توقيع أو نظام أو مستند أو سجل إلكتروني أو اختراق هذا النظام أو اعترضه أو عطله عن أداء وظيفته، و- خالف أحكام المادة (32)، والبندين "أ – ب" من الفقرة الأولى من المادة (35) من هذا القانون ويجوز الحكم بمصادرة الأدوات أو البرامج أو الأجهزة التي استخدمت في ارتكاب الجريمة، وذلك من دون إخلال بحقوق الغير حَسَني النية، وفي جميع الأحوال يحكم بنشر ملخص الحكم النهائي الصادر بالإدانة في صحيفتين يوميتين صادرتين باللّغة العربية على نفقة المحكوم عليه، كما ينشر على شبكة الاتصالات الإلكترونية المفتوحة وفقًا للقواعد التي تحددها اللائحة التنفيذية، وتضاعف العقوبة في حالة العود إلى ارتكاب أي من هذه الجرائم).

بالنظر إلى نصوص الاتفاقيات والتشريعات المشار إليها أعلاه يمكن القول إن دول مجلس التعاون تسعى لمواكبة التطور الحاصل في مجال جرائم تكنولوجيا المعلومات بشكل عام من خلال وضع تشريعات خاصة لمكافحة الجريمة المعلوماتية، ولكن تم إغفال مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت على الرغم من أهميتها في مجال الجرائم المعلوماتية فقد سبق أن أشرنا إلى أن هذه المرحلة تتميز بغزارة المعلومات المتبادلة فيها، وبما أن

---

(1) قانون رقم (20) لسنة 2014م، في شأن المعاملات الإلكترونية، القانون متاح على موقع البوابة الإلكترونية الرسمية لدولة الكويت: https://2u.pw/mERFc، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

التشريعات في دول مجلس التعاون لم تنظم هذه المرحلة المهمة فإن المتفاوض يواجه خطر تعرض المعلومات التي يدلي بها للاعتداء الإلكتروني.

خاتمة الباب الأول

بعد الانتهاء من عرض الباب الأول وما تضمنه من تحليل لتشريعات دول مجلس التعاون بالنسبة إلى تنظيم مرحلة ما قبل التعاقد وما تنطوي عليه هذه المرحلة من إشكاليات تتعلق بمسألة التفاوض انتهت الباحثة إلى الملاحظات الآتية:

- المُشرّع الخليجي لم يولِ المرحلة السابقة على التعاقد أي اهتمام، وترى الباحثة أهمية تنظيم هذه المرحلة، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق بتبادل المعلومات فيها، حيث يتمّ تبادل كم كبير من المعلومات والبيانات عند التفاوض رغبةً في جذب أطراف التفاوض وإقناعهم بالإقدام على إبرام العقد، ولا يوجد ضمان يشعر المتفاوضين بالأمان عند قيامهم بمشاركة المعلومات المهمة ذات القيمة العالية مع المتفاوضين، بالإضافة إلى أن اعتبار ما تتضمنه المرحلة السابقة على التعاقد مجرد أعمال مادية، يترتب عليها صعوبة إثبات حدوث الخطأ والضرر.
- غالبية التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية والجرائم الإلكترونية توسعت في تعريف الجرائم والمخالفات المعلوماتية ومعظم هذه التعريفات جاءت بشكل واسع وفضفاض لا يدل على الفعل المجرم بشكل دقيق وواضح، لذا نقترح أن يتمّ وصف الفعل المجرم بالنسبة إلى التعاقد عبر شبكة الإنترنت بشكل محدد وواضح وعمل الدراسات بالنسبة إلى المخالفات الأكثر حدوثًا والمتكررة وأن يتمّ سنّ المواد القانونية بناء على هذه الدراسة، لضمان التطبيق الصحيح للعقوبة بالنسبة إلى هذه المخالفات والجرائم.
- تشريعات دول الخليج العربي المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية تفتقر إلى التنظيم التشريعي الصحيح والكافي بالنسبة إلى حقوق المستهلك الإلكتروني وأساليب حمايته في التعاقد الإلكتروني وخاصة ما يتعلق بالبيانات والمعلومات التي يدلي بها عند التعاقد، فيما عدا المُشرّع القطري الذي خصص فصلًا كاملًا لحماية المستهلك وهو الفصل الثامن، وتناول في المادتين (58) و (59) مسألة حماية معلومات المستهلك، بالإضافة إلى المُشرّع العماني الذي حدد وسائل حماية نظم المعلومات في المادة (19) منه التي سبق أن أشرنا إليها عند استعراض النصوص التشريعية الخاصة بحماية المعلومات، أمّا بالنسبة إلى المُشرّع السعودي فترى الباحثة أنه خطا خطوات متقدمة فيما يتعلق بالجرائم الإلكترونية وأمن المعلومات وتقترح أن يحذو المُشرّع البحريني حذوه.

- ترى الباحثة ضرورة تجريم واقعة إفشاء الأسرار أو المعلومات السرية في مجال التفاوض الإلكتروني وأن يشمل ذلك جميع مراحل التفاوض، إذا تحصل عليها شخص بموجب صفته كمتفاوض، بالإضافة إلى محاسبة من لا يتخذ الاحترازات والتدابير الكافية والفعالة لتوفير الحماية للمعلومات المتداولة عبر شبكة الإنترنت في جميع مراحل التعاقد وعلى الأخص في مرحلة التفاوض، من خلال وضع أنظمة الحماية عالية الجودة.

وبناءً على ما تقدم تطرح الباحثة المقترحات الآتية:

أولًا: تنظيم مسألة التفاوض الإلكتروني، وذلك لتوفير الحماية القانونية اللازمة للمتفاوض الذي يقوم بعملية التفاوض عن بعد عبر شبكة الإنترنت لضمان حقوقه وتوفير معايير التعاقد الآمن بما يتوافق مع آخر ما توصلت إليه الدولة المتقدمة في هذا المجال وما يتناسب مع احتياجات المتعاقد الخليجي.

ونقترح إدخال تعديلات على القانون المدني البحريني وقانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية، على النحو الآتي:

أ- مرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001 بإصدار القانون المدني البحريني

المادة (129) من القانون المدني البحريني تنص على أنه: (يجب تنفيذ العقد طبقًا لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النيّة وشرف التعامل).

وترى الباحثة أنه يتمّ تعديل المادة (129) المذكورة لتصبح: (يجب الالتزام بإعمال مبدأ حسن النيّة وما يرتبط به من التزامات تقضيها طبيعة العقد، وذلك بدءًا من المرحلة السابقة على التعاقد مرورًا بإبرام العقد وصياغته وانتهاءً بمرحلة التنفيذ).

ولا ترى الباحثة ضرورة لعبارة (شرف التعامل) حيث إن مبدأ حسن النيّة مبدأ عام تتفرع منه جميع الالتزامات المرتبطة بالصدق والأمانة وشرف التعامل.

وإلى جانب ذلك نقترح تشريع نصّ في نطاق المسؤولية في الفصل الثالث من القانون المدني البحريني، بموجبه يمكن أن يسأل المتفاوض عن الضرر الناجم عن فعله فيما لو تم التفاوض عبر شبكة الإنترنت على أن تبنى المسؤولية على أساس الضرر، وفق صياغة محددة وهي: (يلتزم المتفاوض في البيئة الإلكترونية عن تعويض الضرر الناجم عن فعله ما لم يثبت وقوع الضرر نتيجة سبب أجنبي).

ب- مرسوم بقانون رقم (54) لسنة 2018م، بإصدار قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية

أشار المُشرّع إلى مسألة التفاوض في هذا القانون، حيث نصّ في المادة (12) منه والمتعلقة بالدعوة لتقديم عروض على أنه: (أي دعوة للتعاقد، تتم من خلال خطاب إلكتروني واحد أو أكثر، تكون غير موجهة إلى طرف معين واحد أو أكثر بحيث يكون الاطلاع عليها متاحًا بوجه عام لأي شخص يستخدم نظم معلومات، تعد بمثابة دعوة للتعاقد، ويشمل ذلك الدعوات لوضع طلبيات من خلال نظم معلومات تتم باستعمال تطبيقات تفاعلية، وذلك ما لم يدل بوضوح على أن موجه الدعوة للتعاقد يقصد الالتزام بالتعاقد في حال قبوله).

ونقترح أن يتمّ تعديل المادة (12) من القانون المشار إليه أعلاه لتصبح: (عند الدخول في مفاوضات عبر شبكة الإنترنت بشأن عقد ما، يعتبر ذلك نظامًا للتفاوض، ويجب على أطراف التفاوض في ظله الالتزام بمبدأ حسن النيّة وما يترتب على ذلك من التزامات فرعية يتمّ تقديرها بحسب ظروف التعاقد ومحله، وعند إخلال أي طرف من الأطراف بأحد هذه الالتزامات فإنه يسأل على أساس الضرر الذي يتعرض له المتفاوض أو الغير).

ثانيًا: أمّا بالنسبة إلى مسألة أمن المعلومات، نقترح إضافة مادة في قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني تتعلق بحماية المعلومات التي يتمّ تداولها بين المتعاقدين عبر شبكة الإنترنت بجميع مراحله بما في ذلك المرحلة السابقة على العقد، واضعين بعين الاعتبار أهمية المعلومات التي يتمّ تداولها في مجال التجارة الدولية وقيمتها الاقتصادية، ونقترح إضافة المادة الآتية:

(على كلّ طرف من أطراف العقد الإلكتروني اتخاذ جميع التدابير اللازمة لضمان أمن البيانات والمعلومات التي يتمّ تبادلها عبر شبكة الإنترنت بمناسبة العقد ويشمل ذلك جميع مراحله بالإضافة إلى المرحلة السابقة على التعاقد التي يتمّ فيها التفاوض بشأن العقد).

ثالثًا: تضاف مادة في قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني تعالج مسألة الالتزام بالإعلام والمحافظة على سرية المعلومات الإلكترونية المتبادلة خلال فترة التعاقد عبر شبكة الإنترنت بجميع مراحلها ونقترح إضافة المادة الآتية:

(في المفاوضات التي تتم عبر شبكة الإنترنت:

أ- يلتزم كلّ طرف في التفاوض عبر شبكة الإنترنت إعلام الطرف الآخر بالمعلومات التي يمتلكها وذات صلة بموضوع التعاقد، إذا كان من شأن هذه المعلومات أن تؤثر في قراره بإبرام العقد من عدمه، شريطة جهل الأخير بها وعدم استطاعته التوصل إليها بمعيار

الشخص العادي الذي يقع بمثل ظروفه وطبقًا عليه يكون التزامه التزامًا ببذل عناية، ولا يجوز الاتفاق على الحد أو الإعفاء من هذا الالتزام.

ب- يلتزم المتفاوض عبر شبكة الإنترنت بالمحافظة على سرية البيانات والمعلومات التي حاز عليها أو وصلت إلى علمه بحكم التفاوض الإلكتروني ويحظر عليه إفشاؤها، ويشمل هذا الحظر جميع مراحل التفاوض السابقة على إبرام العقد ويكون التزامه هنا التزامًا بتحقيق نتيجة، ولا يجوز الاتفاق على الحد أو الإعفاء من هذا الالتزام).

الباب الثاني

إشكاليات تكوين العقد الإلكتروني

الباب الثاني

إشكاليات تكوين العقد الإلكتروني

يتمّ تكوين العقد تقليديًا إمّا في مجلس تعاقد بين حاضرين أو بين غائبين من حيث الزمان والمكان، أو من حيث المكان، ووضعت القواعد التقليدية لتنظيم تكوين العقد طبقًا للصورة التي يبرم بها، فإن هذه القواعد بدأت تواجه بيئة جديدة للتعاقد وهي البيئة الإلكترونية، وعلى وجه الخصوص شبكة الإنترنت، إذ تثير هذه البيئة إشكاليات مختلفة عن الوضع التقليدي لإبرام العقود[1].

وأيًا كانت طبيعة المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، فأساسها هو الإرادة، فالإرادة هي العمود الفقري الذي يستند عليه العقد ويقوم عليه، من دون وجود الإرادة لا يوجد عقد، وتقضي القواعد العامة بأن العقد ينعقد بمجرد تطابق إرادتين أي الإيجاب والقبول، وتنشأ الإرادة ابتداء من أمر نفسي داخلي لا يعلم به أحد غير الشخص نفسه، فلا يعتد بها القانون حتى يتمّ التعبير عن هذه الإرادة بوسيلة مادية تكشف عن نية صاحبها، فالإرادة الكامنة لا تتمتع بأي قيمة قانونية ما لم لم تظهر إلى العالم الخارجي وتتجه نحو إحداث أثر قانوني معيّن[2].

وإذا كان التعبير عن الإرادة[3] في العقود التقليدية استقرت جوانبه، حيث يتمّ ذلك في عالم مادي ملموس وبوسائل واضحة، ويخضع لنظام قانوني تطبق قواعده تقليديًا منذ وقت طويل، فإن التعبير عن الإرادة الذي يتمّ بواسطة التقنيات الحديثة عبر شبكة الإنترنت يعد إشكالية يعكسها عالم افتراضي مختلف سواء من حيث الزمان أم المكان، فهي تمثل أمرا مستحدثا وجديدًا[4].

ومن هنا نتعرض إلى الإشكالية التي تثير جدلًا في نطاق تكوين العقد الإلكتروني، مثل مسألة جواز التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية وما تثيرها من إشكاليات، بالإضافة إلى خصوصية الإيجاب والقبول عبر شبكة الإنترنت وما يترتب على ذلك حالات لم تتناولها القوانين

---

(1) DR, Abdulhadim M Alghamdi, the law of e-commerce, Author House, Bloomington-Indiana, 2011, p، 57.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص149.

(3) المقصود بالتعبير عن الإرادة في مجال إبرام العقود، الوسائل التي يتمّ بواسطتها إخراج النيّة من باطن النفس ومن عالم المشاعر والأفكار إلى حيز الوجود، وتتعدد هذه الوسائل ولم تحصرها التشريعات في نوع معين، ينظر: بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015م، ص56 وما بعدها.

(4) بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، ص58، راجع كذلك:
Kamel Mehdaoui, La Formation du Contrat Électronique International, Op.cit., p. 11.

المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية أو مازال هناك بعض القصور في تنظيمها، ونتناول ذلك في فصلين نتناول في الأول إشكالية التعبير الإلكتروني عن الإرادة، وفي الثاني إشكالية الإيجاب والقبول في تكوين العقد الإلكتروني.

الفصل الأول

إشكالية التعبير الإلكتروني عن الإرادة

يقوم العقد على أساس الرضا الذي يتمثل في التعبير عن إرادة طرفي أو أطراف التعاقد في إبرام العقد، وتجدر الإشارة إلى أن هناك اختلافًا بين التعبير عن الإرادة الإلكتروني عن نظيره في التعاقد التقليدي، وأهمّ ما يميز الأول أنه يتمّ عبر وسائل إلكترونية عن بعد، من دون الحضور المادي لأطراف التعاقد، وفي هذا الفصل نبحث الإشكاليات التي يثيرها التعبير عن الإرادة من خلال وسائط إلكترونية.

الفصل الأول

إشكالية التعبير الإلكتروني عن الإرادة

أوجبَ التقدّم التكنولوجي على الأفراد الراغبين في إجراء المعاملات الإلكترونية، اعتماد وسائل جديدة للتعبير عن الإرادة من خلال شبكة الإنترنت العالمية، وهذا النوع من التعاقد يدخل ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد، وهذا النوع ليس بالجديد فالتطورات التكنولوجية انعكست على أساليب التعاقد على مرّ الزمان فعرف التعاقد بواسطة البريد، التلكس، الفاكس، الهاتف، الكتالوج، التلفزيون وأخيرًا شبكة الإنترنت التي تعد أكثر تقدمًا وانتشارًا[1].

ولا يوجد اختلاف من حيث الغرض بين العقد الذي يتمّ إبرامه عبر شبكة الإنترنت بواسطة وسائل الاتصال الحديثة في بيئة افتراضية إلكترونية وبين العقد التقليدي الذي يتمّ في بيئة مادية ملموسة، الاختلاف الجوهري يتمثل في الوسيلة التي يتنم من خلالها التعاقد، وهذا الاختلاف هو الذي يميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود[2].

إنّ التعبير عن الإرادة يبدأ عند انعقاد النيّة أو العزم على إحداث أثر قانوني معين، يوصف بأنه إمّا إنشاء التزام وإمّا نقله وإمّا تعديله وإمّا أنهاؤه، ويتم التعبير عن الإرادة التعاقدية باستخدام وسيلة تدلّ على وجودها[3].

فالفردُ لا يلزم نفسه بأي تعاقد ما لم تتجه رغبته وإرادته الحرة إلى إبرامه، ومن هنا تتجلى أهمية أن يكون التعبير عن الإرادة بشكل مشروع وضمن الأطر القانونية المنظمة لموضوع التعاقد، وبما أن موضوع التعبير عن الإرادة بوسيلة إلكترونية يثير التساؤلات حول مدى جواز التعبير عن الإرادة من خلال شبكة الإنترنت وعبر وسيلة إلكترونية، سنعالج هذه المسائل في مبحثين نتناول

---

(1) محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2007م، ص26 وما بعدها.

(2) أ.د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، مرجع سابق، ص37 وما بعدها، راجع كذلك: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص125.

(3) برني نذير، العقد الإلكتروني، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2006م، ص19 وما بعدها، بحث منشور على موقع: https://cutt.us/VSQzt، آخر زيارة 30 نوفمبر 2019م، راجع كذلك: محمد كمال مكاوي، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة قاصدي مفتاح ورقلة، 2015م، ص4، متوفر على الموقع الإلكتروني للجامعة https://2u.pw/Uu4uV، آخر زيارة 1 ديسمبر 2019م.

في الأول إشكالية التعبير الإلكتروني بصورة عامة، أمّا المبحث الثاني سوف نخصصه للتعبير الإلكتروني في التشريعات الخاصة لدول مجلس التعاون.

المبحث الأول

جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة

ظهر الوسيط الإلكتروني، وعلى وجه الخصوص شبكة الإنترنت، وثارت إشكالية التعبير الإلكتروني عن الإرادة بواسطتها، لما تثيره بيئة هذه الشبكة من متغيرات خطيرة قد تثير الشك بشأن التعبير عن الإرادة ومدى جديته ووجوده ومدى إمكانية اعتماده في إطار عملية تكوين العقد، وهنا نطرح القاعدة العامة بالنسبة إلى التعبير الإلكتروني في مطلب أول ثم نعرج إلى الاستثناءات الواردة عليها في المطلب الثاني.

المطلب الأول

القاعدة العامة في جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة

يتمّ التعاقد الإلكتروني في بيئة تختلف عن البيئة التقليدية للتعاقد، وظهرت القاعدة بجواز التعبير عن الإرادة من خلال هذه البيئة الإلكترونية، بدءًا من إبداء الرغبة في التعاقد وصولًا إلى مرحلة إبرامه إلكترونيًا لتكون له ذات القوة القانونية التي يتمتع بها العقد التقليدي، وإذا تتبعنا هذه القاعدة نجد أنها ظهرت في الاتفاقيات والتشريعات الدولية وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب لنركز على التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية في دول مجلس التعاون في المطلب الثاني.

الفرع الأول: التشريعات الدولية

لدى الوقوف عند اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980م، بالنسبة إلى التعبير الإلكتروني يلاحظ على أنها نصت في المادة (1/20) على أنه: (يبدأ سريان المدة التي يحددها الموجب للقبول بواسطة الهاتف أو التلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري...)[1]، والمستفاد من نصّ هذه المادة أنها تجيز التعبير عن الإرادة عن بعد بواسطة الهاتف

(1) Article(20-1) de la Convention de Vienne: (Le délai d'acceptation fixé par l'auteur de l'offre dans un télégramme ou une lettre commence à courir au moment où le télégramme est remis pour expédition ou à la date qui apparaît sur la lettre ou, à défaut, à la date qui apparaît sur l'enveloppe, Le délai d'acceptation que l'auteur de l'offre fixe par téléphone, par télex ou par d'autres moyens de communication instantanés commence à courir au moment où l'offre parvient au destinataire), disponible sur: https://cutt.us/ixUJI, p. consultée: Janvier 2020.

أو التلكس وفتحت المجال لأي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة التي تتضمن ميزة الاتصال الفوري وهذا ينطبق على شبكة الإنترنت.

وأقر قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، الذي يعد القانون الاسترشادي لجميع الدول في سنّ قوانينها الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، التعبير عن الإرادة بواسطة وسائل الاتصال الحديثة في المادة (11/1) حيث جاء فيها: (في سياق تكوين العقود وما لم يتفق على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ بمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض)[1].

أنّ هذا القانون يقر وجود مشكلة ظهرت حديثًا وهي التعبير عن الإرادة بصورة إلكترونية، وتصدى لذلك فأجاز التعبير عن الإرادة إن لم يكن بالقول أو الكتابة في الشكل التقليدي، فالتعبير يمكن أن يتمّ بواسطة رسائل بيانات[2]، وهذا البيانات يمكن تداولها بواسطة شبكة الإنترنيت، ومع أن هذه البيانات يتمّ تداولها في وسيط إلكتروني فإنه وضع الحكم بأن ذلك لا يؤثر ليس على وجود العقد فحسب بل لا يؤثر في صحته، والقوة الملزمة الكامنة فيه إذا يمكن الإجبار على تنفيذه.

وتنص وثيقة الكويت في المادة (146) على أنه: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المعهودة عرفًا ولو من غير الأخرس وبالتعاطي، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يكون صريحًا)[3].

وبذلك يمكن القول إنه ثمة قاعدة عامة تهيمن في نطاق قوانين دول مجلس التعاون، وهي أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صريحًا أو ضمنيًا لا يستثني من ذلك إلا الاتفاق أو طبيعة المعاملة تحتم أن يكون التعبير صريحًا، وبالقياس على ذلك، ووفق هذا الإطلاق فإن التعبير عن

---

(1) Article (11) Formation et validité des contrats: (1- Dans le contexte de la formation des contrats, sauf convention contraire entre les parties, une offre et l'acceptation d'une offre peuvent être exprimées par un message de données ،Lorsqu'un message de données est utilisé pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif qu'un message de données a été utilisé), disponible sur: https://cutt.us/xgXrl, p. consultée: Janvier 2020.

(2) المادة (2/أ) من قانون اليونسترال النموذجي تنص على: (يراد بمصطلح "رسالة بيانات" المعلومات التي تم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو وسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني، أو البرق أو التلكس، أو النسخ البرقي).

(3) وثيقة الكويت للنظام (القانون) المدني الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، متاحة على موقع مجلس التعاون الخليجي: https://2u.pw/Db8Ll، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

الإرادة يمكن أن يكون بأي وسيلة – كأن تكون إلكترونية – مادامت هذ الوسيلة قادرة على حمل التعبير ونقله حتى لو كان التعبير ضمنيًا.

الفرع الثاني: التشريعات الوطنية

إنّ البحثَ في التشريعات الوطنية يعني البحث عن القاعدة العامة التي تنظم التعبير عن الإرادة في القانون المدني للدول[1]، وعند استعراض هذه القوانين يلاحظ أنها لم تشترط طريقة معينة للتعبير عن الإرادة، بالإضافة إلى أنها أجازت أن يكون هذا التعبير ضمنيًا[2]، هذا ما لم يتفق طرفا التعاقد على عكس ذلك، لأن المبدأ الأساسي هو مبدأ الرضائية في العقود الذي يمنح المتعاقد الحق في أن يعبر عن رغبته بالشكل الذي يناسبه[3].

تنص المادة (90) من القانون المدني المصري على أنه: (1- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفًا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود، 2- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا).

وتنص المادة (32) من القانون المدني البحريني على: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ موقف

---

(1) القانون المدني هو: عبارة عن مجموعة من القواعد التي تعمل على تنظيم العلاقات بين الأفراد، إلا إذا تناول هذا الموضوع فرعًا من فروع القانون الخاص، فيتم اللجوء إلى القانون الخاص للقضاء يشتمل القانون المدني على نوعين من العلاقات القانونية، الأولى اختصت بتنظيم علاقة الفرد مع أسرته، وقد سميت بالأحوال الشخصية وتحكم في المسائل المتعلقة بالأهلية، والوصية، والنسب، وأحكام الزواج والطلاق، والميراث، أمّا الثانية فقد اختصت بتنظيم علاقات الأفراد المالية، وتضم المعاملات، والأحوال العينية المتعلقة بالنشاط المالي للشخص، ينظر: اندلس محمد، موضوع بعنوان ما هو القانون المدني، منشور على: https://mawdoo3.com، آخر زيارة أكتوبر 2019م.

(2) لم يقتصر ذلك على قواعد العقد بصورة عامة وإنما أيضا ورد في التفاصيل ومثال ذلك الحوالة حيث ورد أنه: (...كان من الجائز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا سواء بالنسبة إلى انعقاده الحوالة أو إقرارها، فيجب أن يكون المظهر الذي اتخذه هذا التعبير قاطعًا في الدلالة على إبراء ذمة المدين الأصلي نهائيًا بنقل الدين إلى المحال عليه وحده بحيث لا يمكن تفسير هذا المظهر على أنه إضافة إلى مدين جديد إلى جانب المدين الأصلي، ومن ثم فلا يكفى مجرد قبول الدائن للتعهد المقدم من الغير بوفائه بالدين للقول بانتقال الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة هذا الغير) ينظر: محكمة التمييز، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم (71) لسنة 1989م، بتاريخ 15 نوفمبر 1989م، دولة الكويت، متاح على موقع قوانين الشرق: www.eastlaws.com، آخر زيارة نوفمبر 2019م.

(3) د. عبد الله نوار شعث، العقد الإلكتروني في إطار التشريعات العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2017م، ص188.

لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه، وذلك ما لم يتطلب القانون في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة على نحو معين، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يكون صريحًا).

وتنص المادة (132) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات على أن: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة ويجوز أن يكونا بصيغة الماضي كما يكونان بصيغة المضارع والأمر إذا أريد بهما الحال أو بالإشارة المعهودة عرفًا ولو من غير الأخرس أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على التراضي).

أما بالنسبة إلى المُشرِّع القطري فتنص المادة (65) من قانونه المدني على أن: (1- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، أو باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود منه. 2- يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يكون صريحًا).

ونصّ المُشرّع الكويتي في المادة (34) من قانونه المدني على أنه: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكًّا في دلالته على حقيقة المقصود منه، وذلك ما لم يتطلب القانون، في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة على نحو معيّن)، ونص في المادة (35) على أنه: (يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يجئ صريحًا).

وعلى هذا المنوال سار المُشرّع العماني حيث جاء في نصّ المادة (70) من قانون المعاملات المدنية العماني: (التعبير عن الإرادة يكون بالكلام أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفًا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود منه).

ويمكن القول إن التشريعات المدنية في دول مجلس التعاون سلكت مذهبًا موسعًا فيما يتعلق بموضوع التعبير عن الإرادة، فذكر وسائل التعبير عن الإرادة على سبيل المثال لا الحصر يفتح المجال أمام ما قد يستجد من وسائل تصلح للتعبير عن الإرادة من خلالها، وذلك تأكيدًا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعد من المبادئ الجوهرية في التشريعات المدنية الخليجية، وبموجب هذا المبدأ فإن إرادة الفرد كافية لإبرام العقد إلا إذا وجدت شروط يتطلبها القانون لتحقيق النظام العام والمصلحة العامة، ولا يتطلب القانون شكلية معينة بالنسبة إلى التعبير عن الإرادة إلا وفق استثناء بنص القانون، فالشكلية استنادًا إلى هذا المذهب تعد تقييدًا لحرية الفرد التعاقدية والقائمة على مبدأ

الرضائية، فإذا كان التعبير عن الإرادة في التعاقد التقليدي يتمّ بالوسائل المعتادة والمعروفة لدى الكافة كالتعبير عن طريق الإشارة أو اللفظ أو الكتابة أو باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود منه، فلا يوجد ما يستبعد التعبير الإلكتروني لأن يمكن أن تضعه في فئة الموقف الذي لا تدع ظروف الحال شكًا بأنه يعبر عن الإرادة سواء أكان هذه التعبير صريحا أو ضمنيا، فكل ما يدل عن الإرادة يصلح قانونًا للتعبير عنها، فللشخص الحرية الكاملة في اختيار الوسيلة الأنسب له التي تحقق مقصده شريطة أن تكون لهذه الإشارة دلالة واضحة غير قابلة للتأويل ويفهمها الآخر[1]، لا يخل بذلك أن التعبير عن الإرادة في أسلوب التعاقد الحديث جاء مختلفًا وعبر وسائل مستحدثة، وأنه لم يرد نصّ صحيح يجيز استخدام هذه الوسائل المستحدثة، حيث إن نصوص القواعد العامة تتميز بالمرونة التي تتسع لاستيعاب هذه الوسائل المستحدثة، وبذلك ترى الباحثة أن القواعد التقليدية، من حيث العموم لا الخصوص تستوعب التطور التكنولوجي في مجال الاتصالات الذي نعيشه في وقتنا الحاضر وما نتج عنه من أساليب جديدة في التعاقد، فالشرط المهم في هذ السياق أن الوسيلة قادرة على إيصال إرادة مستخدمها[2].

المطلب الثاني

القاعدة الخاصة في إطار قوانين المعاملات الإلكترونية لدول مجلس التعاون

إنَّ التعبير الإلكتروني وإن كان جائزًا ومشروعًا في ظل القواعد العامة، إلا أنه ظل مقرونًا بإشكالية الإقرار به في الحالات الخاصة التي تثور في ظل قوانين دون مجلس التعاون، وكان يثير جدلًا فيما إذا كان الوسيط الإلكتروني يمكن أن يكون مثله مثل الوسيط المادي موثوقًا به، إلا أنه بعد ظهور قانون اليونسترال ومحاولة دول مجلس التعاون تبني قواعد متقدمة في هذا المجال صدرت تشريعات الغاية منها تنظيم المعاملات والتجارة الإلكترونية لتلافي إشكاليات التفسير وما قد يثور من جدل في ظل القواعد العامة، وبذلك أصبح التعبير عبر الوسائل الإلكترونية أمرًا

---

(1) التعبير عن الإرادة يكون صريحًا إذا كان واضح الدلالة على المقصود منه، بشكل لا يمكن أن يقع الطرف الآخر بلبس أو سوء فهم بشأنه، ويكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا إذا لم يقم الشخص بالتصريح بشكل مباشر عن إرادته ولكن يمكن استنتاج مقصده من خلال الظروف المحيطة والملابسات التي تدل على إرادة صاحبها، فعلى سبيل المثال قيام شخص بعرض السلع والخدمات على شبكة الإنترنت من خلال موقعه الإلكتروني مع بيان الأسعار ومواصفات ما هو معروض، يعد ذلك تعبيرًا صريحًا عن الإرادة، ينظر: آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، هامش ص92.

(2) أقر أيضا الاتحاد الأوروبي من خلال التوجيه الخاص بالتجارة الإلكترونية رقم (31-2000) الصادر في 2000/6/8م جواز التعبير عن الإرادة وإنشاء العقود بأية وسيلة ولو كانت إلكترونية كشبكة الإنترنت، متاح على: https://cutt.us/abD2i، آخر زيارة نوفمبر 2019م.

منظمًا، من الناحية القانونية، وأسست هذه القواعد للوسائل التي يتمّ بها التعبير، والحماية المطلوبة لهذه الوسائل.

فقد نصّت المادة (11) من قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني لعام 2018م، على أنه: (في سياق إبرام العقود وما لم يُتفق على خلاف ذلك، يجوز التعبير – كليًا أو جزئيًا – من خلال الخطابات الإلكترونية، عن الإيجاب والقبول أو أي تعديل أو عدول للإيجاب والقبول)[1].

فهذا القانون أجاز التعبير الإلكتروني ونص على أنه يمكن أن يكون بواسطة خطابات إلكترونيه، حتى لو كان ذلك بشكل جزئي وليس كلي.

ونصّ نظام التعاملات السعودي في المادة (10) منه على أنه: (1- يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول في العقود بواسطة التعامل الإلكتروني، ويعد العقد صحيحًا وقابلًا للتنفيذ متى تم وفقًا لأحكام هذا النظام. 2- لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة سجل إلكتروني واحد أو أكثر)[2].

ونلاحظ أيضًا النصَّ في هذا النظام على أن التعبير يتمّ بواسطة السجل الإلكتروني أي بتوثيق التعبير بوسيلة إلكترونية، هذا على أن نأخذ بالاعتبار أن المملكة العربية السعودية دولة تطبق أحكام الشريعة الإسلامية، حيث تنص المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم المملكة العربية السعودية على أنه: (المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله ولغتها هي اللّغة العربية وعاصمتها مدينة الرياض)[3]، وقد صدرت فتوى من مجلس مجمع الفقه الإسلامي بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، أجاز التعاقد بواسطة آلات الاتصال الحديثة والتعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول عن طريق استخدام الوسائل الإلكترونية، وذلك قبل إصدار نظام المعاملات الإلكتروني،

---

(1) مرسوم بقانون رقم (54) لسنة 2018م بإصدار قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية، متاح على موقع هيئة التشريع والرأي القانوني: https://cutt.us/87MSR، آخر زيارة: ديسمبر 2019م، تجدر الإشارة إلى أن مملكة البحرين كانت سباقة في سنّ التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، فأول تشريع لها كان في عام 2002م، وتم إدخال أول تعديل عليه في عام 2006م، وفي عام 2018م، تم إصدار قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية لعام 2018م، لاغيًا القانون الذي سبقه.

(2) القانون متاح على موقع هيئة الاتصالات والمواصلات السعودية: https://2u.pw/DDqXm، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

(3) النظام الأساسي للحكم وهو نظام صدر عام 1412هـ الموافق 1992م، في عهد الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود بالأمر الملكي رقم (أ/90) وتاريخ 1412/8/27هـ بخصوص طريقة الحكم بالمملكة العربية السعودية بشكل سلس كالدستور في الدول الأخرى.

إذ إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 14-20 آذار مارس 1990م، قرر ما يأتي:

(أولًا: إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب)، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجَّه إليه وقبوله.

ثانيًا: إذا تمّ التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقدًا بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

ثالثًا: إذا أصدر العارض، بهذه الوسائل، إيجابًا محدد المدة يكون ملزمًا بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه.

رابعًا: أن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

خامسًا: ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات)[1].

أما بالنسبة إلى دولة الإمارات، فإن الفقرة الأولى والثانية من المادة (11) من القانون الاتحادي الاماراتي رقم (1) لسنة 2006م، بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية تنص على أنه: (1- لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيًا أو كليًا بواسطة المراسلة الإلكترونية. 2- لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة إليكترونية واحدة أو أكثر)[2].

---

(1) منشور على موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي: https://2u.pw/25WUl، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

(2) أصدر حاكم دبي قانون رقم (2) لسنة 2002م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، الذي جاء في المادة (13) منه أن: (1- لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيًا أو كليًا بواسطة المراسلة الإلكترونية، 2- لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد إنه تم بواسطة مراسلة إلكترونية واحدة أو أكثر)، وهو النص نفسه الذي استخدم في القانون الاتحادي، جميع القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية متاحة على موقع البوابة القانونية لدولة الإمارات العربية المتحدة: https://2u.pw/35z4y، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

ونص المُشرّع العماني في المادة (12) من قانون المعاملات الإلكترونية لعام 2008م، على أنه: (1- لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول بواسطة رسائل إلكترونية ويعتبر ذلك التعبير ملزمًا لجميع الأطراف متى تم وفقًا لأحكام هذا القانون، 2- لا يفقد هذا التعبير صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه أبرم بواسطة رسالة إلكترونية واحدة أو أكثر)[1].

ونصّ المُشرّع القطري في مرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2010م، بشأن إصدار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية في المادة (4) منه على أنه: (يجوز عند إبرام العقود أو إجراء المعاملات التعبير عن الإيجاب أو القبول كليًا أو جزئيًا برسالة بيانات تتم بواسطة اتصالات إلكترونية، ولا يؤثر في صحة العقود أو المعاملات، أو قابليتها للتنفيذ، استخدام رسالة بيانات واحدة أو أكثر في إبرامها)[2].

وتنصّ المادة (5) من قانون رقم (20) لسنة 2014م، الصادر شأن المعاملات الإلكترونية الكويتي على أنه: (يجوز التعبير كليًا أو جزئيًا عن الإيجاب والقبول وجميع الأمور المتعلقة بالتعاقد بما في ذلك أي تعديل أو رجوع في الإيجاب أو القبول عن طريق المعاملات الإلكترونية، ولا يفقد التعبير صحته أو أثره أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة إلكترونية واحدة أو أكثر)[3].

وتخلص الباحثة مما تقدم إلى أن التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني يدخل ضمن نظام العقود التي تبرم عن بعد، وإذا كان البعد هو عنصر تقليدي لا يتعارض مع الأحكام العامة المتعلقة بصحة التعبير عن الإرادة، فإن الأسلوب الجديد في التعاقد الإلكتروني، على الرغم مما يثيره من إشكاليات، فإنه لا يمس جوهر التعاقد وإنما يتعلق بالشكل الذي يمثله الوسيط الإلكتروني، بناء على ذلك جاءت القواعد المستحدثة لتنظم هذه الوسيط من دون أن تغير من المضمون التعاقدي وتحول دون ترتب نتائج سلبية على استخدام شبكة الإنترنت في إبرام العقود، لأن الشكل يمكن أن يؤدي إلى ظهور مضمون غير حقيقي يفتح بابًا واسعًا للتدليس من دون القدرة على إثباته، وذلك إذا ترك دون تنظيم قانوني محدد، والجانب الإيجابي لهذه القواعد المستحدثة تتمثل بأنها تزيل الشك وتسد الباب إلى حدّ ما دون ترك المجال لأي محاولة تعيب الإرادة في تكوين العقد.

---

(1) القانون متاح على موقع وزارة الشؤون القانونية العمانية: https://cutt.us/KhDxw، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

(2) القانون منشور على موقع البوابة القانونية القطرية: http://www.almeezan.qa/، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

(3) القانون منشور على موقع البوابة الإلكترونية لدولة الكويت: https://www.e.gov.kw، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

المبحث الثاني

التعبير الإلكتروني عن الإرادة والاستثناءات الواردة عليه

معظم التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية تضمنت نصوصًا صريحة تجيز التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الإلكترونية إذا لم يكن هناك اتفاق يفيد بخلاف ذلك، وعلى الرغم من كل هذا فإنها لم تجز التعبير عن الإرادة بواسطة وسائل إلكترونية بشكل مطلق، إذ استثنت بعض التصرفات القانونية من نطاق التعامل الإلكتروني، وانقسمت التشريعات في ذلك إلى أكثر من اتجاه فمنها من ضيق من الاستثناءات، ومنها من وسعها، هذا ما نبينه في هذا المبحث الذي نقسمه إلى مطلبين نتناول في الأول دور الوسيط الإلكتروني في التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، أمّا الثاني نخصصه للاستثناءات التي نصت عليها التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، فنستعرض أهمّ قانون نظم هذا النوع من التعامل بصورة عامة وهو قانون اليونسترال المعروف بالقانون النموذجي الذي تسترشد به الدول في سنّ قوانينها المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، وبعد ذلك نتناول الموقف في قوانين دول مجلس التعاون.

المطلب الأول

دور الوسيط الإلكتروني في التعبير عن الإرادة

اتّضح أن معظم القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية تجيز التعبير عن الإرادة في شكل إلكتروني من خلال الوسيط الإلكتروني – أو الوسيط المؤتمت أو ما يطلق عليه الوكيل الإلكتروني عند بعض الدول – ويعد ذلك من أكثر المسائل التي تثير جدلًا خاصة بالنسبة إلى العلاقة بين الوسيط والمتعاقد أو مستخدم الشبكة، إذ تثار كثير من التساؤلات فيما إذا كان هذا الوسيط الإلكتروني يعمل نيابة عن المتعاقد في إجراء المعاملات القانونية، وهل يمكن اعتباره وكيلًا كما أطلقت عليه تشريعات بعض الدول وتطبق عليه أحكام الوكالة الواردة في القانون المنظم للمعاملات المدنية؟ سنحاول الإجابة عن هذه المسائل المتعلقة بشكل التعبير عن الإرادة في الفقرات التالية بضوء التشريعات ذات العلاقة على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الوسيط الإلكتروني

ستتطرق الدراسة إلى تعريف الوسيط الإلكتروني في التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، ومن خلال هذه التعريفات سيتضح أنه لا يوجد مسمى واحد متفق عليه للوسيط الإلكتروني.

يعرف القانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية في المادة الثانية منه، المقصود بالوكيل الإلكتروني، وهو: (برنامج حاسب آلي، أو وسيلة إلكترونية أو آلية أخرى، تُستخدم بشكل مستقل لبدء إجراء ما، أو للرد على الرسائل أو العروض الإلكترونية، نيابةً عن الشخص دون مراجعة أو تدخل من قبل شخص طبيعي في وقت الإجراء أو الاستجابة للرسالة أو الأداء)[1].

أما قانون كندا الموّحد للتجارة الإلكترونية، فقد عرف الوكيل الإلكتروني بأنه: (برنامج حاسوبي أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم للبدء في عمل أو للاستجابة كليًا أو جزئيًا للمستندات الإلكترونية دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في الوقت الذي يعمل به النظام أو يقدم استجابة)[2].

وإذا ما انتقلنا إلى قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني، فنجد أنه ينص في المادة (5/1) على أن الوكيل الإلكتروني هو: (برنامج حاسب آلي أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل للقيام بفعل ما أو للاستجابة لسجلات أو أفعال إلكترونية – كليًا أو جزئيًا – بدون مراجعة أو تدخل من أي شخص طبيعي وقت القيام بالفعل أو الاستجابة له).

والمُشرّع العُماني استخدم مصطلح وسيط إلكتروني، إذ جاء في المادة (11/1): (برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو استلام رسالة معلومات دون تدخل شخص طبيعي).

أمّا المُشرّع الكويتي فاختار مصطلح النظام الإلكتروني المؤتمت[3] في المادة (11/1)، وعرفه على أنه: (برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي تم إعداده ليتصرف أو يستجيب لتصرف

---

(1) UETA-Article (6/2) of section No (401) "electronic agent" means a computer program, or electronic or other automated means, used independently to initiate an action, or to respond to electronic messages or performances, on the person's behalf without review or action by an individual at the time of the action or response to the message or performance.

(2) Uniform Electronic Commerce Act -Art (19) "electronic agent" means a computer program, or any electronic means used to initiate an action or to respond to an electronic documents or actions in whole or in part without review by a natural person at the time of the response or action.

(3) تجدر الإشارة إلى أن لفظ (مؤتمت) هو لفظ معرب من اللّغة الإنجليزية (automatic) أو الفرنسية (automatique)، ويرى الدكتور أسامة مجاهد أن استخدام هذا اللفظ غير مناسب ومن الممكن اختيار لفظ من اللّغة العربية يتناسب والمعنى المقصود مثل: لفظ ذاتي أو تلقائي أو آلي فهذه الألفاظ تفي بالغرض وتدل على المعنى الذي يقصده المُشرّع، وهو التعاقد من دون تدخل بشري، ينظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية وفقًا لأحدث التشريعات، مرجع سابق، ص171.

بشكل مستقل كليًا أو جزئيًا، دون تدخل أو إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتمّ فيه التصرف أو الاستجابة له).

واستخدم المُشرّع الإماراتي مصطلح الوسيط الإلكتروني المؤتمت، إذ نصّ في المادة (20/1) من القانون الاتحادي للمعاملات الإلكترونية، على أنه: (برنامج أو نظام إلكتروني لوسيلة تقنية المعلومات تعمل تلقائيًا بشكل مستقل كليًا أو جزئيًا دون إشراف من أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتمّ فيه العمل أو الاستجابة له).

بعد عرض التعريفات التي تضمنتها القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية يتضح لنا ما يأتي:

أولًا: جميع التشريعات السابقة استخدمت ذات التعريف الوارد في القانون الأمريكي، ولم يأت أي منهم بإضافة جديد، وهي مجرد اختلاف بسيط في الصياغة أو الترجمة إن صح التعبير.

ثانيًا: يتضح من التعريفات السابقة أن هناك عناصر يجب أن تتوافر في الوكيل الإلكتروني وهي:

أ- الحاسوب أو جهاز ذكي يوفر المميزات نفسها التي تتوافر في الحاسوب، إذ يتصل الوكيل الإلكتروني بالحاسوب ولا يعمل إلا وهو متصلًا بشبكة الإنترنت.

ب- التصرف التلقائي، أي يتميز بالقدرة على التصرف وفقًا للبرنامج الذي تم إعداده وفق متطلبات معينة، فهو يعمل بحسب المعلومات المزودة بالبرنامج.

الفرع الثاني: صور التعاقد بواسطة الوسيط الإلكتروني

يأخذ التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني أكثر من صورة، على النحو الآتي:

أولاً: من شخص طبيعي إلى جهاز حاسوب والعكس

يتمّ ذلك بين شخص طبيعي ووسيط إلكتروني، ويتصور فيها قيام شخص طبيعي بالتصرف بالأصالة عن نفسه أو كونه ممثلا قانونيا لأحد الأشخاص الاعتبارية، ويقوم بأداء جميع التصرفات اللازمة لإتمام المعاملة وهو على علم بأنه يتعامل مع وسيط إلكتروني، وفي المقابل يقوم الوسيط الإلكتروني المبرمج بالتفاعل مع الطرف الأول لإتمام المعاملة، ومثال ذلك عند القيام بالتسوق الإلكتروني، يتعامل الشخص الطبيعي في هذه الحالة مع موقع إلكتروني، ويتميز الأخير بالذكاء

الاصطناعي، فعندما يختار المستهلك سلعة معينة يقوم الوسيط الإلكتروني بعرض السلع المشابهة له، بناء على اختياره الأول[1].

وفي هذا السياق تنص المادة (8) من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي على (...كما يجوز أن يتمّ التصرف القانوني بين نظام إلكتروني يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إتمام التصرف القانوني).

ثانيًا: من جهاز حاسوب إلى آخر باتفاق مسبق

يتمّ التعاقد في هذه الحالة بين جهاز حاسوب وجهاز حاسوب آخر من دون تدخل بشري، ولكن بناء على تعاملات تجارية سابقة ما بين الأطراف نفسها، وتناولت المادة (11) من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي هذه الصورة في الفقرة الأولى منها بقولها: (يجوز أن يتم التعاقد من خلال منظومات بيانات إلكترونية آلية أو مباشرة بين منظومتي بيانات إلكترونية او أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقًا للقيام بمثل هذه المهمات بوصفها ممثلة عن طرفي العقد. ويكون التعاقد صحيحًا ونافذًا ومنتجًا لآثاره النظامية على الرغم من عدم التدخل المباشر لأي شخص ذي صفة طبيعية في إبرام العقد...) وتنص الفقرة (أ) من نص المادة (14) من قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني على إنه: (أ- لا تُنكَر صحة أو نفاذ العقد المبرم من خلال تفاعل بين وكيل إلكتروني وشخص طبيعي، أو بين اثنين أو أكثر من الوكلاء الإلكترونيين، لمجرد عدم مراجعة أو إجازة شخص طبيعي للأفعال التي قام بها الوكلاء الإلكترونيون أو للعقد الناتج عنها).

ويلعب الذكاء الاصطناعي دورًا في هذه الحالة كذلك من خلال العودة إلى الذاكرة المخزنة في الجهاز وجمع معلومات التعاقد السابق لتنفيذ التعاقد الجديد[2].

ثالثًا: من جهاز حاسوب إلى آخر من دون اتفاق مسبق

يتمُّ التعاقد بهذه الحالة من دون تدخل عنصر بشري كالحالة السابقة، ولكن من دون وجود تعامل مسبق بين أطراف التعاقد، تنص المادة (12) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية العماني على: (يجوز أن يتمّ التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة نظام معلومات إلكترونية

---

(1) Yves Poullet, «La conclusion du contrat par un agent électronique», un article a été présenté lors de la conférence internationale organisée par l'Académie de droit comparé allemande, les 22 et 23 septembre 1999 à Freiburg, p. 131.

(2) ADRIEN BONNET, La responsabilité du fait de l'intelligence artificielle, Master 2 Droit privé général Dirigé par Monsieur le professeur Yves Lequette, Université Panthéon – Assas, Paris II,2015, p. 8 et S.

أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقًا للقيام بذلك، ويكون التعاقد صحيحًا...) في هذا الفرض يتمّ الاعتماد كليًا في اتخاذ القرارات والتعاقد على الذكاء الاصطناعي في التصرف وعلى التعليمات المبرمجة عليها[1].

الفرع الثالث: إرادة الوسيط الإلكتروني وجودها من عدمه

أثارتْ إرادةُ الوسيط بشكله الإلكتروني جدلًا فقهيًا، وانقسمت الآراء بشأنه، إذ يذهب جانب من الفقه إلى إعطاء الجهاز الإلكتروني الشخصية القانونية، ويترتب على ذلك تمتعه بأهلية الأداء وصلاحية القيام بالتصرفات القانونية، وذلك قياسًا على الشخص المعنوي أو الاعتباري كالشركات والمؤسسات، بالإضافة إلى تمتعه بالذكاء الإلكتروني وقدرته على إجراء التصرفات من دون تدخل بَشَري[2].

واجه هذا الرأي انتقادًا كبيرًا من الفقهاء إذ يرون أن الشخصية القانونية مرتبطة بالذّمة المالية، وجودًا وعدمًا، ومن يتمتع بالشخصية القانونية يتمتع بالذّمة المالية، والوسيط الإلكتروني أو جهاز الحاسوب ليس له ذمة مالية، وبالتالي لا يتمتع بالشخصية القانونية، بالإضافة إلى أن تمتعه بالذكاء الاصطناعي – الذي يمكنه من أداء بعض التصرفات تلقائيًا – هو بفضل تدخل بشري إذ يتمّ برمجته وفق معطيات يحددها المتعاقد[3].

ويرى جانب آخر من الفقه، أن الوسيط الإلكتروني يعد نائبًا عن المتعاقد، فهو يتعامل باسمه ولحسابه مما يعني أنه يجري عملية التعاقد نيابة[4] عن المتعاقد الأصلي[5] وهذا الأمر يصعب قبوله، لأن لقيام الوكالة يجب أن تتوافر إرادتان نحو إحداث أثر قانوني، فالوكالة هي عقد يتمّ بين

---

(1) د. رانيا صبحي محمد عزب، العقود الرقمية في قانون الإنترنت: دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والتشريعات العربية والأمريكية والأوروبية، مرجع سابق، ص 248.

(2) د. عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية الناشئة عن إساءة استخدام الحاسوب والإنترنت: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص321 وما بعدها.

(3) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص175.

(4) تنص المادة (62) من القانون المدني البحريني على أنه: (إذا أبرم النائب، في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل، فإن كلّ ما يترتب على هذا العقد من آثار ينصرف مباشرة إلى الأصيل).

(5) د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص67، ينظر كذلك: د. رانيا صبحي محمد عزب، العقود الرقمية في قانون الإنترنت: دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والتشريعات العربية والأمريكية والأوروبية، مرجع سابق، ص260.

المتعاقد والنائب وافتراض أن الوسيط الإلكتروني هو الطرف الثاني أمر يستحيل قبوله لعدم تمتعه بالشخصية القانونية فهو لا يملك إرادة حتى يعبر عنها[1].

رأي الباحثة

مهما تطوّرت وسائل التكنولوجيا الحديثة ستبقى مجرد وسيلة نقل معلوماتية، ولا يمكن قبول فكرة تمتعها بالشخصية القانونية وقدرتها على القيام بإبرام العقود من دون تدخل بشري، حتى لو سلمنا بأن الذكاء الاصطناعي الذي يميز هذه الوسائل الإلكترونية يجعلها قادرة على إبرام التصرفات فبالنهاية هي تتمتع بهذه القدرة بسبب البرمجة التي أعدها إنسان طبيعي، وبالتالي هي تتميز بقدرات تقنية عالية تؤهلها القيام بموائمة المعطيات وإجراء الحسابات التقديرية لاتخاذ قرار بناء على المعلومات التي تمت تغذيتها بها ولا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار قيامها بأي تصرف نابع عن إرادة أو نية ذات طابع بشري، وأبسط مثال على ذلك هو أن أي عطل يسبب خلل في البرمجة يترتب عليه عدم استطاعة الوسيط الإلكتروني القيام بأي تصرف، وبالنهاية نؤكد أن الوسيط الإلكتروني هو مجرد وسيلة يستخدمها الإنسان للتعبير عن إرادته ولا يختلف عن الأجهزة التي سبقت ظهور شبكة الإنترنت واستخدمت في التعاقد، مثل الفاكس والهاتف وغيرها من الأجهزة التي تنقل إرادة الإنسان.

المطلب الثاني

الاستثناءات على قاعدة التعبير الإلكتروني

يمكن أن نلتمس هذه الاستثناءات في ظل القانون النموذجي بما اشتمل عليه من قواعد تجيز للدول ممارسة الاستثناء، نحدد بعد ذلك كيف وردت الاستثناءات في تشريعات دول مجلس التعاون وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: الاستثناء في القانون النموذجي

سنّ القانون النموذجي (اليونسترال)[2] الهدف الرئيسي منه هو التمكين من مزاولة التجارة الإلكترونية بشكل آمن من خلال توفير أساس صحيح تتبعه الدول لتنظيم التجارة الإلكترونية وخلق

---

(1) الإرادة القانونية للوكيل الإلكتروني في النظام السعودي، نسرين سلمان منصور، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، الإمارات العربية المتحدة، المجلد (14)، العدد (1)، يونيو 2016، ص 424 وما بعدها.

(2) قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، موجود على: https://cutt.us/oOv7O، مارس 2020م.

بيئة قانونية لهذا النوع الجديد من التعامل التجاري[1]، عن طريق توحيد الأحكام القانونية ووضع الحلول لمعالجة الإشكاليات القانونية بشأن التجارة الإلكترونية على مستوى دولي.

فإذا كان هذا القانون قد أجاز التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائط الإلكترونية، إلا أنه في ذات الوقت أجاز للأطراف أن يتفقوا على خلاف ذلك، وهذا بما يطلق عليه الاستثناء بالاتفاق بأن لا يفرض شكل معين للتعبير عن إرادة المتعاقدين ولا تقيد بذلك، فلهم الخيار بين اتباع النهج التقليدي في مسألة التعبير عن الإرادة أو الطريق الحديث الذي يتمّ بواسطة وسائل إلكترونية.

وإلى جانب الاتفاق الذي يجوز بموجبه الاستثناء من القاعدة العامة يثور التساؤل عما إذا كان هذا القانون يجيز الاستثناء في جميع المعاملات على نحو واسع أم أن نطاقه ما هو إلا نطاق ضيق يقتصر على معاملات معينة؟

لقد نصت المادة الأولى من القانون والخاصة بنطاق التطبيق على أنه: (يطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية)[2].

وبذلك حدد قانون اليونسترال من خلال هذه المادة نطاق تطبيقه وهو على الأنشطة ذات الطابع التجاري[3]، وأجاز في الوقت ذاته التوسع في نطاق تطبيق القانون للدول الراغبة في ذلك، ويتضح ذلك من خلال طرح نصّ للمادة في الفقرة (4) من الهامش الوارد في الصفحة (3)، فيها: تقترح اللجنة[4] النص الآتي على الدول التي ترغب في توسيع نطاق هذا القانون: (ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعاملات يكون في شكل رسالة بيانات...)، فإذا كان القانون قد حدد الجواز القانوني بهذه الصورة فإنه عاد فأعطى الحق للدول بأن تستثني من تطبيق القانون ما تراه مناسبًا لأنظمتها القانونية، مع الحث على عدم التوسع بهذه الاستثناءات التزامًا بروح القانون النموذجي وعدم الحياد عنه.

---

(1) وائل أنور بندق، قانون التجارة الإلكتروني: قواعد اليونسترال ودليلها التشريعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009م، ص11.

(2) القانون موجود على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري والدولي: https://cutt.us/GoDtV، آخر زيارة فبراير 2020م.

(3) يأخذ القانون بالمذهب الموسع بالنسبة إلى النشاط التجاري، حيث يشمل جميع المسائل الناشئة عن العلاقات ذات الطابع التجاري، ونذكر على سبيل المثال: "التوريد، تبادل السلع، الوكالة التجارية، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية..."، يراجع في ذلك هامش ص3 من القانون، متاح على: https://cutt.us/GoDtV، آخر زيارة فبراير 2020م.

(4) يقصد باللجنة: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

الفرع الثاني: الاستثناءات في تشريعات دول مجلس التعاون

سنت دول مجلس التعاون قوانين تنظم المعاملات والتجارة الإلكترونية، وجددت بعض الدول الأنظمة التي تحكم المعاملات والتجارة الإلكترونية عن طريق سنّ تشريعات أكثر مواكبة للتطورات في المجال الإلكتروني، ومن هذه الدول مملكة البحرين، وإذا كانت هذه الدول قد أجازت تشريعات دول مجلس التعاون التعبير عن الإرادة باستخدام وسائل إلكترونية، إلا أنها نصت استثناءات على قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بوسائل إلكترونية.

ويمكن تقسيم هذه الاستثناءات لثلاث مجموعات فيما يأتي:

أولًا: الاستثناءات المتعلقة بالأحوال الشخصية

تستبعد العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية، فهي وإن كان يعبر فيها عن الإيجاب والقبول إلا أنها ترتبط بالاعتقاد الديني فضلا عن أن أحكامها منظمة بموجب القوانين التي تستمد أحكامها من الشريعة التي تخضع لها، وعلى هذا المنوال ترى الباحثة أن القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية تستبعد التعبير عن الإرادة فيها من نطاق تطبيقها.

وبذلك نصت المادة (3/أ) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني: (تسري أحكام هذه القانون على المعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية، كما تسري على أية رسالة معلومات إلكترونية ولا يسري هذا القانون على ما يأتي: أ- المعاملات والأمور المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا والهبات...).

أمّا نظام التعاملات الإلكترونية السعودي، فنص في المادة (1/3) منه، على أنه: (يسري هذا النظام على التعاملات والتوقيعات الإلكترونية، ويستثنى من أحكامه، ما يلي: 1- التعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية...).

ووردت في قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي المادة (2/2/أ) بقولها على أنه: (...2- يسري هذا القانون على السجلات والمستندات والتوقيعات الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، ويستثنى من أحكامه ما يأتي: أ- المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا...).

ونص قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي في المادة (2/أ) على أنه: (...ولا تسري أحكام هذا القانون على: أ- المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والوصية...).

وتنص المادة (1/3) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري، على أنه: (لا تسري أحكام هذا القانون على المحررات والمستندات والمعاملات الآتية: 1- المحررات والمستندات المتعلقة بمسائل الأسرة والأحوال الشخصية...).

ثانيًا: الاستثناءات المتعلقة بالتصرف في الأموال غير المنقولة

نصت المادة (3/ج) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني على أنه: (ولا يسري هذا القانون على ما يلي:...ج- أي مستند يتطلب القانون توثيقه بواسطة كاتب عدل...).

بينما نصت المادة (2/3) من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي على أن: (يسري هذا النظام على التعاملات والتوقيعات الإلكترونية، ويستثنى من أحكامه، ما يلي:...2- إصدار الصكوك المتعلقة بالتصرفات الواردة على العقار...).

أمّا المادة (2/ب) من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي فنصت على أن: (لا تسري أحكام هذا القانون على ما يأتي:...ب- سندات ملكية الأموال العقارية وما ينشأ عنها من حقوق عينية أو تبعية).

ونصت المادة (2/3) و (3/3) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري على أن: (لا تسري أحكام هذا القانون على المحررات والمستندات الآتية:...2- المحررات والمستندات المتعلقة بالتصرفات العينية الواردة على عقار، 3- المحررات والمستندات التي يجب توثيقها وفقًا للقانون)[1].

وعلى المنوال ذاته سارت المادة (2/2/ ب) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي بقولها: (يسري هذا القانون على السجلات والمستندات والتوقيعات الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، ويستثنى من أحكامه ما يأتي:...2- سندات ملكية الأموال غير المنقولة...).

---

(1) وتجدر الإشارة إلى أنه ورد نصّ للمُشرّع القطري سلطة تقديرية أعطيت لجهة إدارية في المادة نفسها بقولها إنه: (ويجوز بقرار من مجلس الوزراء، بناء على اقتراح المجلس الأعلى، ولاعتبارات المصلحة العامة، الحذف من الاستثناءات المنصوص عليها في الفقرة السابقة أو الإضافة عليها)، وهذه الإضافة هي لمواكبة ما قد يطرأ من تغييرات في مجال المعاملات الإلكترونية ولفتح الباب أمام أي تعديلات دون تعقيد.

ثالثًا: الاستثناءات المتعلقة بالأوراق المالية القابلة للتداول

قضت بهذا الاستثناء المادة (2/ج) من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي، بالنص على أنه: (لا تسري أحكام هذا القانون على ما يأتي:...ج- السندات الأذنية والكمبيالات القابلة للتداول...).

ونصت المادة (4/3) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري: (لا تسري أحكام هذا القانون على المحررات والمستندات الآتية:...4- الأوراق التجارية القابلة للتداول وفقًا لأحكام قانون التجارة).

وذهب إلى ذلك قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي في المادة (2/2/ج) بقولها: (...2- يسري هذا القانون على السجلات والمستندات والتوقيعات الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، ويستثنى من أحكامه ما يأتي: ج- السندات القابلة للتداول...).

ومن خلال تحليل هذه النصوص نصل إلى نتيجة مفادها بأن مناط الاستثناءات في القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية إمّا يكون التعامل على درجة من الخطورة على نحو لا يجوز أن يترك في بيئة يكون فيها عرضة لخطر التغيير وإما أن الإرادة تستلزم شكلية معينة لا تتوافر في الوسيط كي يتمّ التعاقد بواسطته، وأن عدم تحقق الشكلية يؤدي إلى بطلان التصرف.

ويبدو أن تجاوز الاستثناءات ممكن إذا تم تطوير التشريعات ذلك لأن التوجه نحو التحول الرقمي يمضي بسرعة، وهذا ما حدا ببعض الدول أن تتجه نحو تطوير تشريعاتها القائمة لتواكب هذا التطور، ومن أبرز الأمثلة على ذلك هو موقف المُشرّع البحريني والتعديلات الأخيرة بشأن منظومة القوانين التي تحكم المعاملات الإلكترونية، ومنها قانون المخاطبات والمعاملات الإلكترونية الجديد الذي جعل نطاق سريان القانون على المعاملات والتصرفات بجميع أنواعها من دون استثناءات، ووضع أحكاما خاصة تحكم تداول السندات والصكوك في مرسوم بقانون رقم (55) لسنة 2018م بشأن السجلات الإلكترونية القابلة للتداول، وسنأتي إلى بيان أحكام هذه القانون، كلّ في موضعه من البحث في سياق هذه الدراسة، وخاصة ما يتعلق بالتكافؤ الوظيفي بن المحررات التقليدية والمحررات الإلكترونية.

الفصل الثاني

إشكالية الإيجاب والقبول في تكوين العقد الإلكتروني

لا يكفي وجود الإرادة والتعبير عنها لانعقاد العقد، بل لا بُدّ من تلاقي إرادتين وتوافقهما على إحداث أثر قانوني وهو إبرام العقد، وتتمثل هاتان الإرادتان في الإيجاب والقبول، والتعبير عنهما في بيئة إلكترونية يواجه كثيرًا من التحديات، وفي هذا الفصل ستسلط الدراسة الضوء على الإيجاب والقبول في البيئة الإلكترونية، وعلى أهمّ الإشكاليات بالنسبة إلى كلّ منهما في تشريعات دول مجلس التعاون وعلى وجه الخصوص تلك الإشكاليات التي لم يتمّ بحثها بالشكل الكافي.

الفصل الثاني

إشكالية الإيجاب والقبول في تكوين العقد الإلكتروني

يَصْدرُ الإيجابُ ويعد اللَبِنَة الأولى التي يبنى عليها العقد، حيث إنه يمثل الإرادة الأولى التي على أساسها تبدأ مراحل إبرام العقد، فالعقد ما هو إلا عبارة عن توافق إرادتين نحو إحداث أثر قانوني معين[1].

وينعقد العقد عندما تتطابق إرادتي طرفيه، ولكن كيف تصدر الإرادة الأولى لتصل إلى الطرف الآخر الذي بدوره يصدر إرادته بالقبول لكي يتكون التراضي بينهما؟

يمكن القول من الناحية التقليدية إن الإيجاب يصدر ثم يصادف القبول فيقترن به، ولا يختلف ذلك عن مضمون التراضي في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، ولكن الطريقة التي تصل بها الإرادة من طرف إلى آخر هي طريقة مختلفة ومتميزة، إذ تتم من خلال بيئة إلكترونية تثير العديد من الإشكاليات، لأن الوسيط الإلكتروني الذي تمر به الإرادة هو وسيط غير مادي، يعتمد على وسائل في التعبير مختلفة غير تقليدية مما يجعل تبلور الإرادة فيه بحاجة إلى ضمانات عدم التعرض لأي تغيير يتعارض مع نية الطرف الذي تعاقد من خلال وسائط إلكترونية[2]، مما أدى إلى إثارة تساؤلات قانونية تتعلق بموضوع التعبير عن الإرادة وصيرورتها في الإيجاب والقبول كونهما المكون الأساسي لتحقيق التراضي الذي يقوم به العقد[3].

---

(1) **Art 1101**, Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 – art, 2: Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

"اتفاق إرادي بين شخصين أو أكثر بقصد إنشاء أوتعديل أو نقل أو إنهاء التزامات"، وتنص المادة (29) من القانون المدني البحريني على أنه: (العقد يتمّ بإيجاب وقبول بقصد إحداث أثر قانوني معين)، وتنص المادة (31) من القانون المدني الكويتي على أنه: (العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون)، أمّا القانون المدني الإماراتي فتنص المادة (125) منه على أنه: (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كلّ منهما بما وجب عليه للآخر، ويجوز أن تتطابق أكثر من إرادتين على إحداث الأثر القانوني).

(2) يعرف مرسوم بقانون رقم (54) لسنة 2018م بإصدار قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية: مصطلح إلكتروني بأنه: (تقنية استعمال وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو كهرومغناطيسية أو بصرية أو بايومترية أو فوتونية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة).

(3) إيناس هاشم رشيد، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، كلية القانون – جامعة كربلاء – العراق، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، 2009م، ص186، راجع كذلك:=

إن موضوع التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، هو واحد من أهمّ موضوعات التعاقد الإلكتروني، ومن ثم فإن الإشكالية التي يثيرها على قدر كبير من الأهمية، عليه تناولت الدراسة من جهة الإيجاب كونه الإرادة الأولى التي تصدر من أحد الطرفين ثم بعد ذلك لبحث القبول الإلكتروني، وذلك في مبحثين نخصص الأول للإشكالية التي يثيرها الإيجاب أمّا المبحث الثاني فلإشكالية القبول الإلكتروني.

المبحث الأول

إشكالية الإيجاب الإلكتروني

نَتعرضُ في هذا المبحث ابتداء لمفهوم الإيجاب الإلكتروني، وذلك لتوضيح مدى انعكاس البيئة الإلكترونية على هذه المفهوم، ثم نعرض بعد ذلك للإشكالية بحسب الأوضاع التي تظهر من الناحية العملية التي تثيرها هذه الإشكالية، وذلك في مطلبين: الأول للمفهوم، أمّا المبحث الثاني فنخصصه لأوضاع التي تثيرها إشكالية الإيجاب الإلكتروني.

المطلب الأول

مفهوم الإيجاب الإلكتروني

إنَّ الفرقَ بينَ الإيجاب التقليدي وبين الإيجاب الإلكتروني لا يثير إشكالية إلا من حيث الوسيلة المستخدمة في التعبير عن الإرادة، فالإيجاب بوجه عام هو التعبير عن إرادة شخص ما برغبته بعرض التعاقد على شخص آخر[1]، وعلى الرغم من خصوصية الإيجاب في العقود الإلكترونية من حيث وسيلة التعبير عن الإرادة فيه، فإنه إضافة صفة إلكتروني إلى الإيجاب لا تمس المعنى المقصود به موضوعيًا، فهو يخضع للقواعد العامة التقليدية الواردة بهذا الشأن، فصفة الإلكتروني تتعلق بالوسيلة والشكل الذي يتخذه الإيجاب، لأن البيئة الإلكترونية أنتجت وسائل مستحدثة فرضتها تكنولوجيا الاتصالات، فهذه العقود تنشأ في بيئة إلكترونية وسميت بذلك نسبة إلى هذه البيئة التي نشأت فيها وليس إلى مضمون هذه العقود[2].

=Murielle-Isabelle Cahen, La formation Des Contrats De Commerce Electronique, avocat au barreau de Paris Septembre 1999, p. 13.

(1) للمزيد من التفاصيل حول مفهوم الإيجاب وأحكامه وفق القواعد العامة راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ط2 الجديدة، 1998م، ص38 وما بعدها.

(2) Jean Claude Hallouin et Hervé Causse, Le contrat électronique, au cœur du commerce électronique et le droit de la distribution droit commun ou droit spécial?, Op.cit., p. 35.

ولبيان مفهوم الإيجاب الإلكتروني، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع، على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني

نُعرّف الإيجاب أولًا بصورة عامة، ثم ننتقل إلى تعريف الإيجاب الإلكتروني بصفة خاصة، على النحو الآتي:

أولًا: تعريف الإيجاب بصورة عامة

عُرّف الإيجاب في الفقه وبموجب الأحكام القضائية كما وردت له تعاريف عديدة في التشريعات المدينة، وهذا ما نبينه تباعًا:

1- تعريف الإيجاب فقهًا وقضاءً

يعرف الفقه الإيجاب بصورة عامة بأنه: (تعبير عن إرادة التعاقد يصدر عن أحد الأشخاص موضحًا من خلاله نيته في إبرام عقد بشروط أساسية محددة، فإذا ما صادف هذا الإفصاح قبولًا من الطرف الموجه إليه انعقد العقد قانوناً)[1].

ويعرفه جانب آخر بأنه: (التعبير البات المنجز الصادر عن أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني)[2].

كما عرف بأنه: (عرض جازم وكامل للتعاقد وفقًا لشروط معينة يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص غير معينين بذاتهم أو للكافة)[3].

ويعرف كذلك: (عرض من جانب واحد، يعلن فيه الشخص عن نيته في التعاقد مع شخص آخر، ويكون متضمنًا كافة الشروط الجوهرية)[4].

---

(1) د. سامح عبدالواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص137.

(2) سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مرجع سابق، ص46.

(3) هشام نظمي حسن إبراهيم الشيمي، التراضي في العقود الإلكترونية، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد51، سبتمبر 2019م، ص456، متاح على:https://cutt.us/szuUI ، آخر زيارة: مارس 2020.

(4) "L'offre de contracter, est un acte unilatéral de volonté par lequel une personne, fait connaitre, d'une part, son intention ferme de contracter avec une autre personne (le destinataire) et, d'autre part, les termes essentiels du contrat proposé". Disponible Sur: https://2u.pw/slvTa, p. consultée: Décembre 2019.

وعرفت محكمة النقض الفرنسية الإيجاب، بأنه: (عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث يكون ملتزمًا به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر)[1].

وحددت محكمة النقض المصرية المقصود بالإيجاب بأنه: (العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن قبول مطابق انعقد العقد)[2].

وجاء في حكم لمحكمة التمييز الكويتية: (...أن الأصل في العقود الرضائية، إنما تتم وتنعقد بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول، والإيجاب المعتبر في هذا المقام هو العرض الذي يتضمن عزم صاحبه على إبرام عقد معين بمجرد أن يقبله الموجب له، ويلزم أن يكون هذا الإيجاب متضمنًا على الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية...)[3].

ونفهم من هذه التعريفات أن الإيجاب هو إرادة، وهو ليس إرادة مجردة وإنما إرادة تتجه بصورة نهائية إلى إبرام العقد، وبما أنها تتجه إلى إبرام العقد فيجب أن يحدد فيها العناصر الأساسية للتعاقد، ويمكن أن يقبل به من وجه إليه – الموجب له – هذا الإيجاب أو يرفضه أو يعدله، فإذا رفضه ظهرت الحاجة إلى إيجاب جديد، وإذا عدله صار الإيجاب بهذا التعديل إيجابا جديدا أيضا ينسب إلى من عدله.

2- تعريف الإيجاب في القواعد العامة

تعرف المادة (1114) من القانون المدني الفرنسي، الإيجاب بأنه: (العرض الموجه لشخص محدد أو غير محدد والمتضمن جميع العناصر الأساسية للعقد، ويعبر عن إرادة صاحبه بالالتزام إذا قبله من وجه إليه، وما يخالف ذلك يعد مجرد دعود للتفاوض)[4].

---

(1) Une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation",Cass.Com, 6 Mars 1990, 00-14.239, Inédit, disponible sur: https://cutt.us/pRNbi, p. consultée: Décembre 2019.

(2) محكمة النقض المصرية، مدني، الطعن رقم (2256) لسنة 65 قضائية، بتاريخ 1996/05/08م، مكتب فني 47، الجزء الأول، ص748.

(3) محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم (88) لسنة 2006م قضائية، الدائرة التجارية، بتاريخ 2010/01/26م، مكتب فني 38، الجزء الأول، ص 88.

(4) **Art, 1114**.de code civil français: "L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation"

وقد عرفت مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن الـ (Unidroit)، الإيجاب: "يعتبر إيجابًا أي عرض للتعاقد إذا ما كان محددًا تحديدًا كافيًا ودالًا على نية الموجب بالالتزام به لدى قبوله"[1].

وتعرف المادة (147) من وثيقة الكويت الإيجاب على أنه: (1- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابًا، 2- أمّا النشر والإعلان وبيان الأسعار المتعامل بها، وكلّ بيان آخر متعلق بعرض أو طلبات موجهة للجمهور فلا يعتبر إيجابًا، وإنما يعتبر دعوة إلى التفاوض إلا إذا قامت دلائل تشير قطعًا أن المراد به إيجاب)[2].

وتعرف المادة (37) من القانون المدني البحريني الإيجاب بأنه: (العرض الذي يقدمه شخص لآخر بعزمه على إبرام عقد معين بمجرد أن يقبله الموجب له، ويلزم أن يتضمن على الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية).

أمّا القانون المدني القطري، فينص في الفقرة الثانية من المادة (69) منه على أنه: (ويعتبر إيجابًا بوجه خاص، عرض البضائع مع بيان أثمانها، دون إخلال بما تقتضيه قواعد التجارة)[3].

وينص القانون المدني العماني في المادة (73) منه على أنه: (يعتبر عرض البضائع أو الخدمات مع بيان ثمنها إيجابا)[4].

أمّا القانون المدني الكويتي فجاء في المادة (32) منه بأنه: (يعتبر إيجابا العرض الذي يتضمن عزم صاحبه على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له، ويلزم أن يتضمن على الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسي)[5].

---

(1) ARTICLE 2.1.2 (Definition of offer) A proposal for concluding a contract constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance.

(2) وثيقة الكويت للنظام (القانون) المدني الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والذي يأتي استكمالًا لسلسلة الأنظمة (القوانين) الاسترشادية التي انجزها المجلس، متاحة على موقع مجلس التعاون الخليجي: https://2u.pw/Db8Ll، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

(3) قانون رقم (22) لسنة 2004م بإصدار القانون المدني القطري، متاح على موقع الميزان البوابة القانونية القطرية: https://cutt.us/1rsTC، آخر زيارة يناير 2020م.

(4) مرسوم سلطاني رقم (29) لسنة 2013م بإصدار قانون المعاملات المدنية، متاح على: https://cutt.us/bdIAc، آخر زيارة: يناير 2020م.

(5) مرسوم بقانون رقم (67) لسنة 1980م بإصدار القانون المدني الكويتي، متاح على الموقع الإلكتروني: https://cutt.us/MoPZx، آخر زيارة يناير 2020م.

وبذلك يظهر أن التشريع المدني لم يحد عن المعنى العام للإيجاب بوصفه إرادة باتة تنطوي على العناصر الأساسية لإبرام العقد.

ثانيًا: تعريف الإيجاب الإلكتروني

تتناول الدراسة في هذا الجزء التعريف في الفقه ثم في التشريع أيضًا، وذلك فيما يأتي:

1- تعريف الإيجاب الإلكتروني في الفِقْهِ

يعرف جانب من الفقه الإيجاب في العقد الإلكتروني، بأنه: "تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتمّ من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كلّ العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من وجّه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة"[1].

وينتقد هذا التعريف كونه قصر مفهوم الإيجاب الإلكتروني على ذلك التعبير عن الإرادة الذي يتمّ من خلال شبكة الإنترنت، مما يتعارض مع مفهوم وسائل الاتصال الحديثة التي تظهر لنا بالجديد يوميًا.

ولتلافي هذا القصور، عرفه جانب آخر بأنه: "تعبير جازم عن الإرادة يتمّ عبر تقنيات الاتصال – سواء كانت مسموعة أو مرئية أو كلتيهما- ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى معه القبول"[2].

ونستنتج من ذلك أن الإيجاب الإلكتروني يخضع لذات الأحكام الموضوعية التي يخضع لها الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الأحكام الخاصة بسبب الوسيلة التي يتمّ التعبير عن الإرادة بواسطته، ومن هنا نستطيع القول أن الصفة الالكترونية لا تمس الإيجاب من حيث المضمون في إطار المعنى العام له ولكن المتغير هو الوسيلة التي يتمّ بها الإيجاب حيث يتخذ شكلا من خلال البيئة التي يمر بها، لأنه لا يتمّ بالطرق التقليدية عبر وسائل إلكترونية، وبالتالي لا تختلف شروط الإيجاب الإلكتروني عن شروط الإيجاب التقليدي وذلك بأن يكون واضحًا وباتًا لا رجعة فيه أي أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به[3].

---

(1) د. حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص178.

(2) د. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص67.

(3) د. عبدالله نوار شعت، العقد الإلكتروني في إطار التشريعات العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2017م، ص264، راجع كذلك: أحمد بوقرط، إشكالية التراضي في العقود الإلكترونية، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، مجلة دولية متخصصة في العلوم الإنسانية والدولية، جامعة محمد الصديق بن يحيى- الجزائر، المجلد=

2- تعريف الإيجاب الإلكتروني في التّشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية

عرف الإيجاب الإلكتروني في الاتفاقيات الدولية[1] فقد نصّ قانون اليونسترال في المادة (11) منه، على أنه: (في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض)[2].

وفي إطار العقود المبرمة عن بعد، تضمّن التوجيه الأوروبي رقم (7/97) الصادر في 20 مايو 1997م، تعريفًا للإيجاب بأنه: (كل اتصال عن بعد يتضمن كلّ العناصر اللازمة التي تمكن من وجّه إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة[3]، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان)[4].

ونلاحظ أن المُشرّع البحريني لم يعرف الإيجاب مباشرة وإنما نصّ في قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية على أنه (في سياق إبرام العقود ما لم يتفق على خلاف ذلك يجوز التعبير- كليًا أو جزئيًا – من خلال الخطابات الإلكترونية عن الإيجاب والقبول أو أي تعديل أو عدول للإيجاب والقبول)، وهذا يعني أن الإيجاب هو التعبير الذي يظهر من خلال الخطابات الإلكترونية.

وعلى هذا المنوال نصّ المُشرّع الكويتي في قانون المعاملات الإلكترونية في المادة (5) منه على أنه: (يجوز التعبير كليًا أو جزئيًا عن الإيجاب والقبول وجميع الأمور المتعلقة بالتعاقد بما

=الثاني، العدد السادس، إبريل 2019م، ص104، متاح على: https://cutt.us/NS8cf، آخر زيارة مارس 2020م.

(1) وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية الأمم المتحدة نصت بشأن عقود البيع الدولي للبضائع على أنه: (يعتبر إيجابًا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجهًا إلى شخص أو عدة أشخاص، وكان محددًا بشكل كافٍ وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون عرضًا محددًا بشكلٍ كاف إذا عين البضائع، وتضمن صراحة أو ضمنًا تحديدًا للكمية أو الثمن أو بيانات يمكن بموجبهما تحديدهما).

(2) قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، متاح على: https://cutt.us/oOv7O، آخر زيارة مارس 2020م.

(3) Directive 97/66/CE du Parlement européen (Toute communication à distance comportant tous les éléments nécessaires pour que son destinataire puisse souscrire directement un engagement contractuel, la simple publicité étant exclue).

(4) عرف التوجيه الأوروبي الصادر في 10 سبتمبر 1984م، الإعلان بأنه: (كل شكل من أشكال الاتصال في مجال النشاط التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو المهني بهدف تشجيع وتقديم المنتجات والخدمات والتعريف بها، بما في ذلك الأموال العقارية والحقوق والالتزامات).

La publicité est définie par une directive européenne de 1984 comme "toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations".

في ذلك أي تعديل أو رجوع في الإيجاب أو القبول عن طريق المعاملات الإلكترونية، ولا يفقد التعبير صحته أو أثره أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة إلكترونية واحدة أو أكثر)، وبذلك نلاحظ السعة في هذا النص حيث لم يحصر الإيجاب في إطار معيّن وإنما نصّ على جوازه في جميع المعاملات الإلكترونية.

والواقع أنه لا يوجد تعريف مباشر وخاص بالإيجاب الإلكتروني في تشريعات دول مجلس التعاون يجعله مختلفا من حيث المضمون عن تعريف الإيجاب التقليدي، إذن فالمسألة تتعلق بآلية التعبير عن الإرادة والتي تتم إلكترونيًا في هذا النوع من التعاقد الذي يبرم عبر شبكة الإنترنت، فالاختلاف الجوهري بين الإيجاب التقليدي الذي ينشأ في عالم مادي والإيجاب الإلكتروني الذي ينشأ في عالم افتراضي يكمن في الوسيلة المستخدمة في التعبير عن الإرادة، حيث يتمّ بوسيلة إلكترونية عوضًا عن الوسائل التقليدية المتعارف عليها.

الفرع الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني

للإيجاب الإلكتروني خصائص معينة تتعلق ببيناته وبالوسيلة وبالشكل الذي يظهر بها الإيجاب، ويمكن بيان هذه الخصائص في الفقرات الآتية:

أولًا: اقتران الإيجاب الإلكتروني بالتزامات إضافية

العقد الإلكتروني من العقود التي تتم عن بعد، أي بين طرفين لا يجمع بينهما مجلس عقد حقيقي[1] وبالتالي الإيجاب الإلكتروني في هذه العقود يكون إيجابًا عن بعد، وهو غالبًا ما يكون موجهًا من تاجر أو مهني إلى مستهلك، وبالتالي فهو يخضع للقواعد الخاصة التي تفرض بموجبها التزامات لحماية المستهلك، إذ إن في العقود التقليدية يتمّ التفاعل بشكل مباشر بين المتعاقدين وتسهل عملية التفاهم فيما بينهم، بينما أدى انتشار التجارة الإلكترونية واستخدام شبكة الإنترنت

---

(1) مجلس العقد الحقيقي أو التقليدي هو: "مجلس العقد الذي يجتمع فيه طرفا العقد في مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر حيث يسمع كلّ منهما كلام الآخر مباشرة، ويكونان منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل"، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد عليه قبولًا أو رفضًا، أو بانفضاض المجلس من دون رد، فاتحاد مجلس العقد شرط في الانعقاد وهذه هي نظرية مجلس العقد والتي تهدف إلى تحديد المدة التي يجوز أن تفصل القبول عن الإيجاب، وقد أوضح المُشرّع البحريني هذه النظرية في المادة (40) من القانون المدني التي جاء فيها: (إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، فإن للموجب أن يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل، كلّ ذلك ما دام لم يعين ميعادا للقبول، ومع ذلك يتمّ العقد ولو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد)، ينظر: د. مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م، ص81.

كوسيلة للتعاقد عن بعد، إلى شيوع التعاقد من دون الالتقاء المادي للمتعاقدين ومن دون معاينة السلع أو الخدمات معاينة مادية حقيقية، ولذلك ظهرت ضرورة فرض المُشرّع التزامات تصحب الإيجاب بغرض حماية المستهلك الإلكتروني كونه هذا المستهلك هو الطرف الضعيف في هذه العلاقة، ومن أهمّ الالتزامات التي تقع على عاتق البائع لحماية المستهلك بصفة عامة، باعتبار أن التعاقد عن بعد يتمّ من خلال استخدام وسائل الاتصال الحديثة، أن يقترن الإيجاب بالتزام بتزويد المستهلك بجميع المعلومات الضرورية حتى يستطيع أن يكون رأيه ويعبر عن إرادته بقبوله العرض، وتتم الموافقة على شروط التعاقد برضا تام، إذ إن دراسة الالتزام وطبيعته وأساسه القانوني في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت يوفر حماية فعالة من المخاطر التي قد يتعرض لها المتعاقد عبر شبكة الاتصال العالمية، كما أن الالتزام بالتبصير الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت يعد من أهمّ الضمانات القانونية لتحقيق المساواة في العلم بين المنتج والمشتري أو المستهلك[1].

ثانيًا: الطابع الدولي للإيجاب الإلكتروني

يتميز الإيجاب الإلكتروني بالانفتاح والعالمية، فاستخدام الإيجاب الإلكتروني لا يعرف حدودًا جغرافية للدول فهو إيجاب مفتوح ومتاح لكل من يرغب في التعاقد حيث يستطيع البائع أن يعرض بضائعه وخدماته للكافة، فلا يوجد ما يحول دون ذلك إلا في حالة قيام البائع بتقييد فعّالية الإيجاب وقصره على منطقة جغرافية محددة كأن يقوم تاجر بعرض بضاعة معينة لدول الخليج العربية فقط، ففي هذه الحالة لا يستطيع المستهلك الذي يعيش في منطقة لا تقع ضمن حدود الجغرافية التي حدها البائع أن يستفيد من هذا العرض، وقد أجاز قانون العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب وإيضاح تلك التي يغطيها العقد، ويتخذ هذا التقييد العديد من الصور، نذكر منها على سبيل المثال: قصر الإيجاب على منطقة جغرافية محددة: مثال ذلك ما نلاحظه في بعض المواقع الفرنسية على شبكة الإنترنت التي تقصر الإيجاب على الدول الفرنكوفونية الناطقة بالفرنسية، وقد يرجع سبب هذا التقييد لتوافر الترويج بقدر أكبر في منطقة معينة أو لتوافقها مع العادات والتقاليد والأعراف الخاصة بهذه المنطقة[2].

---

(1) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، مرجع سابق، ص25، راجع كذلك:

Jean - Pierre Clavier et Alexandra Mendoza- Caminade, Droit Commerce Électronique Sites web, blockchains, Publicité digitale, contrat électroniques et données personnelles, Op.cit., p، 15.

(2) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص77، وينظر كذلك: د. محمد فواز المطالقة، الوجيز في حقوق التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص58 وما بعدها، وراجع كذلك: م. جهاد محمود عبد المبدي، التراضي في تكوين عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص48 وما بعدها.

وفي بعض القوانين حظر الإيجاب أن يوجه في نطاق دول معينة لأسباب اقتصادية، مثال ذلك الحظر الذي فرضته الولايات المتحدة الأمريكية على الدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوبا وكوريا الشمالية[1].

وإلى جانب ما تقدم يستطيع البائع أن يقيد إيجابه الإلكتروني ذا الطابع الدولي مثلما يحصل بالنسبة إلى الإيجاب التقليدي، بأن يعلقه على شرط معين كأن يشترط شرطا محددا وواضحا حتى يكون الإيجاب نافذا، ومثال ذلك أن يصرح التاجر بأنه ملزم بإيجابه ببيع بضاعة معينة معروضة حتى نفاذ الكمية ومن ثم لا يصادف القبول إيجابا لو نفذت البضاعة، أو أن يشترط في إيجابه أن يكون تسليم البضاعة المتعاقد عليها في إقليم معيّن[2].

ثالثًا: الإيجاب يتمّ عبر وسيط إلكتروني[3]

يتميز الإيجاب الإلكتروني الذي يتمّ عبر شبكة الإنترنت بوجود وسيط إلكتروني وهو مقدّم خدمة الإنترنت – سواء كانت عبر أجهزة كمبيوتر أو الهواتف الذكية – حيث يقوم بعرض الإيجاب من خلال الوسيط الإلكتروني، ولهذا السبب فإن الإيجاب لا يكون فاعلًا بمجرد صدوره عن الموجب وإنما بعرضه على الموقع الإلكتروني الخاص بالتاجر أو صاحب العرض وإتاحته للمستهلك، وبهذا العرض يتحقق الوجود القانوني للإيجاب ويكون صالحًا لترتيب آثاره إذا ما توافرت فيه الشروط اللازمة لذلك وهي ذات الشروط المنصوص عليها في الأحكام العامة للإيجاب، أمّا إذا تم سحب الإيجاب من شبكة الإنترنت فيعد ذلك أنهاءً له واعتباره كأن لم يكن باستثناء حالات اختفاء الإيجاب بسبب خارج عن إرادة الموجب، كوجود خلل فني في شبكة الإنترنت أو جهاز الكمبيوتر المستخدم، فهذه الأسباب لا علاقة للموجب بها ولا تحول دون بقاء الإيجاب قائمًا وفعالًا لأن نية الموجب لم

---

(1) سعود عبدالعزيز الكعبي، التعاقد الإلكتروني، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل، دولة قطر، العدد الأول، 2009م، ص205، راجع كذلك: أ.د. نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، بحوث مؤتمر المعاملات الإلكترونية: التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبو ظبي– دولة الإمارات العربية المتحدة، 19–20 مايو 2009م، المجلد الأول، ص219.

(2) محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص75.

(3) عرف قانون المعاملات الإلكترونية العماني في المادة الأولى منه، الوسيط الإلكتروني بأنه: (برنامج أو نظام الكتروني لحاسب آلي أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو أرسال أو استلام رسالة معلومات من دون تدخل شخص طبيعي)، أمّا قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي فقد جاء فيه في المادة الأولى بأن: (الوسيط الإلكتروني المؤتمت برنامج أو نظام إلكتروني لوسيلة تقنية المعلومات تعمل تلقائيًا بشكل مستقل، كليًا أو جزئيًا من دون إشراف من أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتمّ فيه العمل أو الاستجابة له).

تكن متجهة نحو أنهاء الإيجاب بإرادته الحرة إنما اختفى العرض مؤقتًا لأسباب خارجة عن إرادته لنتيجة وجود خلل في وسائل معالجة البيانات التي يتمّ من خلالها إرسال الإيجاب[1].

الفرع الثالث: صور الإيجاب الإلكتروني

إذا كانت الوسيلة هي المعيار في تنوع التعبير عن الإرادة، فإن الإيجاب يتخذ صورًا متعددة في انطلاقه عبر الوسيط الإلكتروني، فمن جهة لا يشترط المُشرّع وسيلة معينة للتعبير عن الإرادة، ومن جهة أخرى فإن الوسيط الإلكتروني ليس وسيلة واحدة تحتضن التعبير، وبذلك يكون ممكنا أن يأتي الإيجاب المقدم من قبل التاجر بصور متعددة[2] وهذا ما سوف نبينه في الفقرات الآتية:

أولًا: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني[3]

تؤدي خدمة البريد الإلكتروني دورًا كبيرًا في مجال نقل المعلومات إلكترونيًا، ويعد البريد الإلكتروني من أهمّ الوسائل التي يتمّ من خلالها التعبير عن الإرادة، ويتم ذلك عبر تبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة إلكترونية من خلال خدمة توافرها شبكة الإنترنت وتتميز بقلة تكاليفها وسرعتها الفائقة، وهي من أكثر خدمات شبكة الإنترنت استخدامًا من قبل كلّ مستخدمي هذه الشبكة، حيث يكون لكلّ شخص بريده الإلكتروني الخاص به وعنوانه بكل يسر وسهولة بين المتعاقدين على شبكة الإنترنت، سواء كان ذلك بغرض التفاوض أو إبرام العقود، والجدير بالذكر أن خدمة البريد الإلكتروني تطورت بشكل كبير مع مرور الوقت حيث يمكن لمستخدميها التفاعل الفوري والدخول

---

(1) د. محمد فواز المطالقة، الوجيز في حقوق التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص61.

(2) إيناس هاشم رشيد، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص188، راجع كذلك: يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة لاستكمال درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح في نابلس- فلسطين، 2007م، ص46 وما بعدها، متاح على: https://cutt.us/nxgrP، آخر زيارة يناير 2020م.

(3) يقصد بالبريد الإلكتروني: (أي رسالة، على شكل نصّ أو صوت أو صورة، يتمّ إرسالها بواسطة شبكة اتصالات عامة، مخزنة على خادم الشبكة، أو في المعدات الطرفية حتى يستردها المستلم).

(On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère), Article (1) de LCEN, disponible sur: https://cutt.us/Qh1AI, p. consultée: Janv, 2020.

في مجموعات لتبادل الرسائل، ويتمكن الطرف الآخر من معرفة ما إذا كان الشخص الذي يتواصل معه متصلًا بالشبكة أم لا بواسطة لون يضيء بالأخضر بجانب اسمه[1].

ثانيًا: الإيجاب عبر الموقع الإلكتروني

تَعمدُ كثيرُ من الشركات التجارية إلى إنشاء موقع إلكتروني خاص بها، وتقوم من خلاله بعرض سلعها وخدماتها، وهذا النوع من الإيجاب يتميز بأنه مستمر طوال الوقت حتى نفاذ كمية السلع وهو موجه إلى العامة وليس إلى شخص معيّن، حيث إن زيارة الموقع والتجول فيه عملية متاحة لكل من يرغب بذلك[2]، ويتم عرض السلع من خلال تصويرها بطريقة ثلاثية الأبعاد مع تسجيل سعرها ومواصفاتها، وفي المقابل يقوم الراغب في التعاقد بالبحث عن السلعة أو الخدمة التي يريدها عن طريق استخدام الرمز المخصص للسلعة أو الخدمة، وعند اقتناعه بالعرض والشركة العارضة ومعرفة سعرها ومواصفاتها يقوم بالتعاقد على الشراء بعد التأكد من التفاصيل المتوافرة على الموقع عبر النقر على زر الموافقة[3].

ثالثًا: الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة عبر شبكة الإنترنت

يتمُّ التعاقدُ من خلالِ التفاعل المباشر من خلال البرامج التي توفر خيار التواصل السمعي والمرئي بفضل المميزات التي تتوافر بأجهزة الحاسب الآلي والأجهزة الذكية التي تتصل بشبكة الإنترنت، وميزة هذه الوسيلة التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين، ولذلك فإن التعاقد في هذه الصورة هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وعلى نحو افتراضي، حيث يجمع المتعاقدين مجلسُ عقد حكمي واحد[4].

---

(1) د. عادل الأبيوكي، التجارة الإلكترونية في التشريع البحريني، ورقة بحثية مقدمة للمنتدى الخليجي الأول للتجارة الإلكترونية، المنامة – مملكة البحرين، الفترة من 26-27 نوفمبر 2007م، وراجع كذلك: د. محمد فواز المطالقة، الوجيز في حقوق التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص61.

(2) د. يوسف حسن يوسف، العقود التجارية الإلكترونية الدولية، مرجع سابق، ص60، راجع كذلك: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص116.

(3) وتسمى هذه الطريقة (Click-Wrap Agreement)، فيظهر العقد النموذجي المتعلق بالشراء – المعد مسبقًا والموجه إلى العامة – متضمنًا آلية الدفع وشروط التعاقد ومكانه وكيفية التسليم وغير ذلك من المعلومات، وتجدر الإشارة إلى أن الضغط بالموافقة لا يعني القبول حتمًا إذ من الوارد أن يحدث ذلك نتيجة خطأ غير مقصود من قبل المستهلك، وقد أثارت هذه الطريقة كثيرا من التساؤلات ستتناولها الباحثة عند دراسة القبول الإلكتروني، ينظر: م. جهاد محمود عبد المبدي، التراضي في تكوين عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص74.

(4) د. ممدوح محمد خيري المسلمي، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 2000م، ص18.

الفرع الرابع: شروط الإيجاب الإلكتروني

لا يختلف الإيجاب الإلكتروني عن التقليدي من حيث الشروط، فالإيجاب الكامل هو ذلك الإيجاب الذي يتضمن جميع العناصر الجوهرية لإبرام العقد بحيث لا يحتاج معه الموجب له إلا إلى إعلان قبوله فينعقد العقد بمجرد وصول هذا القبول لعلم الموجب، وعليه يشترط لصحة الإيجاب الإلكتروني وصلاحيته لإنتاج أثره القانوني في انعقاد العقد أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

1- أن يكون محددًا وواضحًا

يَستلزمُ هذا الشرط في الإيجاب كلّ العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد، من بيانات عقدية ومعلومات متعلقة بمحل العقد بطريقة واضحة لا يكتنفها أي غموض أو لبس بشكل يسمح للموجَّه إليه الإيجاب أن يحيط علمًا بكلّ أوصاف وتفاصيل العقد، وأن أي تخلف لأحد هذه العناصر يؤدي إلى عدم اعتبار العرض إيجابًا بالمعنى القانوني المؤدي إلى إبرام العقد وتحقيق الأثر القانوني المترتب عليه، فعلى سبيل المثال يجب أن تضمن الإيجاب ببيع سلعة معينة الموقع التجاري الذي يعرض السلعة مع بيان وصف السلعة (المبيع)، من حيث نوعها طبيعتها شكلها وصور واضحة لها وغيرها من المسائل الضرورية[1].

ولأن التعاقد عبر شبكة الإنترنت من فئة عقود المسافة التي قرر فيها المُشرّع حماية خاصة للمستهلك[2]، تفرض بعض التشريعات الحديثة التزامات إضافية في هذا المجال، فإذا كان من وجِّه إليه الإيجاب مستهلكًا يستلزم أن يتضمن الإيجاب مجموعة من المعلومات الضرورية إلى جانب المعلومات الجوهرية، من ذلك ما فرضه التوجيه الأوروبي رقم (7/97) والقانون الفرنسي من التزام يلقى على عاتق المهني في العقود التي تبرم مع المستهلكين وهو تبصير المستهلك، ويهدف هذا الالتزام إلى حماية المستهلك في تعامله مع المهني، بأن توجه إرادة المستهلك نحو الاختيار الواعي، واضعين في الاعتبار انعدام المساواة في الخبرة بين الاثنين.

---

(1) Michelle Jean-Baptiste, Créer et exploiter un commerce électronique, Litec, 1998, p. 102.

(2) تسمى العقود التي يبرمها المستهلك عقود المستهلك، وهي تلك العقود التي يكون موضوعها توريد أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات لفرد، هو المستهلك، وذلك من أجل استخدامه الشخصي أو العائلي، الذي لا صلة له بنشاطه التجاري أو المهني، علمًا أنه ليس هناك طائفة معينة من الأشخاص يمكن تسميتهم بمستهلكين، لأن جميع الأفراد في المجتمع يمكن أن يكونوا مستهلكين إذا تعاقدوا من أجل غرض شخصي أو عائلي وبدرجات متفاوتة حتى من كان منهم يمارس نشاطًا تجاريًا، ينظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية: دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007م، ص18، و د. السيد أبو الحمد رجب، انعقاد العقد الإلكتروني وانتهاؤه، مرجع سابق، ص44 وما بعدها.

ويكون التبصير عن طريق تزويد المستهلك بكلّ المعلومات الضرورية والمهمة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل العقد، من حيث الخصائص والمميزات، والصعوبات والمخاطر وبكل البيانات الخاصة بثمن السلعة أو الخدمة، وأية شروط تتعلق بالمسؤولية التعاقدية أو الضمانات، بحيث تسمح هذه المعلومات للمستهلك بالتعاقد عن وعي وعلم كاف[1].

2- أن يكون باتًا وجازمًا

ونقصد أن يعتبر الإيجاب جازمًا بأن يعبر الموجب في إيجابه عن إرادة مصممة عازمة نهائيًا على إبرام العقد إذا ما صادف الإيجاب قبولًا يطابقه ويرتبط به، وعليه يكون العرض، الذي لا يتضمن إلا مجرد إرادة أولية ترغب في التفاوض والتناقش في الأمور المتعلقة بالعقد، دعوة للتفاوض، فالإيجاب موصوف - كما بينا - بأن تحدد فيه عناصر العقد أو شروطه[2].

وفضلاً عن ذلك لكي يعتبر الإيجاب جازمًا، يجب ألا يتضمن التعبير عنه ما ينفي نية الارتباط بالتعاقد إذ لا يكفي حتى نكون بصدد إيجاب بالتعاقد أن يتضمن التعبير المسائل الجوهرية في العقد، بل يجب ألا يتضمن هذا التعبير ما ينفي نية الارتباط قانونًا بالتعاقد إذا قبله الطرف الآخر، فعلى سبيل المثال إذا تضمن التعبير عن الإيجاب بجانب المسائل الجوهرية شرط عدم الانعقاد إلا إذا تم الاتفاق على جميع المسائل التفصيلية، فهنا لا يعد التعبير عن الإرادة إيجابًا مادام علّق على شرط توافر المسائل التفصيلية[3].

المطلب الثاني

الأوضاع التي تثيرها إشكالية الإيجاب الإلكتروني

تُثيرُ خصائص الإيجاب الذي يتمّ عبر شبكة الإنترنت دون الحضور المادي لأطراف التعاقد، مسائل تتعلق بالعديد من الأوضاع التي تعكسها طبيعة الإيجاب الإلكتروني، حيث يصل يوميًا كم كبير من الإعلانات سواء على المواقع أو عبر إرسال العروض إلى البريد الإلكتروني، وفي هذا المطلب نسلط الضوء على الأوضاع التي تثيرها إشكالية الإيجاب الإلكتروني، وخاصة ما يتعلق

---

(1) د. كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م، ص9 وما بعدها.

(2) Windpagnangdé Dominique Kabre, La Conclusion Des Contrats Électroniques, Op.cit., p. 148 et S.

(3) أ.د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، مرجع سابق، ص126، راجع كذلك:
Denis Alland, Dominique Berlin et François Bloch, Les Contras de Communications Électronique, Op.cit., p. 74.

بالعروض التجارية في شبكة الإنترنت ومدى تكييفها القانوني في تشريعات دول مجلس التعاون والتشريعات المقارنة، هل هي إيجاب أم مجرد دعوة للتعاقد، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: إشكالية الإيجاب الإلكتروني بالنسبة إلى الإعلان

للإعلان الإلكتروني أهمية بارزة في عصر التكنولوجيا، إذ يتمّ إرسال الإعلان عبر البريد الإلكتروني لقائمة تتضمن جميع الأشخاص الذين يستخدمونه، والهدف الرئيسي من هذه الإعلانات هو الترويج عن السلع والخدمات بهدف الربح وكسب المال، وبما أن موضوع الإشكالية تكمن في الطبيعة القانونية للإعلانات على شبكة الإنترنت، نتعرض لتعريف الإعلان ثم ننتقل إلى الإشكالية التي يثيرها الإيجاب الإلكتروني بشأن الإعلان.

أولًا: تعريف الإعلان

يُحيطُ بتعريف الإعلان التجاري العديد من الصعوبات، ويختلط مفهومه بالعديد من الصور الأخرى القريبة منه مثل الإعلام و الترويج[1]، وسنحاول طرح التعريفات المختلفة للإعلان عرَّف بعض الفقهاء الإعلان بأنه: (التعريف السليم والأمين بالسلع والخدمات والفرص المتاحة، ومحاولة تقريب المسافة بين المنتج أو مقدم السلعة إلى المستهلك النهائي أو المنتفع بالخدمة أو الباحث عن فرصة)[2].

وعرَّفه آخرون بأنه: (إخبار أو إعلان تجاري أو مهني القصد منه التعريف بمنتج أو خدمة معينة عن طريق إبراز المزايا وامتداح المحاسن بهدف خلق انطباع جيد يؤدي إلى إقبال الجمهور على هذا المنتج أو هذه الخدمة)[3].

وعُرّف كذلك بأنه: (كل وسيلة تهدف إلى التأثير نفسيًا على الجمهور لتحقيق غايات تجارية)[4].

---

(1) الإعلام هو: (أحد أشكال الاتصال بين الأفراد الذين يقدمون معلومات وبيانات بهدف زيادة وعي الجماهير سياسيًا وثقافيًا واجتماعيًا مما يساعدهم في تكوين أو تصحيح فكرة) والترويج هو: (إحدى وسائل تنشيط المبيعات من أجل حث المستهلكين على الشراء، ويشترك مع الإعلان في إظهار المنتجات والخدمات بأفضل صورة ولكنه يختلف في أنه يوجه لعدد محدود) ينظر: د. إسماعيل يوسف حمدون، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2018م، ص228 وما بعدها.

(2) د. إسماعيل يوسف حمدون، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص219.

(3) د. عبدالفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من وجهة قانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1998م، ص19.

(4) د. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص80.

والتوجيه الأوروبي المتعلق بالإعلانات المضللة، عرف الإعلان بأنه: (كل شكل من أشكال الاتصال الذي يتمّ في سياق النشاط التجاري، الصناعي والحرفي أو المهني من أجل تشجيع توريد السلع والخدمات، بما فيها السلع العقارية، والحقوق والواجبات)[1].

كما وضح مفهوم الإعلان عند القضاء الفرنسي حيث جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية: (يشكل إعلانًا، أي وسيلة معلومات تهدف إلى السماح للعميل المحتمل بتكوين رأي حول النتائج التي يمكن توقعها من السلعة أو الخدمة المقدمة له)[2].

وجاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصري ما يتضمن تعريف الإعلان بالقول: (...وحيث إن الإعلان عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارسة لتوريد أو لبيع بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاء ليس إلا دعوة على التعاقد، وأن التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد، وهذا القبول بوصفه تعبيرا عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني...)[3].

أمّا باقي التشريعات ومنها تشريعات دول مجلس التعاون فلم تتطرق في قوانين حماية المستهلك لتعريف الإعلان بشكل مباشر، إنّما عرفت المعلن، أو الجزاء عن الإعلان المضلل[4].

تحليلٌ واستنتاجٌ

من واقع تحليل فكرة الإعلان وتعريفه على النحو المتقدم، نستنتج بشأنه ما يأتي:

1- لم يتمّ التعرض لتعريف مصطلح (الإعلان الإلكتروني) في تشريعات دول مجلس التعاون، ونرجع سبب ذلك إلى أن الإعلان التقليدي لا يختلف عن الإلكتروني إلا من

---

(1) La directive européenne de 1984 définit comme communication publicitaire "toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations", disponible sur: https://2u.pw/CLV4M, p. consultée: Avril 2020.

(2) Cass.Crime, Chambre Criminelle, 12 Nov 1986, 85-95.538, Publié au bull.

(3) الحكم رقم (21912) لسنة 71 قضائية، بتاريخ 2019/05/28م، متاح على موقع قوانين الشرق: https://cutt.us/WCU0t، آخر زيارة: مارس 2020م.

(4) نذكر على سبيل المثال المُشرّع العماني، إذ عرف المعلن في قانون حماية المستهلك في المادة الأولى، حيث جاء فيها: (المعلن: كلّ شخص طبيعي أو اعتباري يعلن عن سلعة أو خدمة باستخدام مختلف وسائل الدعاية والإعلان) ونص في المادة (20) من القانون نفسه على أنه: يلتزم كلّ من المزود والمعلن بالشفافية والمصداقية والبعد عن أعمال الدعاية والإعلانات الزائفة أو المضللة عند الترويج عن السلعة أو الخدمة التي يقدمها للمستهلك)، الجريدة الرسمية العمانية، العدد (1081)، 2014م، ص7.

خلال وسيلة عرض الإعلان، وهي ممكن أن تكون على المواقع الإلكتروني، أو البريد الإلكتروني أو أي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة.

2- يوجه الإعلان الإلكتروني إلى جمهور المستهلكين، بغرض تحفيزهم على التعاقد، عن طريق عرض مزايا ومحاسن السلع والخدمات، وما يمكن أن يجنوه من فوائد من وراء اقتنائها، وهم غالبًا ما يحاولون التأثير في نفسية المستهلك في سبيل ذلك.

3- يكون الإعلان على شبكة الإنترنت ذا طبيعة تجارية غالبًا، وذلك بهدف إلى تحقيق الربح بحسب التعاريف السابقة، ولكن من الوارد أن تكون هناك إعلانات غير تجارية مثل إعلان الوظائف الشاغرة أو إعلان خاص بجمعيات خيرية تقدم خدماتها لمن يحتاج.

الفرع الثاني: إشكالية الإيجاب الإلكتروني بالنسبة إلى التكييف

ترتبط مسألة العروض – عرض السلع والبضائع – ارتباط وثيق بالإيجاب، فالعرض له أهمية كبيرة لا يمكننا إنكارها، فهو يلعب دورًا أساسيًا في دفع عملية الإنتاج والتطور، وهو أحد الأنشطة الرئيسية في مجال التسويق في الوقت الراهن، وأصبح جزءًا لا يتجزأ من الحياة المعاصرة ولا غنى عنه بالنسبة إلى المستهلكين والمنتجين، فالإعلان يسهم في تحقيق معرفة أفضل وأدق وأشمل للمستهلك بالنسبة إلى المنتجات والسلع والخدمات ويتيح قدرا من البيانات والمعلومات التي تسمح بحسن الاختيار بين السلع والخدمات المتنافسة في السوق[1].

ويثار التساؤل حول التكييف القانوني للعروض التجارية الموجهة إلى الجمهور والمتعلقة بالسلع والخدمات عبر شبكة الإنترنت، هل تعد إيجابًا إذا قبله المستهلك ينعقد به العقد، أم أنه مجرد دعوة للتعاقد لا ترقى إلى مرتبة الإيجاب، وبالتالي إذا أبدى المستهلك رغبته في التعاقد يكون تعبيره إيجابًا لا ينعقد به العقد إلا بموافقة المعلن؟

من هنا برزت إشكالية الإعلان بصدد التكييف لما يترتب على ذلك من نتائج مهمة، وهذا ما نبينه فيما يأتي:

أولًا: الاختلاف حول تكييف الإعلان عبر شبكة الإنترنت

الإعلانات الإلكترونية لا تختلف عن نظيرتها التقليدية، من حيث المضمون والغاية فكلاهما يسعيان إلى بيان مميزات السلعة أو الخدمة المعلنة بالإضافة إلى جذب المستهلك وتحفيزه على التعاقد على السلع والخدمات المعلنة، والاختلاف يكمن في أن الإعلان التقليدي يتمّ عبر الوسائل التقليدية مثل المنشورات والمطبوعات أو عن طريق التلفاز، أمّا الإعلان الإلكتروني فهو يتمّ عبر

(1) Xavier Linant De Bellefonds, Le droit du commerce électronique, Op.cit., p. 29.

وسائل اتصال حديثة عن طريق استخدام شبكة الإنترنت أو الأجهزة الذكية مثل الهاتف الذكي والحاسوب اللوحي[1].

وعلى الرغم من أن الأمر يتعلق بالوسيلة أو الوسيط إلا أن ذلك أثار خلافًا في التكييف بين اتجاهين وهما.

1- الإعلان التجاري عبر شبكة الإنترنت يعد إيجابًا

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الإعلان التجاري عبر شبكة الإنترنت يعد إيجابًا، شريطة أن تتوافر فيه العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ويقصد كلّ العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد[2]، ويشمل ذلك البيانات الخاصة بالعقد وبمحل العقد والثمن وغيره من التفاصيل المهمة بطريقة واضحة لا يكتنفها أي غموض أو لَبْس بحيث يسمح للموجَّه إليه الإيجاب أن يحيط علمًا بكل أوصاف وتفاصيل العقد، وفي حال عدم توافر أحد هذه العناصر الجوهرية فإن ذلك يؤدي إلى عدم اعتبار العرض في الإعلان إيجابًا بالمعنى القانوني المؤدي إلى إبرام العقد وتحقيق الأثر القانوني المترتب عليه إنما يعتبر مجرد دعوة للتفاوض أو إعلان مجرد من قيمته التعاقدية[3].

وقد سلكت هذا الاتجاه اتفاقية فيينا لعام 1980م، إذ أكدت في تعريفها للإيجاب ضرورة أن يكون الإعلان أو العرض واضحًا ومحددًا بشكل كافٍ، واعتبرت أن العرض يكون واضحًا ومحددًا بشكل كافٍ إذا تعينت فيه البضائع وتضمن صراحةً أو ضمنًا تحديدًا للكمية أو الثمن[4].

---

(1) د. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص80 وما بعدها، راجع كذلك: د. شريف محمد غنام، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م، ص27 وما بعدها.

(2) وقد أكد الاتحاد الفرنسي للتجارة التبادلية (غرفة التجارة والصناعة في باريس أكتوبر 1988م) أهمية أن يتضمن الإيجاب بيانات محددة وتفصيلية لحماية المستهلك، فيجب أن يتضمن الإيجاب بيانات كافية عن شخص الموجب، وعن السلعة المقدمة وأوصافها وطبيعتها، وخصائصها، وعن السعر ونفقات التسليم وعن المدة المحددة للعرض، وعن كيفية الوفاء والتسليم، وحق المشتري في الرد وإعادة النظر، وأن يكون العرض واضحا وعباراته سائغة وسهلة وبسيطة، ينظر: محمد حسام محمود لطفي: دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2002م، ص270 وما بعدها.

(3) د. خالد حسن أحمد لطفي، المستند الإلكتروني ووسائل إثباته وحمايته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2019م، ص218 وما بعدها، راجع كذلك: د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص137 وما بعدها.

(4) تنص المادة (14) من الجزء الثاني من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي على أنه: (1- يعتبر إيجابًا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجهًا إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددًا بشكل=

وينجم عن هذا الاتجاه إذا حدد للإعلان مدة ووقع الإخلال به أن تكون المسؤولية عن هذا الإخلال عقدية، فالإيجاب عندما تحدد له مدة يكون ملزمًا ولا يملك الموجب حق العدول عنه، وإذا قام بالعدول عن التعاقد يلتزم بتعويض المستهلك نتيجة عدم تنفيذه لالتزامه[1]، وذلك يدفع المعلن – وفقًا لهذا الاتجاه – إلى توخي الحيطة والحذر قبل نشر الإعلان وتزداد ثقة المستهلك في العروض الإعلانية عن السلع والخدمات، وتعود الفائدة على الجميع من وجهة نظر أصحاب هذا الاتجاه[2].

2- الإعلان التجاري عبر شبكة الإنترنت مجرد دعوة للتعاقد

يَرى أصحابُ هذا الاتجاه أن العرضَ أو الإعلان الموجَّه للكافة عبر شبكة الإنترنت، لا يعدو أن يكون مجرد دعوة للتفاوض، لأن ذلك يتفق مع طبيعة التجارة الإلكترونية التي تتعامل مع عدد كبير من المستهلكين بفضل الخواص التي توفرها شبكة الإنترنت بخلاف التجارة بشكلها التقليدي، فالتاجر فيها يمكن أن يتلقى عددا كبيرا من القابلين بإعلانه، واعتبار الإعلان إيجابًا يجعله ملتزمًا أمام كلّ من أبدى رغبته بالتعاقد، وهذا ما يصعب التسليم به قانونًا من الناحية العملية وخاصة إذا كان الإقبال على الإعلان أو العرض كبير لا يتناسب وحجم البضاعة الموجودة، وعند تكييف العرض على أنه مجرد دعوة للتعاقد يعطي ذلك مرونة للتاجر وإمكانية أن يقبل الطلبات بناء على الكمية المتوافرة ويرفض الباقي[3].

وبذلك لا تنشأ عن الإخلال بقواعد الإعلان إلا المسؤولية التقصيرية، فالمعلن يلتزم بتعويض المستهلك إذا ترتب عن عدوله عن الإعلان خطأ وتقصير ترتب عليه ضررًا بمواجهة المستهلك،

=كافٍ وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محددًا بشكل كافٍ إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمنًا تحديدًا للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما. 2- ولا يعتبر العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة إلى الإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك)، الاتفاقية متاحة على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: https://cutt.us/IJnhg، آخر زيارة يناير 2020م.

(1) د. بسام فنوش الجنيد، المسؤولية عن الإعلانات التجارية عبر الإنترنت، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، 2018م، ص159 وما بعدها.

(2) أ.د نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، بحوث مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، مرجع سابق، ص221.

(3) د. بسام فنوش الجنيد، المسؤولية عن الإعلانات التجارية عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص150 وما بعدها.

وعلى المستهلك أن يثبت وجود الخطأ والضرر والعلاقة السببية، ومصدر المسؤولية هنا ليس العدول كالفرض الأول، بل ما صاحب هذا العدول من خطأ وتقصير من جانب المعلن[1].

ومن جهة أخرى يرى أصحاب هذه الاتجاه، أن اعتبار الإعلان التجاري مجرد دعوة للتعاقد يوفر حماية للمستهلك، الذي يواجه مغريات كثيرة أمام شبكة الإنترنت مما قد تدفعه إلى التسرع وقبول الإعلان من دون تفكير، وعليه فإن اعتبار الإعلان مجرد دعوة للتعاقد تكييف يصب في مصلحة جميع الأطراف[2].

ثانيًا: موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات من إشكالية العروض

اشتملت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية[3] على المادة (11) التي تقول: (أي اقتراح يقدم لإبرام عقد بواسطة خطاب إلكتروني واحد أو أكثر ولا يكون موجهًا لطرف معين واحد أو أكثر بل يتيسر الاطلاع عليه للأطراف التي تستخدم نظم المعلومات، بما في ذلك الاقتراحات التي تستخدم تطبيقات تفاعلية لتقديم طلبات من خلال نظم معلومات من ذلك القبيل، يعتبر مجرد دعوة لتقديم عروض، ما لم يدل بوضوح على أن مقدم الاقتراح ينوي الالتزام به في حال قبوله)[4].

ونص المُشرّع الفرنسي في قانون حماية المستهلك على أنه: (يجب أن تكون الإعلانات والعروض الترويجية على وجه الخصوص، مثل التخفيضات أو المكافآت أو الهدايا، وكذلك المسابقات أو الألعاب الترويجية، المرسلة عبر البريد الإلكتروني، قادرة على تحديدها بوضوح

---

(1) أمينة أحمد محمد أحمد، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، 2016م، ص88 وما بعدها.

(2) Julie Boyer, Les effets du scepticisme du consommateur face à la publicité sur le processus de persuasion, L'harmattan, 2010, p. 147.

(3) قانون رقم (1) لسنة 2020م بشأن الموافقة على انضمام مملكة البحرين إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، متاح على هيئة التشريع والرأي القانوني: https://2u.pw/GA3jE، آخر زيارة يونيو 2020م.

(4) Article (11) Invitations à l'offre: "Une proposition de conclure un contrat effectuée par l'intermédiaire d'une ou plusieurs communications électroniques qui n'est pas adressée en particulier à une ou plusieurs parties mais qui est généralement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris à l'aide d'applications interactives permettant de passer des commandes par l'intermédiaire de ces systèmes d'information, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie effectuant la proposition d'être liée en cas d'acceptation "disponible sur: https://cutt.us/Pzww1, p. consultée: Juin 2020.

وبشكل لا لبس فيه بمجرد تلقيها من قبل المستلم)[1]، ونص في قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي على أن: (كل إعلان أيًا كان شكله، ويعرض عن طريق الاتصال بشبكة الإنترنت، يجب أن يكون واضحًا، ويجب أن يوضح فيه كذلك الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يتمّ لحسابه الإعلان)[2].

أمّا القانون المدني الفرنسي فإن المادة (121) نصت على أنه: (يمكن استخدام الوسيلة الإلكترونية لعرض شروط تعاقدية أو معلومات تتعلق بالسلع والخدمات)[3].

وبناء على النصوص القانونية أعلاه، يمكن اعتبار الإعلان إيجابًا إذا تضمن كلّ العناصر التي يجب توافرها في الإيجاب بشكل واضح[4].

ومن التشريعات العربية ما نصّ عليه المُشرّع المصري في قانون حماية المستهلك الجديد في المادة (37) منه التي قضت بضرورة أن يلتزم المورد في العقد المبرم عن بعد بأن يمد المستهلك بشكل واضح وصريح جميع البيانات والمعلومات التي تمكنه من تكوين عقيدته، وبشكل خاص تلك المتعلقة بالمورد والمنتج والثمن ومدة العرض والضمانات وخدمات التسليم وأحكام الرجوع في العقد، أمّا المادة (38) من القانون ذاته فقد نصت على أنه: (إذا أبدى المستهلك قبوله للتعاقد عن بعد، وجب أن يتمّ تأكيد موافقته، وأن يتاح له الحق في تصحيح طلبه، أو تعديله خلال سبعة أيام عمل من القبول، وما لم يتفق الطرفان على مدة أطول، وذلك في الأحوال وبالكيفية التي تبينها اللائحة التنفيذية)[5].

---

(1) Article (L121-15-1) - Code de la consommation: "Les publicités et notamment les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux, ainsi que les concours ou les jeux promotionnels, adressés par courrier électronique, doivent pouvoir être Identifiés de manière claire et non équivoque dès leur réception par leur destinataire, ou en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message", disponible sur: https://cutt.us/pOdEl, p. consultée: Juin 2020.

(2) Article (20) de LCEN: "toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle, Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée...", disponible sur: https://cutt.us/tLPKF, p. consultée: Juin2020.

(3) Article (1369-1) de code civil français: "La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services", disponible sur: https://cutt.us/KfJK2, p. consultée: Juin 2020.

(4) Mickael Boutros, Le droit du commerce électronique: (Une approche de la protection du cyber consommateur) Université de Grenoble, 2014, p. 34, disponible sur: https://2u.pw/reLs0, p. consultée: Juin 2020.

(5) قانون رقم (181) لسنة 2018م بإصدار قانون حماية المستهلك، القانون متاح على: https://2u.pw/LxlSm، آخر زيارة مايو 2020م.

من خلال هذه النصوص نلاحظ أن المُشرّع المصري يعتبر الإعلان دعوة إلى التعاقد وليس إيجابًا، وأن هناك التزاما على التاجر أو المورد بأن يوفر كلّ المعلومات عن السلعة أو الخدمة بشكل واضح وصريح، وله حق القبول من عدمه وإن قرر القبول فله الحق في تأكيد طلبه والتباحث حوله وإضافة التعديلات عليه، وبما أن ذلك يعد من قبيل التفاوض، فالتكييف القانون للإعلان بالنسبة إلى المُشرّع المصري هو أنه دعوة للتعاقد وليس إيجابًا ينعقد به العقد.

أمّا بالنسبة إلى موقف تشريعات دول مجلس التعاون، فإن المُشرّع البحريني في قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية، ذهب في المادة (12) منه والمعنونة بـِ (الدعوة لتقديم عروض) إلى أنه: (أية دعوة للتعاقد تتم من خلال خطاب إلكتروني واحد أو أكثر، تكون غير موجَّهة إلى طرف معين واحد أو أكثر، بحيث يكون الاطلاع عليها متاحًا بوجه عام لأي شخص يستخدم نظم معلومات، تعد بمثابة دعوة للتفاوض، ويشمل ذلك الدعوات لوضع الطلبات من خلال نظم معلومات تتم باستعمال تطبيقات تفاعلية، وذلك ما لم يدل بوضوح على أن موجه الدعوة للتعاقد يقصد الالتزام بالتعاقد في حال قبوله).

أمّا المادة (10) من نظام التجارة الإلكترونية السعودي، فنصت على أنه: (1- يعد الإعلان الإلكتروني من الوثائق التعاقدية المكملة للعقود وملزمة لأطراف العقد. 2- يجب أن يتضمن الإعلان الإلكتروني ما يأتي: أ- اسم المنتج أو الخدمة المعلن عنها. ب- اسم موفر الخدمة، وأي بيان مميز له، ما لم يكن مسجلًا لدى إحدى جهات توثيق المحلات الإلكترونية. ج- وسائل الاتصال بموفر الخدمة. د- البيانات الأخرى التي تحددها اللائحة).

وجاء في اللائحة التنفيذية، بشأن المادة (10) أنه: (1- مع مراعاة حكم المادة العاشرة من النظام، يجب أن يتضمن الإعلان الإلكتروني عند نشره أو إرساله الآتي: أ- بيانًا واضحًا بأنه مادة إعلانية. ب- المعلومات ذات الصلة بالمنتج أو الخدمة التي تتيح الوعي اللازم للمستهلك باتخاذ قراره).

أمّا باقي دول مجلس التعاون فلم تتضمن تشريعاتها المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية أي نصّ خاص بالعروض المقدمة على شبكة الإنترنت، وفي هذه الحالة نعود إلى الأحكام العامة التي تنظم العقد في القانون المدني، حيث إن القواعد العامة بالنسبة إلى العقد لا تختلف إلا من حيث الوسيلة التي يبرم بها العقد، كما أشرنا في أكثر من موضع، وبناء عليه تنص المادة (73) من القانون المدني العماني على أنه: (يعتبر عرض الخدمات مع بيان ثمنها، إيجابًا...)، أمّا المادة (2/69) من القانون المدني القطري فنصت على أنه: (ويعتبر إيجابًا بوجه خاص، عرض البضائع

مع بيان أثمانها، من دون إخلال بما تقتضيه قواعد التجارة)، وتنص المادة (134) من القانون المدني الإماراتي: (يعتبر عرض البضائع والخدمات مع بيان المقابل إيجابًا).

ونصت المادة (39) من القانون المدني الكويتي على أنه: (يعتبر إيجابا العرض الذي يتضمن عزم صاحبه على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له، ويلزم أن يتضمن، في الأقل، طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية).

ويتضح مما تقدم أن المُشرّع البحريني والمُشرّع السعودي عالجا موضوع العروض عبر شبكة الإنترنت في التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، وذلك حتى يسهل على المتعاقد إيجاد الأحكام التي تعالج المسائل القانونية الخاصة بالتعاقد بسهولة ومن ضمنها تكييف العروض عبر شبكة الإنترنت.

ونستند بشأن المُشرّع البحريني أنه اعتبر أن جميع العروض الموجهة إلى الجمهور هي بمثابة دعوة للتعاقد، ما لم يدل بوضوح بأن موجِّه الدعوة يرغب في التعاقد حال قبول الموجب إليه، وذلك يعني أنه يجب على الموجب أن يصرح بنيته بالتعاقد بشكل صريح لا يقبل التأويل، ولم يعالج المُشرّع مدى توافر المعلومات الأساسية للتعاقد وتفسيرها، مما يعني أن توجيه الإيجاب يجب أن يكون بعبارات صريحة وواضحة وليس ضمنيًا.

ولا بُدَّ من بيان موقف المُشرّع السعودي الذي عالج الموضوع أيضًا، إذ ما يثير الاهتمام أنه اعتبر الإعلان من الوثائق المكملة للتعاقد، ويعني ذلك ضرورة توفر المعلومات الجوهرية التي تساعد المستهلك على تكوين عقيدته واتخاذ قراره بالتعاقد من عدمه، وأكد المُشرّع السعودي ذات المعنى في اللائحة التنفيذية، إذ ألزم التاجر أو المحترف بالتصريح بأن العرض هو مادة إعلانية، وهو بذلك يكون قد فصل في الموضوع بشكل قطعي، مما يعني حتى لو توافرت المعلومات الجوهرية التي يقوم عليها العقد إذا قبلها الطرف الآخر في الإعلان لا يعد ذلك إيجابًا.

وإذا حللنا موقف المُشرّع القطري والعماني والإماراتي، يبدو لنا أنهم يتفقون على أن عرض البضائع مع بيان ثمنها هو إيجاب موجه إلى الجمهور، إذا قَبِلَهُ المستهلكُ يبرم العقد وتترتب آثاره، مما يعني عرض المنتجات مع بيان أسعارها في واجهات المتاجر يعد إيجابًا من جانب المتجر يتمّ قبوله بمجرد اختيار أي سلعة والتوجه لدفع ثمنه، وبالنسبة إلى تطبيق الافتراض السابق على التعاقد الإلكتروني انقسمت الآراء بشأن ذلك، حيث يرى جانب من الفقه أن هذا الأمر ممكن أن يطبق على المتاجر الافتراضية إذ إنها تقوم على فكرة المتاجر التقليدية نفسها، حيث تعرض البضائع مع بيان تفاصيلها وثمنها على الموقع الخاص بالمتجر الإلكتروني، ويختار المستهلك ما يعجبه ويضعه

في سلة المشتريات ثم يكمل عملية الدفع[1]، ويرى جانب آخر أنه من غير الملائم إطلاق وصف واحد على جميع العروض المتوافرة على شبكة الإنترنت، فهي دائمًا دعوة للتعاقد، ولكن إذا ما توافرت في هذه الدعوة مقومات الإيجاب الصحيح، وأظهر التاجر أو المحترف رغبته بإبرام العقد وبأنه سيلتزم به إذا صدر قبول من المستهلك، ففي هذه الحالة فقط من الممكن اعتبار العروض مع بيان أسعارها إيجابًا[2].

رأي الباحثة

ترى الباحثةُ أن فكرة الإعلان هي دائمًا دعوة للتعاقد وليس إيجابًا حتى لو تضمن العناصر الجوهرية التي يجب توافرها في الإيجاب، وتستند في ذلك إلى الحجج الآتية:

أولًا: أن أعداد مستخدمي شبكة الإنترنت لغرض شراء السلع والخدمات في تزايد مستمر، نظرًا إلى سهولة الطلب عبر شبكة الإنترنت من أي مكان بالعالم بالإضافة إلى أن التسوق عبر شبكة الإنترنت يتميز بالسرعة والسهولة، وتتوافر فيه خصائص غير موجودة في التسوق التقليدي، وعليه يمكن تصور الأعداد الكبيرة من فئة المستهلكين التي تُقْبِل على شراء السلع والخدمات المتوافرة على الشبكة، والتي قد تفوق الكمية المعلنة، مما قد يؤدي إلى وقوع التاجر في مأزق وعدم قدرته على الوفاء بالتزامه، وقد يقال إن العروض التي تظهر على شبكة الإنترنت تقرن بعبارة (بشرط عدم نفاذ الكمية المعروضة)، ولكن ذلك قد يعد أمرا سلبيًا بالنسبة إلى المستهلك، لأن هذه العبارة تضع في يد البائع وسيلة غير منضبطة قانونًا، إذ يستطيع أن يعلن في أية لحظة نفاذ الكمية مما يصعب مع التحقق من ذلك في العالم الافتراضي، ومن ثم قد يعتقد المستهلك أنه أبرم عقدًا فيرتب وضعه على هذا الأساس ثم يكتشف أن العقد لم ينعقد لنفاذ الكمية.

ثانيًا: من شروط الإيجاب، أن يكون دقيقًا، أي أن يكون العرض المقدم باتًا وواضحًا، وأن يحدد السلعة أو الخدمة تحديدًا نافيًا للجهالة مبينًا جميع المسائل الجوهرية كما هي من دون زيادة أو نقصان، والواقع العملي يثبت أن الإعلان دائمًا الهدف منه هو التأثير في المستهلك وإقناعه بالشراء، فيلجأ البائع إلى المبالغة في عَرْض محاسن ومزايا المنتج، وذلك يتعارض مع مفهوم الإيجاب.

---

(1) د. محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العرض عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص140.

(2) Jean-Pierre Clavier et Alexandra Mendoza- Caminade, Droit Commerce Électronique Sites web, blockchains, Publicité digitale, contrat électroniques et données personnelles, 1re édition, Éditionnes Bruylant, Bruxelles, 2019, p، 274.

ثالثًا: مسألة عرض البضائع مع بيان ثمنها، ممكن أن تعتبر إيجابًا في العالم المادي، أي في التعاقد بصورته التقليدية، ولا يمكن أن يكون ذلك بذات الفاعلية بالنسبة إلى العروض التي تتم بواسطة شبكة الإنترنت، إذ إن عرض البضاعة مع بيان الثمن يفتقر إلى عنصر الوضوح الواجب توافره في الإيجاب، حيث إن ثمن البيع عبر شبكة الإنترنت لا يقتصر على ثمن البضاعة بل هناك رسوم جمركية ممكن أن تضاف ورسوم الشحن وغيره، وهذه الرسوم بمجملها قد تجعل كلفة المبيع باهضة، بالإضافة إلى أن عرض البضائع في المتاجر بصورتها التقليدية يحقق للمشتري الرؤية الحقيقية، التي تبين حجم البضاعة ولونها وغيرها من المواصفات التي لا يمكن أن توفرها الرؤية المجازية أو الافتراضية.

رابعًا: أن اعتبار الإعلان دعوة إلى التعاقد يعطي الفرصة للمستهلك بالتفكير والتروي قبل الدخول في التزام مع التاجر، وخاصة أن الأخير يتفنن في جذب المستهلك ويستخدم كلّ الطرق الممكنة لإقناعه في شراء السلعة أو الخدمة حتى لو لم يكن بحاجة إليها، واعتبار الإعلان إيجابا لا يكون بصالح المستهلك الذي يكون واقعًا تحت تأثير الإعلان.

وترى الباحثة من جانب الآخر وفي ضوء ما تم بيانه أن يتدخل المُشرّع وينظم الإعلان الإلكتروني بصورة كافية، بأن تتضمن قوانين المعاملات والتجارة الإلكترونية أحكاما واضحة بهذا الشأن، بحيث لا يترك الموضوع للاجتهاد من خلال البحث في الأحكام العامة الواردة التشريعات ذات العلاقة، وفي مقدمتها القانون المدني، فقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية يجب أن يكون مرجعًا واضحًا يرجع إليه كلّ من يحتاج إلى فهم أو حلّ الإشكالات القانونية المتعلقة بهذا النوع من المعاملات.

وإذا كان للإيجاب إشكالياته الخاصة التي تنعكس على الإعلانات عبر شبكة الإنترنت فإن للقبول الإلكتروني الذي يجب أن يصادف إيجابًا لتكوين العقد له إشكاليته أيضًا، وهذا ما ننتقل لبحثه تباعًا.

المبحث الثاني

إشكالية القبول الإلكتروني في مواجهة الإيجاب

لا يكفي وجود الإيجاب وحده لانعقاد العقد، بل لا بُدّ من وجود تعبير آخر يطابقه وهذا هو القبول ممن وجّه إليه الإيجاب، ويعني ذلك إعلان الشخص رضاه بالإيجاب بجميع عناصره من دون استثناء، وإذا اشتمل عرض الإيجاب على مسائل ثانوية أو تفصيلية فيجب أن يتطابق معها

القبول أيضا، وإذا اختلف القبول مع الإيجاب أو انطوى على تحفظات معينة يتجرد من صفة القبول ويمكن أن يتحول إلى إيجاب جديد.

ومثلما رأينا بالنسبة إلى الإيجاب، فإن القبول الإلكتروني لا يختلف من حيث المضمون مع القبول التقليدي، ولكن ما دام يتمّ في بيئة إلكترونيه، فإن هذه البيئة تؤدي إلى ظهور إشكاليات بالنسبة إلى القبول لا بُدّ من معالجتها، ولبيان هذا القبول وما تحيط به من إشكاليات نبين في هذا المبحث مفهوم القبول الإلكتروني للنظر بعد ذلك في الأوضاع التي تثيرها إشكالية القبول، وعليه نخصص المطلب الأول لبيان مفهوم القبول الإلكتروني ثم نخصص الثاني لبيان الأوضاع التي تثيرها إشكالية القبول بوصفه إلكترونيا.

المطلب الأول

مفهوم القبول الإلكتروني

لا يخرج القبول في التعاقد الإلكتروني من حيث المضمون عن الإطار المتعارف عليه في العقود التقليدية، فهو تعبير عن الإرادة صادر عمن وجّه إليه الإيجاب[1]، والاختلاف يكمن في الشكل الذي يتمّ به القبول، وهذا الأمر عائد إلى الوسيط الإلكتروني أو وسائل الاتصال الحديثة التي يتمّ من خلالها القبول، حيث إنه ينشأ في بيئة إلكترونية صور القبول فيها تختلف تمامًا عن صور القبول التقليدي[2].

وبناءً عليه نتناول مفهوم القبول الإلكتروني طبقًا للفروع الآتية:

الفرع الأول: القبول الإلكتروني

لكي نتوصل إلى توصيف دقيق للقبول الإلكتروني لابُدّ من أن نبدأ بتعريف القبول من الناحية التقليدية، ثم نحدد انعكاس البيئة الإلكترونية على القبول للتوصل إلى تعريف القبول الإلكتروني.

---

(1) للمزيد من التفاصيل حول مفهوم القبول وأحكامه في القواعد العامة، ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ط2، 1998م، ص269 وما بعدها.

(2) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، مرجع سابق، ص23.

أولًا: تعريف القبول التقليدي

لم تهتم جميع التشريعات بتعريف القبول، إذ اكتفت بتنظيم تلاقي الإرادات حيث لا يكفي لإبرام العقد وجود الإيجاب ولكن لا بُدّ من أن تقابله إرادة تعاقدية أخرى تتضمن قبولًا لهذا الإيجاب[1] مع ذلك فإن بعض المشرعين لم يكتفوا بهذا التنظيم وإنما وضعوا تعريفا تشريعيا للقبول، من أولئك المُشرّع العماني حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (69) من القانون المدني العماني على أنه: (الإيجاب والقبول هو كلّ تعبير عن الإرادة يستعمل لانعقاد العقد وما صدر أولًا فهو إيجاب وما صدر ثانيا فهو قبول)[2].

وكذلك المُشرّع الأردني إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (91) من القانون المدني الأردني على أن: (الإيجاب والقبول كلّ لفظين مستعملين عرفًا لإنشاء العقد وأي لفظة صدر أولًا فهو إيجاب والثاني قبول)[3].

كما عرفته اتفاقية فيينا لسنة 1980م بشأن البيع الدولي للبضائع على نحو لا يكاد يخرج عن القواعد العامة حيث تنص المادة (1/18) على أنه: (يعتبر قبولًا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب...)[4].

أمّا في الفقه فعرف بأنه: (تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب لإبرام تعاقد بناء على البيانات التي تم إرسالها من خلال الإيجاب بالموافقة على محتوياتها من دون إحداث تعديل في الإيجاب أي أن يكون مطابقًا تطابقًا تامًا للإيجاب)[5].

---

(1) جاء في حيثيات حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية: "...من المقرر أن العقد ينعقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، تتوافر فيه إرادتان تدلّ عليهما صيغة العقد بإنشائه دلالة على بينة غير محتملة لمعنى آخر، ولمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في استخلاص توافر قيام العقد بالنظر في إرادة الطرفين على أن شأنه من ظروف التعاقد، فإذا ما حرر أحد الأطراف إيصالًا اقترن بقبوله وتنفيذه من الطرف الآخر، فإن إيجاب وقبول الطرفين يكونان قد ارتبطا وانعقد العقد..."، الطعن رقم (338) لسنة 19 قضائية، الدائرة المدنية والتجارية، بتاريخ 1998/12/08م، مكتب فني 20، الجزء الثالث، ص1330.

(2) مرسوم سلطاني رقم (29) لسنة 2013م بإصدار قانون المعاملات المدنية، متاح على: https://cutt.us/bdIAc، آخر زيارة: يناير 2020م.

(3) القانون المدني الأردني، متاح على: https://cutt.us/4IgB4، آخر زيارة: إبريل 2020م.

(4) Article (18-1) de La Convention de Vienne: "Une déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre constitue une acceptation..."

(5) د. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص64.

وعرف أيضا بأنه: (تعبير عن إرادة من وجّه إليه الإيجاب بالموافقة على هذا الإيجاب)[1].

وركّز بعضٌ على التعاقب بين الإيجاب والقبول فعرفه: (التعبير اللاحق للإيجاب الذي يصدر ممن يوجه إليه هذا الإيجاب حاملًا إرادة مطابقة أو موافقة لإرادة الموجب)[2].

وبناء على ما سبق يمكن القول إن القبول هو التعبير عن الإرادة الصادر عن الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، القصد منه هو موافقته على الإيجاب القائم، وهو ثاني تعبير عن الإرادة، الذي يتكون من خلاله العقد لحظة اقترانه بالإيجاب.

ثانيًا: تعريف القبول الإلكتروني

عُرّف القبول الإلكتروني في بعض القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية، سواء من الناحية الدولية أو الوطنية، فيمكن أن نستنبط تعريفا له من خلال نصوص قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وبعض التعريفات التي تناولتها القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، إذ ورد في المادة (11-1) أنه: (في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض) وهذا يعني أن القبول الإلكتروني هو الإرادة التي تصدر في مواجهة الإيجاب من خلال رسالة بيانات فتتطابق معه.

ويمكن أيضًا أن نتوصل إلى تعريفه من خلال نصّ المادة (11) من قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني الذي يفيد بأنه: (في سياق إبرام العقود، وما لم يتفق على خلاف ذلك، يجوز التعبير – كليًا أو جزئيًا– من خلال الخطابات الإلكترونية، عن الإيجاب والقبول أو أي تعديل أو عدول للإيجاب والقبول)[3] إذن القبول هو الذي يصدر في خطاب إلكتروني – طبقًا لهذا القانون – لمصادفة الإيجاب.

أمّا نظام التعاملات السعودي، فقد اعتبر وسيط القبول هو التعامل الإلكتروني حيث نصت المادة (10) منه على أنه: (1- يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول في العقود بواسطة التعامل

---

(1) L'acceptation peut être définie comme, une manifestation de volonté qui vaut réponse à une offre à fin de conclure un contrat. "V: Kamel Mehdaoui, La Formation du Contrat Électronique International: Le Formalisme au Regard de la Convention CNUDCI 2005, Op.cit., p. 18.

(2) د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ط2، 1995م، ص105.

(3) مرسوم بقانون رقم (54) لسنة 2018م، بإصدار قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية، متاح على موقع هيئة التشريع والرأي القانوني: https://cutt.us/87MSR، آخر زيارة: ديسمبر 2019م.

الإلكتروني، ويعد العقد صحيحًا وقابلًا للتنفيذ متى تم وفقًا لأحكام هذا النظام. 2- لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة سجل إلكتروني واحد أو أكثر)[1]، وعلى ذات المنوال يمكن القول إن القبول هو التعبير الذي يصدر إلى الموجب من خلال التعامل الإلكتروني.

تنتهي الباحثة إلى القول إن تعريف القبول من خلال قوانين المعاملات الإلكترونية ما هو إلا التعبير عن الإرادة بواسطة الوسائط الإلكترونية، حيث إن فكرة القبول لا تختلف عن الإيجاب، فهي في النهاية تعبير عن الإرادة يفيد قبول العرض من الموجب، ولكن هل يكفي ليتم الاعتداد بالقبول أن يتمّ التعبير عنه فقط، أم أن هناك شروط ايجب أن تتوافر فيه، هذا ما سوف نتعرض إليه أيضا في الفرع الآتي:

الفرع الثاني: شروط القبول الإلكتروني

على الرغم من الخصائص التي يتميز بها القبول الإلكتروني كونه يتمّ باستخدام وسائل إلكترونية، فإنه يضل خاضعًا للشروط التي تتطلبها القواعد العامة التي تطبق على القبول التقليدي، كي يعتد به وينتج آثاره، من هنا نبين شروطه في الفقرات الآتية:

أولًا: أن يكون القبول باتًا وجازمًا

لا بُدَّ من أن نية القابل تتجه إلى الالتزام بالعقد وما يترتب عليه من حقوق والتزامات اتجاه كلا الطرفين، مثله مثل الإيجاب يجب أن يكون التعبير كاشفا للإرادة الحقيقية للقابل، بوصفها إرادة تتبلور عن وعي وإدراك متجهة لتكوين العقد من دون أن يتضمن ذلك أي تحفظ أو يكون القبول معلقًا على شرط أو مضافًا إلى أجل، والواقع أنه يجب تحقق هذا الشرط في جميع أنواع العقود بغض النظر عن الوسيلة التي يتمّ التعبير من خلالها عن القبول، ولكن نظرًا إلى الطبيعة الخاصة التي تميز التعاقد عبر شبكة الإنترنت واختلاف الوسيلة التي يتمّ بها التعبير عن الإرادة في العقود وتميزها بكونها وسيلة حديثة ذات تقنية خاصة وحساسة بالوقت نفسه مما تجعل احتمالية الضغط على زر أو إيقونة القبول سهوًا أو عن طريق الخطأ احتمالًا واردًا، فإن الموجب يعطى له الحق في أن يطلب تأكيد القبول أو طلب إجراءات معينة ليتأكد من قبول المستهلك للعرض الذي قدمه.

---

(1) القانون متاح على موقع هيئة الاتصالات والمواصلات السعودية: https://2u.pw/DDqXm، آخر زيارة: ديسمبر 2019م.

وإلى جانب ذلك فإن المستهلك وإن صدر القبول عنه فإنه يعطى حماية له الحق في العدول، وإعادة المنتجات خلال مدة معينة يحددها المهني أو التاجر، وتظهر في الملحق رقم (1) سياسة العدول لأحد المتاجر الإلكترونية المشهورة[1].

ثانيًا: مطابقة القبول للإيجاب

يشترط في القبول حتى يعتد به أن يكون مطابقا للإيجاب في كلّ المسائل والنقاط التي تضمنها[2] وهذا ما تنص عليه التشريعات المدنية عادة، من ذلك على سبيل المثال ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (41) من القانون المدني البحريني أنه: (...ويلزم لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقًا للإيجاب)[3].

ولاعتبار القبول مطابقًا للإيجاب يجب ألا يتضمن أية زيادة أو نقصان، ولا تعني المطابقة التامة مطابقة بالألفاظ والصيغ، وإنما المطابقة الموضوعية أي التوافق على المعنى نفسه والمضمون نفسه في مطابقة تامة للإيجاب، فإذا انطوى القبول على ما يعدل في الإيجاب فلا يكون له حكم القبول الذي يتمّ به التعاقد بل يجوز أن يكون بمثابة إيجاب جديد – كما أسلفنا – يحتاج من جديد إلى قبول من أجل قيام عقد يتمّ بمقتضى إرادة جديدة[4]، تنص على ذلك الفقرة الثالثة من المادة

---

(1) د.عبدالله الخشروم، عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت وفقًا لأحكام الشريعة الأردنية، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، منظم المؤتمر أكاديمية شرطة دبي – مركز البحوث والدراسات، تاريخ الانعقاد 26-28 إبريل 2003م، دبي – الإمارات العربية المتحدة، ص34، راجع كذلك: بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، مرجع سابق، ص163 وما بعدها، راجع كذلك: د. محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص142 وما بعدها، راجع كذلك: ملحق رقم (1).

(2) (...يشترط قانونًا لانعقاد العقد مطابقة القبول للإيجاب، فإذا اقترن القبول بما يعدل في الإيجاب فلا يكون في حكم القبول الذي يتمّ به التعاقد وإنما يعتبر بمثابة إيجاب جديد لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف...)، محكمة التمييز القطرية، الأحكام المدنية، الطعن رقم (120) لسنة 2008م، تاريخ 2008/12/3م.

(3) تقابل هذه المادة، المادة (43) من القانون المدني الكويتي، والمادة (72) من القانون المدني القطري، والمادة (78) من القانون المدني العماني، والمادة (140) من القانون المدني الإماراتي.

(4) ينظر: د. علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية: التراضي والتعبير عن الإرادة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2014م، ص136 وما بعدها، راجع كذلك:
Olivier d'Auzon, Le droit du commerce électronique, Op.cit., p، 35.

(41) من القانون المدني البحريني – المذكورة أعلاه – حيث جاء فيها: (...وإذا جاء الرد على الإيجاب بما يزيد في الإيجاب أو ينقص منه أو يعدل فيه أعتبر رفضًا يتضمن إيجابًا جديدًا)[1].

وهنا يثور السؤال عن فكرة التطابق هذه ونطاقها، فكيف يكون التطابق وما مداه؟

وبالرجوع إلى القانون المدني البحريني، ترى الباحثة أنه عالج المسألة عن طريق التفريق بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية، حيث جاء في المادة (43) من القانون المدني على أنه: (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد وتركا مسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتمّ عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر أن العقد قد تمّ، وتقضي المحكمة في المسائل التفصيلية...)[2]، حيث يمكن أن يتمّ الاتفاق على المسائل الجوهرية ابتداء، على أن يتمّ التفاوض والاتفاق على المسائل التفصيلية لاحقًا بالوسيلة التي يحددها أطراف التعاقد، وعلى هذا المنوال ورد الحكم القانوني في تشريعات دول مجلس التعاون أيضا.

وعلى أنه يلاحظ على نصّ المادة السابقة في القانون المدني البحريني أنها أشارت إلى المسائل التفصيلية والمسائل الجوهرية، ولكنها لم تحدد معيار التفرقة بينهما، فكيف يمكن التفرقة بين ما هو من المسائل التفصيلية وما هو من المسائل الجوهرية؟

والواقع أنه يعرف في الفقه معياران يحكمان هذه المسألة، معيار موضوعي وآخر شخصي، فالمعيار الموضوعي يأخذ بالاعتبار توافر الأركان اللازمة لانعقاد العقد وفقًا لما يقرره القانون ونوع العقد، وهي التراضي والمحل والسبب، إلى جانب أي متطلبات قانونية أخرى يحددها المُشرّع بحسب طبيعة المعاملة ونوع العقد[3].

أمّا المعيار الشخصي، فيعتبر المسائل الجوهرية أمرا نسبيا يختلف من شخص إلى آخر، ولا يمكن حصرها بعدد معيّن أو إعطاء وصف لها، فما يعتبره البعض مسألة جوهرية يجب التفاوض

---

(1) تقابل هذه المادة، المادة (78) من القانون المدني العماني، والمادة (140) من القانون المدني الإماراتي، والمادة (72) من القانون المدني القطري، والمادة (43) من القانون المدني الكويتي.

(2) يقابل هذه المادة، المادة (79) من القانون المدني القطري، والمادة (79) من القانون المدني العماني، والمادة (141) من القانون المدني الإماراتي، والمادة (52) من القانون المدني الكويتي.

(3) د. علاء الدين محمد ذيب عبابنة، دراسات في قانون التجارة البحريني والمقارن، مرجع سابق، ص62 وما بعدها.

بشأنها والاتفاق عليها، قد يعتبرها آخرون مسألة ثانوية غير ذات أهمية وليس من الضروري التفاوض بشأنها، ويعتمد ذلك على ظروف وملابسات التعاقد التي تحيط بكل من أطراف التعاقد[1].

وقد حددت اتفاقية فيينا لعام 1980م، حصرًا المسائل الأساسية التي يجب الاتفاق عليها في عقود البيع الدولي للبضائع فإذا ما اختلف الإيجاب والقبول عليها فلن يكون هناك تطابق ولن ينعقد العقد، وهذه المسائل هي: الثمن وطريقة الدفع وكمية ونوعية البضاعة محل العقد، ومكان وزمان التسليم ومدى مسؤولية كلّ طرف اتجاه الآخر وطريقة تسوية المنازعات[2].

رأي الباحثة

تُرجح الباحثةُ الأخذ بالمعيار الموضوعي، فهو أكثر ملاءمة لطبيعة التعاقد عبر شبكة الإنترنت، ويحقق المساواة بالنسبة إلى التعامل مع المتعاقدين، كون المعيار واضحًا وسهل التطبيق بخلاف المعيار الشخصي، فهو معيار واسع فضفاض ولا يخضع لقاعدة واحدة منضبطة، أي أنه معيار متغير غير ثابت يختلف من شخص لآخر، وهذا يؤدي إلى إثارة صعوبة كبيرة في التطبيق عند إثارة موضوع التعاقد الإلكتروني، بالإضافة إلى أن التعامل على شبكة الإنترنت يكون غالبًا بين أشخاص لا يعرفون بعضهم بعضا مما يصعب إعمال المعيار الشخصي عليهم، من هنا فإن المعيار الموضوعي أقرب إلى الواقع الإلكتروني.

ثالثًا: صدور القبول والإيجاب قائم

يجب أن يصدر القبول والإيجاب مازال قائمًا، وإذا حدد الموجب ميعادا للقبول فيجب أن يصدر القبول قبل فوات هذه المدة، أمّا إذا لم تحدد المدة فيجب أن يصدر القبول في مدة معقولة يبقى فيها الإيجاب قائما، وهذا الحكم يرد عادة في التشريعات المدنية، من ذلك نصّ المادة (39) من القانون المدني البحريني بقولها: (وإذا لم يكن الموجب قد حدد ميعادا للقبول، فيجب أن يصدر

---

(1) نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص62 وما بعدها، راجع كذلك: د. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013م، ص61 وما بعدها.

(2) Article 19- Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises:"...3) Des éléments complémentaires ou différents relatifs notamment au prix, au paiement, à la qualité et à la quantité des marchandises, au lieu et au moment de la livraison, à l'étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre ou au règlement des différends, sont considérés comme altérant substantiellement les termes de l'offre".

القبول أثناء المدة المقبولة التي يقوم بتحديدها قاضي الموضوع عند الاختلاف فيها)[1]، وقد قيدت هذه المدة في مجلس العقد طبقا للمادة (40) من ذات القانون بنصها على أنه: (إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورًا، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل، كلّ ذلك ما دام لم يعين ميعادا للقبول، ومع ذلك يتمّ العقد ولو لم يصدر القبول فورًا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد)، وهذا الحكم يسود في تشريعات دول مجلس التعاون[2].

وبناء على ذلك، يمكن أن نحدد آلية أن يصدر القبول والإيجاب مازال قائما، أنه إذا أبدى الموجب إيجابه وهو متصلًا بشبكة الإنترنت، يجب أن يكون القبول فوريًا قبل أن ينقطع اتصاله عن الشبكة، وإذا لم يُبدِ الموجب رغبته وهو متصل بالشبكة (online) وانتقل إلى وضعية عدم الاتصال (offline) فإن الإيجاب يسقط ويعتبر كأنه لم يكن، ولكن في حالة قيام الموجب بتحديد مدة زمنية لسريان إيجابه، فإن القبول يكون مرتبطًا بهذه المدة، فإذا انقضت المدة من دون إعلان من وجّه إليه الإيجاب رغبته في القبول فلا يعتد بالقبول فيما بعد، ولا يلتزم به الموجب ولا تكون عليه مسؤولية إذا أهمله لأنه يتحول إلى إيجاب جديد يحتاج إلى قبول من التاجر، وتكون للأخير حريه قبوله من عدمه.

واستكمال الحديث عن ماهية القبول الإلكتروني، يقتضي دراسة صور القبول الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت.

الفرع الثالث: صور القبول الإلكتروني

بيّنا صور التعبير عن الإيجاب عبر وسائل إلكترونية، فإن للقبول صورًا تتم من خلال طرق إلكترونية يتمّ التعبير عنه من خلالها أيضا، وهذا ما نبنيه فيما يأتي:

---

(1) تقابل هذه المادة، المادة (139) من القانون المدني الإماراتي، والمادة (79) من القانون المدني العماني، والمادة (51) من القانون المدني الكويتي، والمادة (80) من القانون المدني القطري، والمادة (151) من وثيقة الكويت.

(2) تقابل هذه المادة، المادة (75) من القانون المدني القطري، المادة (136) من القانون المدني الإماراتي، والمادة (46) من القانون المدني الكويتي، المادة (75) من القانون المدني العماني، والمادة (152) من وثيقة الكويت للقانون المدني الموحد.

أولًا: القبول عبر البريد الإلكتروني

يشبه البريد الإلكتروني التعاقد بالمراسلة إلا أن الإرسال فيه يتمّ إلكترونيًا، فالقبول يتمثل في صورة رسالة إلكترونية، يقوم القابل بالتعبير فيها عن قبوله للعرض المقدّم إليه من قبل الموجب طبقًا للشروط المذكورة في الإيجاب، وتكون الرسالة مُذيلة بتوقيعه الإلكتروني ثم يقوم بإرسالها إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب، والجدير بالذكر أن البريد الإلكتروني يعد من أكثر خدمات الإنترنت استخدمًا لما يتمتع به من مميزات أهمها السرعة في النقل[1].

بالإضافة إلى أن هذه الرسائل ممكن أن تعد دليلًا على قبول العقد شريطة أن تدل على هوية الشخص الذي صدرت عنه، كأن تكون مذيلة بتوقيعه الإلكتروني، وأن تحفظ بشكل يضمن سلامتها، وقد أجازت العديد من النصوص القانونية التعبير عن الإرادة سواء كان إيجابًا أم قبولًا من خلال رسائل البريد الإلكتروني[2]، ويرى البعض أن القبول بهذه الطريقة وعبر الكتابة بوسائل إلكترونية يضفي على العقد نوعًا من الثقة والطمأنينة للمتعاقدين، حيث يمكن طبع الأوراق المكتوبة إلكترونيًا واعتبارها دليل إثبات إذا كانت مستوفية الشروط التي يتطلبها القانون لتكون لها الحجية الكاملة في الإثبات[3].

1- القبول عن طريق التفاعل المباشر

بالنسبة إلى التعاقد عن طريق التفاعل المباشر، فإن القبول فيه يتمّ شفاهة بين المتعاقدين الذين يجمعهم مجلس حكمي واحد حيث يستطيع مستخدم الإنترنت عبر البرامج المتوافرة التحدث مع شخص آخر مباشرة من دون وجود فاصل زمني بينهما، وهذا النوع من التعاقد قريب من التعاقد بالهاتف[4]، ويكون هناك تفاعل مباشر بين طرفي التعاقد، سواء عن طريق الكتابة، حيث يمكنهم تبادل الرسائل في هيئة نصوص مكتوبة ويتم الرد من جانب الطرف الآخر وكأنهم مجتمعين في

---

(1) د. علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية: التراضي والتعبير عن الإرادة، ص136 وما بعدها.

(2) أقدس بهاء الدين رشادي، التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، دراسة قانونية منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد13، العدد الأول، 2016م، منشور بتاريخ 2 مايو 2016م.

(3) Sylvette Guillemard, Le droit international prive face au contrat de vente cyberspatial, Thèse de doctorat, sous la direction de Catherine Kessedjian et Alain Prujiner, Université Panthéon-Assas (Paris), 2002, p، 310.

(4) تنص المادة (46) من القانون المدني البحريني على أنه: (يسري على التعاقد بطريق الهاتف أو بأي طريق مشابه، حكم التعاقد في مجلس العقد بالنسبة إلى تمامه وزمان إبرامه، ويسري عليه حكم التعاقد بالمراسلة بالنسبة إلى مكان حصوله)، تقابلها المادة (143) من القانون المدني الإماراتي، والمادة (78) من القانون المدني القطري، والمادة (81) من القانون المدني العماني، المادة (50) من القانون المدني الكويتي، والمادة (152) من وثيقة الكويت للقانون المدني الموحد.

المكان والزمان نفسه، عن طريق الكاميرا الرقمية التي تكون موجودة في جهاز الكمبيوتر حيث باستطاعة كلّ طرف رؤية الآخر عبر شبكة الإنترنت، فالتعبير هنا يكون بالكتابة أو بالكلام المباشر أو بالإشارة، وهنا يمكن اعتبار أن المتعاقدين في مجلس عقد افتراضي حيث يستطيع كلّ منهما مشاهدة الآخر والتعبير عن الإرادة[1].

2- القبول عبر الموقع الإلكتروني

والقبول في هذه الطريقة يأخذ شكل الضغط على أيقونة القبول، حيث يضع الموجب شروط العقد في الموقع الخاص به والذي أنشأه لعرض سِلَعِه وخدماته، وفي نهايته أيقونة مخصصة للقبول يتمّ الضغط عليها في حالة الموافقة على شروط العقد وتسمى هذه الطريقة (Click-Wrap Agreement) كما ذكرنا عند الحديث عن صور الإيجاب، وقد اختلفت الآراء حول مدى صلاحية هذه الطريقة للتعبير عن القبول، ومدى صحة العقود الإلكترونية التي تبرم من خلالها، وبما أن هذه الطريقة من أكثر الطرق التي أثيرت حولها التساؤلات، وخاصة حول مدى صلاحيتها كطريقة من طرق التعبير عن القبول الإلكتروني بالإضافة إلى ما يمكن أن ينشأ من إشكاليات تتعلق بالإثبات الإلكتروني وهذا ما نتناوله فيما بعد كلّ في موضعه من هذا البحث[2].

المطلب الثالث

الأوضاع التي تثيرها إشكالية القبول الإلكتروني

لا يختلف القبول في العقد الإلكتروني عن غيره من العناصر الجوهرية للتعاقد في أنه يثير بعض الإشكاليات؛ لأن اتخاذ القبول الذي يتمّ في البيئة الإلكترونية يظهر في أكثر من صوره كما يخضع لتطور هذه البيئة طبقًا للتطور التكنولوجي، فاستخدام وسيلة إلكترونيه في التعبير عن القبول حتمًا سيؤثر عليه، والسكوت في البيئة الإلكترونية يختلف عن السكوت في مجلس التعاقد التقليدي بين حاضرين، كلّ ذلك يثير تساؤلات حول الأوضاع التي تثيرها إشكالية القبول الإلكتروني الذي يتمّ عبر شبكة الإنترنت، وعليه ستتناول الباحثة في هذا المطلب استخدام الوسيلة الإلكترونية للقبول في مواجهة الإيجاب الإلكتروني، وفي مواجهة الإيجاب أيضًا تتناول السكوت والإشكالية التي يثيرها بشأن القبول.

---

(1) د إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، مرجع سابق، ص46، راجع كذلك: د. عبد الله نوار شعث، العقد الإلكتروني في إطار التشريعات العربية، مرجع سابق، ص295.

(2) راجع ص189 من الدراسة.

الفرع الأول: استخدام وسيلة إلكترونية للقبول في مواجهة الإيجاب

لا يشترط القبول بشكل عام شكلية معينة، فيصح أن يكون بشكل صريح أو ضمني، شفاهة أو كتابة أو حتى بالإشارة، فللمتعاقدين كامل الحرية في اختيار الوسيلة الأنسب للتعبير عن رضاهم، ومن بين صور القبول عبر الموقع الإلكتروني الضغط على زر القبول، يقوم التاجر طبقا لهذه الوسيلة بعرض بضائعه وخدماته على الموقع الخاص به، ويقوم الشخص باختيار البضائع ويضعها في سلة المشتريات ثم يتمم البيع – كما توضح الصورة في الملحق رقم (1) – حيث تظهر الصفحة المخصصة لأنهاء العملية بمربع مكتوب عليها عبارات الموافقة مثل: موافق أو قبلت العرض أو (I agree, Ok, D'accord, J'accept L'offre) وعندما يقوم المستهلك بالضغط نقرًا على المربع أو ملامسة المفتاح المخصص للقبول فإن العقد ينعقد مباشرة، وخاصة أن المعلومات الخاصة بالمشتري تكون متوافرة في حسابة الموجود على الموقع[1].

ويجد قبول العقد بهذه الوسيلة، انتشارًا واسعًا وتلجأ إليها معظم المواقع الإلكترونية التي تعنى بتقديم السلع والخدمات لسهولة تطبيقها، وأن مجرد الضغط على زر الموافقة على العروض الموجودة في الموقع يعد تعبيرًا عن قبول الإيجاب وتأكيد أن القابل قد قرأ مضمون العرض وشروطه وقبله[2].

وهذه الوسيلة تثير تساؤلات: فما الحل إذا تم القبول بواسطة هذه الوسيلة سهوًا؟

إن المتعامل مع شبكة الإنترنت يعلم أن الدخول إلى المتاجر الافتراضية والتسوق منها يتطلب إنشاء حساب في موقع المتجر الإلكتروني، ويتضمن هذا الحساب المعلومات التي يحتاجها الموقع لإتمام عملية الشراء وإيصال الطلب، ومنها الاسم والعنوان وطريقة الدفع المفضلة وبيانات الدفع، وذلك لتسهيل عملية الشراء واختصار الوقت، بحيث لا يكون أمام المشتري إلا الضغط على أيقونة مخصصة لإتمام العملية ويتم خصم المبلغ فوراً وإرسال رسالة إلكترونية تأكد الطلب، ولا تكون هناك وسيلة لإلغاء العملية الشرائية[3].

إن التساؤل يثور حول مدى صلاحية طريقة الضغط على الزر للتعبير عن القبول، ومدى صحة العقود الإلكترونية التي تبرم من خلالها، فهي تثير إشكالية إلكترونيه على درجة كبير من

---

(1) د. السيد أبو الحمد رجب، انعقاد العقد الإلكتروني وانتهاؤه، ص176 وما بعدها، راجع كذلك:
Adam Gatt, The Enforceability of click - wrap Agreements, University of Melbourne, Australia, available online: https://cutt.us/D42c1, date consulted: June 2020.

(2) د. إسماعيل يوسف حمدون، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص452.

(3) Jean Claude Hallouin et Hervé Causse, Le contrat électronique, au cœur du commerce électronique et le droit de la distribution droit commun ou droit spécial?, Op.cit., p. 54.

الخطورة، وهذه الخطورة جعلتها محل جدل حول مدى اعتبارها طريقة من طرق التعبير عن القبول الإلكتروني، وهل ما تحققه من نتائج يرجح على الإشكالية التي تثيرها؟

ويزيد من هذه التساؤل أهمية أن تشريعات دول مجلس التعاون المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية أو تلك المعنية بحماية المستهلك الإلكتروني لم تضع أحكاما قانونية معينة تنظم هذه الوسيلة في القبول[1]، وهذه ومن ثم يمكن القول إن ثمة قصورًا في تناولها تشريعيًا على الرغم من وجودها وانتشارها بشكل كبير كصورة من صور القبول، فما مدى صلاحيتها ومدى حماية للمستهلك إزاءها في العقود المبرمة على شبكة الإنترنت؟

إنّ التوجه الغالب بشأن ذلك[2] هو أن الضغط على أيقونة القبول هو أسلوب صحيح للتعبير عن الإرادة، وخاصة أن القواعد العامة تنص على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود منه[3]، وعليه فإن الضغط على أيقونة القبول أسلوب صحيح استنادًا إلى القواعد العامة، ولكن هل الخصوصية الإلكترونية التي تثير الخطورة تستلزم أن تقيد هذه الوسيلة، وهذا ما يتضح من خلال البحث في بعض التشريعات ذات العلاقة وفي بعض القضايا ومن ثم الآراء الفقهية وذلك في الفقرات الآتية:

أولًا: موقف التشريعات ذات العلاقة

تنص الفقرة الأولى من المادة (1369-5) من القانون المدني الفرنسي على أنه: (لإبرام العقد بشكل صحيح يجب أن تتاح الفرصة للموجب له، بمراجعة تفاصيل العقد والسعر الإجمالي وتصحيح أي أخطاء محتملة وذلك قبل قيامه بتأكيد الطلب للتعبير عن قبوله)[4].

---

(1) فعلى سبيل المثال لدى الرجوع إلى التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية، لا نجد حكمًا خاصًا بهذه الطريقة في التعبير عن القبول إلا في الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقًا لنظام التجارة الإلكترونية السعودي، ولم ترد في صلب القانون إلا في الاشتراطات التي وضعت بناء على قانون التجارة الإلكترونية لتوجيه المتاجر الإلكترونية في ممارسة نشاطها التجاري على شبكة الإنترنت، ينظر: الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية، وفقًا لنظام التجارة الإلكترونية السعودي 2019م، متاح على: https://cutt.us/2XhRx، آخر زيارة يونيو 2020م.

(2) د. شحاته غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص104، راجع كذلك: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص268.

(3) د. محمد حسين المنصور، المسئولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص176 وما بعدها.

(4) (Article 1369-5) de code civil français: "Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation...".

وورد في التوجيه الأوروبي الصادر في 8 يونيو 2001م، ينص في المادة (10) والفقرة الثانية من المادة (11) منه على وجوب الالتزام بتقديم كل المعلومات التعاقدية قبل إتمام الطلب ومن هذه المعلومات:

- الخطوات الفنية الواجب اتباعها لإتمام العقد وذلك يتضمن كيفية الوصول إلى شروط العقد، وكيف يتمّ التعبير عن الموافقة على سبيل المثال: "انقر على الزر أوافق".
- بيان إمكانية الوصول إلى نسخة من العقد بعد إتمامه، أي لأرشيف العمليات التي تمت.
- توفير آليات تعديل الأخطاء التي حدثت عن إدخال البيانات.
- تحديد اللغات التي يتوافر بها العقد[1].

ونصت المادة (38) من قانون حماية المستهلك المصري على أنه: (إذا أبدى المستهلك قبوله للتعاقد عن بعد، وجب أن يتمّ تأكيد موافقته، وأن يتاح له الحق في تصحيح طلبه أو تعديله خلال سبعة أيام عمل من القبول، ما لم يتفق الطرفان على مدة أطول، وذلك في الأحوال وبالكيفية التي تبينها اللائحة التنفيذية لهذا القانون)[2].

كما نصت المادة (51) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري على أنه: (مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم (8) لسنة 2008م، بشأن حماية المستهلك، يجب على مقدم الخدمة أن يوفر لمستهلكي خدماته ولأي جهة حكومية مختصة، في الشكل وبالطريقة التي يمكن الوصول إليها بصورة ميسرة ومباشرة ومستمرة، المعلومات الآتية:

1- اسم مقدّم الخدمة.

2- عنوان مقدّم الخدمة.

---

(1) Afin de protéger les cocontractants et tout spécialement les consommateurs, l'article 10, 1, impose au prestataire de service une obligation préalable (donc avant la passation d'une commande) d'information quant aux modalités du processus contractuel, en ce sens qu'il est tenu de: présenter les étapes techniques à suivre pour la conclusion du contrat (par ex, comment avoir accès aux conditions, comment manifester son consentement (cliquer sur un bouton «J'accepte», etc.); préciser si le contrat est archivé et accessible après sa conclusion; fournir, avant que ne soit formé le contrat, les moyens d'identifier et de corriger les erreurs commises dans la saisie des données; indiquer les langues dans lesquelles le contrat est disponible "et "Les législations des Etats membres devront imposer au prestataire de fournir à l'acheteur les moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données (art, 11, 2), La directive du 8 Juin 2000 sur Le commerce Electronique Un Cadre Juridique Pour L'internet, disponible sur: https://2u.pw/0YbVw, p. consultée: Juin 2020.

(2) قانون رقم (181) لسنة 2018م بإصدار قانون حماية المستهلك المصري، القانون متاح على: https://2u.pw/LxlSm، آخر زيارة مايو 2020م.

3- معلومات الاتصال المتعلقة بمقدّم الخدمة، بما في ذلك عنوان الاتصال الإلكتروني.
4- بيانات السجل التجاري، أو أية وسيلة أخرى مماثلة، لتحديد هوية مقدّم الخدمة، إذا كان مسجلاً.
5- سجل تجاري أو سجل مشابه متاح للجمهور.
6- بيانات الجهة المختصة التي يخضع مقدم الخدمة لإشرافها، متى كان تقديم الخدمة خاضعًا لتصريح أو ترخيص منها.

بيان مدونات أو قواعد السلوك التي يخضع لها مقدم الخدمة وإمكانية وكيفية الاطلاع عليها إلكترونيًا، أي معلومات أخرى يقدر المجلس الأعلى أهميتها لحماية مستهلكي خدمات التجارة الإلكتروني).

ويشير الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية، وفقا لنظام التجارة الإلكترونية السعودي 2019م، في الفصل (2-3)، والمتعلقة ببيانات العقد، إلى أنه: (عند إبرام العقد بين المتجر الإلكتروني والمستهلك يجب إيضاح كافة الأحكام والشروط بطريقة سهلة وواضحة، ويلتزم موفر الخدمة بتقديم بيان للمستهلك يشمل.

1- الإجراءات الواجب اتخاذها لإبرام العقد.
2- البيانات المتعلقة بموفر الخدمة.
3- الخصائص الأساسية للمنتجات أو الخدمات محل العقد.
4- إجمالي السعر شامل جميع الرسوم أو الضرائب أو المبالغ الإضافية المتعلقة بالتسليم أن وجدت.
5- ترتيبات الدفع والتسليم والتنفيذ.
6- بيانات الضمان إن وجدت.
7- الإشارة إلى حق المستهلك في إلغاء العقد متى ما كان جائزًا، وبيان التكاليف التي تترتب على ذلك.
8- خدمات ما بعد البيع إن وجدت.
9- مدة العقد وتاريخ انقضائه.
10- أحكام الدفع والدفعات المتكررة إن وجدت.
11- أحكام الشحن والتوصيل).

وفي النهاية أشار إلى أنه: (يجب على موفّر الخدمة إيضاح الإجراء الذي يترتب عليه إبرام العقد، بأن يذكر في الخانة المخصصة ما يفيد بأنه بمجرد النقر عليها يكون العقد قد أبرم ويترتب

على ذلك الالتزام بالدفع، ويكون ذلك بشكل واضح سهل القراءة)، وبذلك يكون المُشرّع السعودي هو الوحيد الذي أشار إلى مسألة النقر على الزر الذي يفيد قبول العرض.

ويلاحظ من النصوص المتقدمة أن المُشرّع السعودي هو وحده من أشار إلى تأكيد وسيلة النقر بوصفها من وسائل القبول، إذًا إلى جانب النقر لا بُدّ من ذكر أن هذه الوسيلة كافية للقبول ومن ثم إبرام العقد، ومع ذلك فإن تفاصيل النصوص التي أوردناها ترجح أن لا يكون مجرد النقر هو وسيلة كافية للقبول، لأن الشروط المتعددة تكفي للقول أنه لا بُدّ من التأكيد بوسائل مضافة إلى أن النقر أو الضغط على زر معيّن يعد بمثابة القبول.

ثانيًا: من قضايا القبول عبر الضغط على أيقونة القبول

تبنت غالبية المحاكم الأمريكية هذا النمط من قبول وأيدته في أكثر من حكم[1]، وقع اختيارنا على قضية، كونها من القضايا التي حققت شهرة كبيرة بالنسبة إلى هذه الصورة من صور القبول: قضية (Feldman vs google) تعد من أهمّ القضايا بالنسبة إلى مسألة النقر على أيقونة القبول أو زر الموافقة، وملخص هذه القضية أن كان هناك اتفاق بين الطرفين بشأن خدمات إعلانية تقدمها شركة (google) لـ (Feldman) وهو محامٍ يرغب في الترويج عن الخدمات التي يقدمها مكتب المحاماة الخاص به، ومضمون الاتفاق بأن قيام أي مستخدم لشبكة الإنترنت بالبحث في محرك البحث عن عبارات أو عناوين من تلك التي قام بشرائها (كلمات مفتاحية)، يتمّ احتساب رسوم عليه طوال سريان الاتفاق، ادعى (Feldman) بأنه كان ضحية (نقر احتيالي) من قبل منافسيه وأشخاص يريدون الإضرار به، مما أدى إلى ارتفاع تكاليف الإعلان بشكل غير متوقع، مما ترتب عليه عدم رغبته بالاستمرار في الإعلان وبناء عليه رفع دعوى في محكمة المقاطعة الفيدرالية التابعة لولاية بنسلفانيا، وأساس الدعوى بأن (20-30%) من الإعلانات المكلف بدفع ثمنها كانت إعلانات احتيالية، وكان من واجب شركة (google) التحقق من هذا الأمر وتتبع الاحتيال ومنع وقوعه، في المقابل قامت شركة (google)، برفع قضية بطلب إحالة القضية إلى محكمة (سانتا كلارا – كاليفورنيا) لحل النزاع كما هو محدد في المادة الخاصة بفض النزاع بين المدعي والمدعى عليه، والمفترض علم (Feldman) بهذه المادة، لأنه عندما قام بالاتفاق عبر شبكة الإنترنت مع شركة (google)، تظهر له على شاشة الكمبيوتر عبارة: "الرجاء قراءة الأحكام والشروط بعناية، بحال موافقتك عليها الرجاء بين موافقتك أدناه"، وهذه الخطوة تكون قبل قيامه بالقبول، وأنه حتى لو كانت لا تظهر له الشروط كاملة وفقط العبارات الأولى منها، كان واجبا

(1) Of these issues: Groff v, America Online, Inc., PC 97-0331 و(1998) Caspi v, the Microsoft Network 323 N.J, Super, 118 N.J, Super, 1999, last visit July 2020, These issues are available at: https://casetext.com/

عليه أن يقرأ كامل الشروط بعناية، وعند الموافقة على ذلك تكون الاتفاقية ملزمة للطرفين، ويوفر الموقع نسخة كاملة قابلة للطبع، حتى يكون باستطاعة المعلنين الاحتفاظ بها والرجوع إليها وقت الحاجة، احتج (Feldman) بأنه لم يكن على علم بالشروط ولم يتمّ تحديد السعر وهو عنصر أساسي في العقد، وكان رد المحكمة، وبما أن الشروط كانت متاحة للاطلاع عليها، وأن الاتفاق لم يحدد السعر بشكل صريح ولكنه اعتمد سعر السوق ووضع معايير واضحة تمكن المتعاقد من حساب الكلفة، وبما أن من واجب الشخص المتوسط الذي يقع بنفس الظروف أن يحرص على قراءة الشروط، وأن الإجراءات كانت واضحة، فالعقد بين الطرفين عقد صحيح ويرتب آثاره[1].

وعلى الرغم من أن الحكم قضائيًا في هذه القضية يفيد بأن القبول يمكن أن يتمّ بالضغط على زر معين، إلا أن القضاء تحقق من أن القبول صدر بعد الاطلاع على التعليمات وأنه منضبط بسعر السوق، ووجود معايير واضحة تمكن من احتساب الكلفة، ومع ذلك ترى الباحثة أن ترك الأمر لسلطة القضاء التقديرية لا يكفي وإنما لا بُدّ من تنظيم هذا النوع من القبول بما يضمن صدوره من دون سهو أو على نحو لا يعبر عن الإرادة الحقيقية.

ثالثًا: موقف الفقه

انقسمت آراء الفقهاء بالنسبة إلى مسألة التعبير عن القبول من خلال النقر أو الضغط على الأيقونة المخصصة للقبول، حيث يرى البعض أن الضغط على أيقونة القبول يعد وسيلة صالحة للتعبير عن الإرادة ويستندون إلى ذلك بأن التشريعات المدنية تنص بصورة عامة على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة والإشارة شائعة الاستعمال والمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على المقصود منه، وبناء عليه يكون الضغط على أيقونة القبول ممكنًا ويعبر عن الرضا، وبحسب هذا الاتجاه يتحقق إبرام العقد عند القيام بالضغط أول مرة، والمرة الثانية تعد تأكيدًا لقبول ساري المفعول وليس استكمالًا له، فهو إجراء لاحق على القبول[2].

وذهب رأي آخر إلى أن الضغط على أيقونة القبول لا يعد قبولًا معبرًا عن الإرادة، لأنه ممكن أن يضغط الشخص على الأيقونة على سبيل الخطأ، فالضغط في هذه الحالة يعطي دلالة خاطئة عن رضا المشتري وقبوله بالعقد، ولا بُدّ من أن تكون هناك وسيلة لتفادي ذلك، وانتهى هذا الرأي إلى ضرورة قيام المشتري بالضغط مرة أخرى (double click) كجزء من القبول أو أن يقوم

---

(1) Feldman v, Google, Inc, Case Brief for Law students, available online: https://cutt.us/Zh3Pw, p. consulted: June 2020.

(2) د. محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص60 وما بعدها، راجع كذلك: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص81 وما بعدها.

التاجر بتحديد أي سلوك إيجابي يؤكد رغبته في التعاقد بشكل قطعي، كلّ ذلك حماية المستهلك لضرورة أن لا يستكمل القبول وينعقد العقد إلا بتأكيد القبول[1].

رأي الباحثة

بعد استعراض النصوص التشريعية وآراء الفقهاء والحكم القضائي بالنسبة إلى موضوع التعبير عن القبول بواسطة الضغط على أيقونة القبول، نرى أن المسألة لا تتعلق بتأكيد القبول من عدمه، بل تتعلق بنظام إلكتروني متكامل، وبحقوق المستهلك في بيئة إلكترونية، ولو تساءلنا، عندما يتسوق أي شخص على شبكة الإنترنت، ماهي الأمور الرئيسية التي يبحث عنها عند اختياره المواقع التي يتسوق منها؟ المستهلك يبحث عن الثقة والأمان والمصداقية، بغض النظر عن الوسيلة التي يتمّ بها التعبير عن القبول، وبذلك تثير فرضية القبول بالضغط على الزر ما يأتي:

1- يجب أن تكون شروط العقد متوافرة على الموقع بشكل بارز وواضح، ومن الممكن الوصول إلى جميع الشروط وليس جزءًا منها فقط قبل التعبير عن القبول، وأن لا يكون هناك أي تحايل في طريقة عرضها بحيث يتمّ إبراز الشروط البسيطة وإخفاء الشروط ذات الأهمية الكبيرة بغرض جذب المستهلك.
2- أن يتمّ إرسال رسالة إلكترونية لتأكيد الطلب إلى البريد الإلكتروني الخاص بالمستهلك، وتتوافر فيه جميع المعلومات الأساسية الخاصة بالعقد، من ثمن ووصف للمبيع، وكيف سيتم التسليم والتاريخ المتوقع للتسليم، مع رابط يسمح للمستهلك بتتبع الطلب.
3- أن تكون هناك آلية لتعديل الطلب وتصحيح الأخطاء خلال مدة معينة، يحددها الموقع على أساس طبيعة السلعة ونوعها.

وبذلك يكون الضغط على زر أو أيقونة القبول ممكنًا بوصفه قبولًا ولكن في إطار عملية تعاقدية متكاملة من خلال إجراءات سابقة ولاحقة على الضغط توفر الضمانات اللازمة لحماية المستهلك، ومن هنا نقترح أن تتم إضافة نصّ قانوني في التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، تعالج هذه المسألة وتفرض على المحترف أو التاجر التزامات لضمان حقوق المستهلك على شبكة الإنترنت وفقا للتصور الذي قدمناه في هذا السياق.

---

(1) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص93 وما بعده، راجع كذلك:
Lucile Archambault, La Formation du Contrat de Vente en Ligne et La Protection du consommateur, Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne DESS Droit de L'Internet, Administration et Entreprise, 2004, p. 54 et S.

الفرع الثاني: مواجهة السكوت للإيجاب في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت

من الأمور المرتبطة بمسألة القبول في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، هي مسألة (السكوت) وهل يمكن أن يكون للسكوت دلالة في التعبير عن رضا القابل بإبرام العقد؟

السكوت بحد ذاته موقفا سلبيًا لا يصلح لأن يكون وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة وفقًا للقواعد العامة، لأن السكوت المجرد البسيط ما هو إلا موقف سلبي لا يدل على الإرادة، وهذا ما يميز السكوت عن التعبير الضمني للإرادة الذي يحتوي على موقف إيجابي يدل على الرضا، كقيام المشتري بنقل البضائع، أو استعمال السيارة إذا كان محل العقد سيارة[1].

ولكن هذه القاعدة العامة يرد عليها استثناء حيث يمكن أن يكون السكوت تعبيرا على القبول[2] في حالات استثنائية ينص عليها القانون، وهي حالات السكوت الملابس، والذي يقصد به أن تصاحب السكوت ظروف معينة تعطي دلالة على القبول[3]، ومثال ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (42) من القانون المدني البحريني على أنه: (أ- لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان، ب- ويعتبر السكوت قبولًا، بوجه خاص، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه).

والواقع أن حكم هذا النص موجود في تشريعات دول مجلس التعاون[4]، إلى جانب النص على حالتين يعد فيها السكوت قبولًا وهي:

الحالة الأولى: حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين في المجال نفسه الذي صدر بشأنه الإيجاب وكان الإيجاب الجديد متعلقًا بهذا التعامل فإن السكوت عنه يعد قبولًا بناء على ما جرى عليه

---

(1) د. أمجد محمد منصور، صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في مجال عقد البيع، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، مجلة سنوية، العدد الثامن، الأردن، ص313.

(2) يكاد الفقه القانوني يتفق على أن السكوت موقف سلبي لا يدل على شيء بحسب الأصل، لكن هذا السكوت إذا أحاطت به ظروف وملابسات تجعل السكوت يؤخذ على تعبير معين، فإنه يعتد به على هذا النحو، وهذا ما يعرف بالسكوت الملابس، ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص237، د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص270.

(3) وتنص المادة (38) من قانون حماية المستهلك المصري على أنه: (إذا أبدى المستهلك قبوله للتعاقد عن بعد، وجب أن يتمّ تأكيد موافقته، وأن يتاح له الحق في تصحيح طلبه أو تعديله خلال سبعة أيام عمل من القبول، ما لم يتفق الطرفان على مدة أطول، وذلك في الأحوال وبالكيفية التي تبينها اللائحة التنفيذية لهذا القانون).

(4) يقابل هذه المادة، المادة (135) من القانون المدني الإماراتي، والمادة (73) من القانون المدني القطري، المادة (74) من قانون المدني العماني، والمادة (44) من القانون المدني الكويتي والمادة (148) من وثيقة الكويت للنظام (القانون) المدني الموحد لدول مجلس التعاون.

التعامل، إذ لا يجوز من الناحية العملية انتظار الموجب تصريحًا بالقبول في كلّ معاملة متماثلة ومتكررة بين الطرفين[1].

الحالة الثانية: تمخض الإيجاب لمنفعة من وجِّه إليه وسكت عنه، أعتبر سكوته قبولاً، وغالبًا ما يتمّ ذلك بالنسبة إلى أعمال التبرع، ومثالها توجيه إيجاب بعقد هبة على الموهوب له فيسكت، فإن سكوته يعتبر قبولاً.

ويثار التساؤل حول إمكانية تطبيق القواعد العامة في السكوت الملابس على التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت؟

اختلف الرأي في الفقه حول إمكانية إعمال هذه الاستثناءات في التعاقد عبر الإنترنت، وانقسمت آراؤهم إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: السكوت لا يعبر عن القبول عبر شبكة الإنترنت

يذهب هذ الاتجاه إلى أن التعامل الإلكتروني يختلف في طبيعته والبيئة التي يتمّ فيها عن التعامل التقليدي، وبناء عليه لا يرى أن السكوت يعتبر قبولًا سواء بشكل صريح أو ضمني، ومن حجج هذا الاتجاه أيضا أن غالبية القوانين المتعلقة بالتجارة الإلكترونية تخلو من نصوص أو حكم يقرر مثل هذا السكوت، وأن مبادئ الينيدروا لعقود التجارة الدولية تنص في المادة (2-6-1) منها، على أنه: (1- يعتبر قبولًا أي تعبير، أو مسلك آخر، يصدر ممن وجه إليه الإيجاب يفيد قبول الإيجاب، ولا يرقى السكوت أو اتخاذ موقفًا سلبيًا، في حد ذاته، إلى مرتبة القبول...)[2]، وأن اتفاقية فيينا للبيوع الدولية، تنص في الفقرة الأولى من المادة (18) على أن: (يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب أمّا السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما في ذاته قبولا)[3].

---

(1) في هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (من المقرر وفقاص لنص المادة (2/98) من القانون المدني أن مجرد السكوت لا يصلح لذاته تعبيرًا عن الإرادة ولا يعتبر قبولًا، إلا إذا كان متعلقًا بتعامل سابق بين المتعاقدين...) الطعن مدني رقم 1649 لسنة 51 قضائية، تاريخ الجلسة 1984/11/26م مكتب فني 35 رقم الصفحة 1920

(2) **Article (2.1.6)** (Mode d'acceptation): 1- Constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre, Le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation.

(3) Article (18-1) principes d'unidroits: 1- Une déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre constitue une acceptation, Le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation.

كما لا تكفي حالة التعامل السابق بين المتعاقدين للاعتداد بالسكوت واتصاله بهذه بهذا التعامل للخصوصية التي تتمتع بها العقود الإلكترونية، ولسهولة التعبير عن الإرادة فيها، لذلك لا يجوز استنتاج قبول الطرف الآخر لمجرد وجود تعامل سابق بين طرفي التعاقد، بل يجب أن يقترن بهذا التعامل السابق دلائل قوية أخرى ترجح القبول[1]، أمّا الاستثناءات الواردة في التشريعات المدنية فقد جاءت لتنظيم التعاقد بين حاضرين وليس بين غائبين[2] إضافة إلى أن السكوت قد يكون غير مقصود أو حدث سهوًا، فهو قد ينتج عن عطل في شبكة الإنترنت أو جهاز الحاسوب نفسه يترتب عليه انقطاع الاتصال، يحول دون استطاعة الموجب له الرد على الإيجاب الموجه إليه، فهل يعقل أن نعتبر عدم الرد بهذه الحالة قبولا[3]؟

أمّا فيما يتعلق بتمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، فهي حالة تتضمن عملًا من أعمال التبرع دون أي التزام يقع على عاتق من وجه إليه الإيجاب ولا يتصور ذلك في العقود الإلكترونية حيث إن غالبيتها عقود تجارية يقصد من ورائها الربح، لذا من غير المتصور أن يتمخض الإيجاب الإلكتروني لمصلحة من وجِّه إليه في جميع الأحوال[4].

الاتجاه الثاني: السكوت يمكن أن يكون قبولا في التعاقد الإلكتروني في حالة واحدة

هذا الجانب من الفقه يرى أنه لا يمكن اعتبار السكوت قبولًا في التعاقد الذي يتمّ عبر الإنترنت إلا في حالة واحدة فقط، وهي حالة التعامل السابق بين فئة التجار فيما بينهم فقط مستثنين من ذلك فئة المستهلكين، نظرا إلى ضعف الفئة الأخيرة وحاجتهم إلى الحماية القانونية في مجال العقود الإلكترونية، ومثال ذلك: تاجر الجملة الذي اعتاد إبرام عقود البيع مع تاجر التجزئة من خلال موقع المتاجر الافتراضية، وجرت العادة بينهما على أن يرفض تاجر التجزئة صراحة ما لا يريده من خلال البريد الإلكتروني مثلًا ويسكت عما يريده، فهنا سبق التعامل بينهما ينشئ وضعا يبرر افتراض القبول في حالة السكوت، كما أن ذلك يستجيب مع ما تقتضيه المعاملات الإلكترونية من سرعة في الإنجاز، حيث إن السرعة في الإنجاز من أهمّ المميزات التي تميز التجارة الإلكترونية

---

(1) Florence Mas، La conclusion des contrats du commerce électronique, Op.cit., p. 167.

(2) د. علاء الدين محمد ذيب عبابنة، دراسات في قانون التجارة الإلكترونية البحريني والمقارن، مرجع سابق، ص73.

(3) د. باسم محمد صالح، محاضرات مطبوعة ألقيت على طلبة الدراسات العليا: مادة التجارة الإلكترونية، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، تاريخ 2007/4/7م.

(4) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص82.

عن التجارة التقليدية، وهي – أي التجارة الإلكترونية – تتم عبر شبكة الإنترنت التي اختزلت المسافات والأزمنة[1].

الاتجاه الثالث: السكوت يمكن أن يكون قبولًا في التعاقد الإلكتروني

يرى هذا الاتجاه أن السكوت يمكن أن يكون قبولًا استنادًا إلى القواعد العامة في التشريعات المدنية، لأنه يعبر عن الإرادة، فلو تحققت الحالات التي نصّ عليها المُشرّع المدني فإنه – طبقًا لهذا الاتجاه – لا يوجد ما يمنع من قياس هذه الحالات على القبول في التعاقد الإلكتروني، فطبيعة التعامل واحدة سواء كان الأمر في إطار التجارة التقليدية أو الإلكترونية، فاستخدام الوسائل الإلكترونية لا يمنع السكوت في إبرام العقد وإجراء التعامل[2]، فإذا كان من الممكن أن يقوم المشتري بتحميل منتج إلكتروني كبرامج الحاسوب الآلي مباشرة عبر أحد المتاجر الافتراضية، وكان هذا السلوك الإيجابي يعد قبولًا ضمنيًا لإبرام العقد فلماذا لا يعد السكوت قبولًا للشروط الواجب اتباعها عند استخدام البرنامج مادام أنه يؤدي إلى ذات النتيجة وهي أن يفهم منه إرادة القابل في قبول الالتزام بهذه الشروط[3]؟

رأي الباحثة

ترى الباحثةُ ترجيحَ عدمِ اعتبار السكوت قبولًا في التعاقد عبر شبكة الإنترنت، فهو استثناء لأن الأصل هو ألا ينسب إلى ساكت قول، فإذا كان الأصل في العقود التقليدية ألا يعتبر السكوت قبولًا إلا في حالات استثنائية، فمن باب أولى ألا يعتبر قبولًا في البيئة الإلكترونية، ومن ثم إذا أدركنا ما تشتمل عليه هذه البيئة من مخاطر التعاقد فإننا نتوصل على عدم الاعتداد بالسكوت بوصفه قبولًا، فهو لا يخرج عن كونه استثناء لعلاج حالات استثنائية في التعاقد بين حاضرين، إلى جانب ذلك فإن الاتصال في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت يتمّ عبر وسائل إلكترونية، وقد يكون السكوت الملابس بسبب عطل فني أو تقني، كانقطاع الاتصال بالشبكة أو حدوث خلل في جهاز الحاسوب نفسه، يمنع إتمام المعاملة لذلك للابتعاد عن الوقوع في لبس لصعوبة تحديد فيما إذا كان السكوت بفعل القابل أو بسبب أجنبي خارج عن إرادته يفضل عدم الاعتداد به كوسيلة

---

(1) Kamel Mehdaoui, La Formation du Contrat Électronique International, Op.cit., p. 18 et S et، Lucile Archambault, La Formation du Contrat de Vente en Ligne et La Protection du consommateur, Op.cit., P، 56.

(2) محمد حسن رفاعي، البيع عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص78 وما بعدها.

(3) د. مصطفى محمد عرجاوي، الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر في القوانين الوضعية، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت الذي نظمته كلية الشرطة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 1-3 مايو 2000م، ص13-14.

للتعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، كما أن حماية المستهلك الإلكتروني هي أولوية تقرها الأنظمة القانونية، وبالتالي إبعاد حالة السكوت الملابس عن الوسيط الإلكتروني كي لا يؤدي إلى إبرام عقد يحمل المستهلك التزامات القانونية لم تتجه إرادته إليها هو من موجبات حماية هذا المستهلك نظرًا إلى قلة خبرته في مجال البيئة الإلكترونية بالقياس إلى خبرة التاجر الذي يستخدم كلّ الطرق للترويج وإعلان نشاطه التجاري وإبرام الصفقات التجارية، وأخيرًا على الرغم من أن حالة التعامل السابق قد تحدث كثيراً في مجال التجارة الإلكترونية إلا أن وسائل التعبير عن القبول متعددة ومتنوعة وتتميز بالسرعة فلا يوجد ما يمنع عن التعبير عن القبول بصراحة ووضوح، ومن هنا ننتهي إلى الاكتفاء بتطبيق القاعدة العامة بأن الإرادة لا يعبر عنها بالسكوت، ومن الأنسب عدم تطبيق الحالات الإستثنائية التي نصت عليها التشريعات المدنية في دول الخليج، لصعوبة إعمال هذه القاعدة في البيئة الإلكترونية ولما قد تثيره من لبس، وبالتالي فإن السكوت الملابس لا يعد وسيلة للتعبير عن القبول في إطار المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت.

خاتمة الباب الثاني

تناولت الدراسةُ في هذا الباب بعد تحديد بيئة التفاوض الإلكتروني في الباب السابق، بدء ظهور الإرادة من خلال التعبير عنها، وحاولنا قدر الإمكان بيان القواعد التقليدية، وذلك للموازنة بينها وبين المستحدث في هذا السياق، والموازنة بين مدى إمكانية تطبيق تلك القواعد في مجال البيئة الإلكترونية وبين ضرورة تشريع قواعد جديدة، وقد ركزنا بعد كلّ عرض للقواعد على تشريعات دول مجلس التعاون سواء العامة، كالتشريعات المدنية أو تلك الخاصة التي تتعلق بالتشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، دون أن نكتفي بعرض النصوص فقط، وإنما لجأنا إلى التحليل والاستنتاج كلما وجد إلى ذلك سبيلا، ومن خلال خاتمة هذا الباب، يمكن أن ندرج أبرز وأهمّ النتائج التي توصلنا إليها وهي:

- البيئة الإلكترونية بيئة مليئة بالمخاطر مما ينعكس على التعاقد الإلكتروني، ولذلك كان الميل شديدًا نحو تشريع قواعد قانونية تنظم التعامل بهذه البيئة، وخاصة من حيث الوسيلة التي يتمّ بها التعاقد، مع إمكانية الرجوع إلى القواعد التقليدية فيما يخص المضمون.
- أجازت معظم تشريعات المعاملات والتجارة الإلكترونية التعبير عن الإرادة من خلال وسائط إلكترونية، مع وجود استثناءات وضعتها غالبية الدول وكان لمملكة البحرين وضع متميز بهذا الشأن.

- صعوبة تكييف الوضع القانوني للتعبير عن الإرادة بالشكل الإلكتروني من خلال وسيط إلكتروني، وانتهينا إلى أنه مجرد وسيلة تنقل إرادة المتعاقد ولا تتمتع بأي شخصية قانونية.
- لا يمكن اعتبار الإعلان في شبكة الإنترنت إلا دعوة للتفاوض، ولا يكون إيجابًا إلا بعد أن يظهر هذا الإيجاب في إطار التعامل مع أشخاص معينين يعبرون عن إرادتهم في مواجهة هذا الإعلان.
- يجب أن يشتمل الإيجاب الإلكتروني على العناصر الجوهرية للتعاقد، ووجدنا أن حلّ الإشكالية التي يثيرها تحديد العناصر الجوهرية باعتماد المعيار الموضوعي، أي أن تحديد العناصر الجوهرية لا يعتمد على رغبة الأشخاص في غياب الاتفاق أو البحث عن رغبتهم وفقًا للظروف الخاصة لهم، وإنما العناصر تحدد وفق معيار ثابت لا يتغير بتغير الأشخاص، فنقول مثلا إن الثمن عنصر جوهري وطبيعة العقد عنصر جوهري وما إلى ذلك، لأن هذا المعيار هو أكثر ملاءمة في مجال البيئة الإلكترونية.
- لا يمكن اعتبار الضغط على الزر الإلكتروني لوحده قبولًا، وإنما ينظر إلى التعاقد الإلكتروني بوصفه عملية قانونية متكاملة، تسبق الضغط على الزر الإلكتروني ظروف تعاقدية تثبت أن هذا الضغط جاء وليد عملية تحيطها التزامات مثل الالتزام بالتبصير والالتزام بالإعلام بالإضافة إلى الإجراءات اللاحقة والتي توفر الحماية للمستهلك، مثل الإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل أو تأكيد عملية الشراء عبر البريد الإلكتروني.
- تطبق القاعدة العامة في عدم اعتبار السكوت قبولًا في البيئة الإلكترونية من دون تفعيل أي استثناءات، لأن العنصر الفني والتقني في التعاقد الإلكتروني قد يترتب عليه حالة سكوت إجبارية بسبب العطل الفني قد تفهم بإنها تعبير عن القبول وتحمل القابل وهو غالبًا المستهلك التزامات قانونية هو بغنى عنها.

وبناءً على ذلك وما أوردناه في هذا الباب ندعو إلى مراجعة للتشريعات ذات الصلة بدول مجلس التعاون بما يواكب تطور البيئة الإلكترونية، وخاصة أنها بيئة متجددة لا يمكن أن تحاط بقواعد جامدة بل يجب أن يتمّ تطويرها بشكل مستمر، كما أن أي مسألة تتعلق بالعبير عن الإرادة تعكس خطورة على التعاقد الإلكتروني لا بُدّ أن يتمّ تنظيمها بنصوص صريحة تتلاءم مع هذا النوع من التعاقد، وذلك لتفادي تفاقم الإشكاليات المترتبة على تركها من دون تنظيم تشريعي.

الباب الثالث

إشكاليات ما بعد التعاقد

الباب الثالث

إشكاليات ما بعد التعاقد

يُثيرُ الحجمُ المتزايدُ للمعاملات التجارية الإلكترونية وتنوع مجالاتها وتوسع استخدام شبكة الإنترنت بين الأفراد، وتحوّل هذه الشبكة الإلكترونية إلى سوق تجاري عالمي انعكس على القواعد التي تطبق في مرحلة ما بعد إبرام العقد، مما ترتب عليه ظهور العديد من الإشكاليات[1]، فأصبح تنفيذ العقد بحاجة إلى تطويع القواعد العامة أو استحداث قواعد جديدة تتلاءم مع تنفيذ العقد المبرم في بيئة إلكترونية، كما أن العقد الإلكتروني يتميز بميزة أساسية وهي كونه عابرًا للحدود مما يجعل من بحث القانون الواجب التطبيق أمرًا مهمًا لتحديد القانون المختص عند قيام نزاع أو عند الحاجة إلى تفسيره، ولعل موضوع الإثبات هو واحد من أهمّ الموضوعات التي يثيرها التعاقد الإلكتروني وأكثرها دقة، لأن المحرر الذي ترد عليه القواعد التقليدية قد اختلف فبعد أن كنا نعتمد الورق بشكله المتعارف عليه منذ قديم الزمان ظهرت دعامات إلكترونية ترتب عليها ظهور المحرر الإلكتروني، ولبيان ذلك في ظل التطور التكنولوجي نتناول في فصل أول إشكالية تنفيذ العقد الإلكتروني والقانون الواجب التطبيق وفي الفصل الثاني إشكالية الإثبات الإلكتروني.

---

(1) UNECE–UN/CEFACT, **commerce sans papier, P6,** Disponible sur: https://cutt.us/HnsQ0, p. consultée: Avril 2020, voir aussi: Jean-Pierre Clavier et Alexandra Mendoza - Caminade, Droit Commerce Électronique Sites web, blockchains, Publicité digitale, contrat électroniques et données personnelles, Op.cit., p. 13.

الفصل الأول

إشكالية التنفيذ والقانون الواجب التطبيق

يُثيرُ التعاقدُ الإلكتروني إشكالية تنفيذ التزامات التعاقد بالنسبة إلى طرفيه، سواء الالتزامات الواقعة على البائع أو المشتري – كون عقد البيع أو العقد الأكثر شيوعًا في التعاقد عبر شبكة الإنترنت– فكيف وأين يتمّ تنفيذ الالتزام بالتسليم وهو الالتزام الرئيسي الواقع على البائع في العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، وكيف يقوم المشتري بالوفاء بثمن المبيع وماهي المشاكل التي يواجها الوفاء الإلكتروني، وفي حال قيام النزاع بين الأطراف ما هو القانون الواجب التطبيق وماهي الوسيلة التي يتمّ الاعتماد عليها في تحديده، سنحاول الإجابة عن جميع هذه التساؤلات في هذا الفصل.

الفصل الأول

إشكالية التنفيذ والقانون الواجب التطبيق

يعتبرُ عقد التجارة الإلكترونية من فئة العقود الملزمة لجانبين، بحيث يرتب التزامات متقابلة على أطرافه والالتزام بتسليم المبيع من قبل البائع والوفاء بالثمن من قبل المشتري من أهمّ الالتزامات التي تترتب على انعقاد العقد، والسؤال الذي يطرح نفسه: ما هو تأثير البيئة الرقمية على مرحلة تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد المبرم إلكترونيًا؟ وهل يمكن إعمال أحكام القانون الدولي على آلية تنفيذ هذه الالتزامات؟ كما أن العقد الإلكتروني عند إبرامه عبر شبكة الإنترنت يكون عابرًا للدول، مما يترتب عليه تنازع القوانين وتثور إشكالية القانون الواجب التطبيق، وهل يحدد هذا القانون بموجب القواعد التقليدية إذ إنها قابلة للتطويع أو لا بُدّ من قاعدة إسناد جديدة؟

نجيب في هذا الفصل عن هذه التساؤلات في مبحثين نتناول في المبحث الأول إشكالية تنفيذ العقد الإلكتروني وفي المبحث الثاني إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق.

المبحث الأول

إشكالية تنفيذ العقد

تعتبر مرحلة التنفيذ هي المرحلة التي يحصل فيها كلّ متعاقد على المقابل الذي قام في سبيله بإبرام العقد، وتظهر فيها بشكل جلي فاعلية القوة الملزمة للعقد حيث يجب على كلّ متعاقد تنفيذ ما ترتب عليه من التزامات، وبما أن العقد قد يتجاوز الحدود عبر شبكة الإنترنت فإن ذلك يجعل منه عقدًا دوليًا، وعليه نحاول بحث مدى ملاءمة القواعد الواردة في اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي لحل إشكاليات تنفيذ العقد المبرم الكترونيًا، ولنحدد مدى الحاجة إلى تطوير التشريعات القائمة حتى تتوافق مع آخر التطورات في هذا المجال ونبين فيما إذا كانت هذه التشريعات القائمة كافية لتحقيق الأمان عندما يتمّ التعاقد عبر وسائط إلكترونية.

وبناءً عليه سنركز في هذا المبحث على أهمّ إشكالية تبرز في هذا السياق وهي التي تتعلق بالالتزام بالتسليم والالتزام بدفع الثمن لنعالج أثر البيئة الإلكترونية على تنفيذ هذا النوع من الالتزامات، وذلك في مطلبين نتناول في الأول إشكالية تنفيذ الالتزام بالتسليم، وفي المطلب الثاني إشكالية الوفاء بالثمن.

المطلب الأول

إشكالية تنفيذ الالتزام بالتسليم

يعتبرُ التزام البائع بتسليم[1] محل العقد أو المبيع من أهمّ الالتزامات الواقعة عليه، وخاصة في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت التي يتمّ فيها الاتفاق على العقد من دون المعاينة الفعلية لمحل التعاقد كون الاتفاق يتمّ في فضاء إلكتروني، إذ يكون محل العقود الإلكترونية إمّا أشياء مادية تتمثل في السلع بمختلف أنواعها، وإمّا أشياء غير مادية تتثمل غالبًا في الخدمات التي تقدمها شبكة الإنترنت مثل البرامج الإلكترونية، وقد تكون استشارات تتم عبر الشبكة أو قطع موسيقية أو كتب يتمّ تحميلها على الشبكة، ولما كان هذا النوع من السلع يرتبط بالبيئة الإلكترونية ارتباطًا وثيقًا فلا يثير المشاكل التي يثيرها العقد الدولي عادة، فإن التركيز ينصب على السلع المادية التي يتمّ التعاقد بشأنها الكترونيًا إلا أن تسليمها يتمّ خارج فضاء الإنترنت، إذ إن التسليم في هذه الحالة يثير إشكالية في غاية الأهمية وهي الكيفية التي يتمّ بها التسليم، فاستنادًا إلى القواعد العامة يدخل العقد مرحلة التنفيذ ويرتب آثاره من وقت انعقاده متى ما استوفى الشروط المطلوبة لصحته، ويجب على أطرافه تنفيذ الالتزامات التي تم الاتفاق عليها، وهنا يظهر الاختلاف الجوهري بين العقد التقليدي والعقد الإلكتروني اختلافًا يتمثل في الوسيلة التي تم إبرام العقد من خلالها، وتظهر فكرة المكان بعد أن كان كلا طرفي العقد في التعاقد الإلكتروني في مجلس تعاقد مجتمع من حيث الزمان ومفترق تمامًا من حيث المكان (حتى وصف وكأنه مجلس غير حقيقي افتراضي)[2]، ولبلورة الفكرة علميًا نبدأ ببيان التسليم بصورته التقليدية وصولًا إلى وصفه الإلكتروني، ثم نتناول مكان التسليم وزمانه لننتقل إلى الإشكالية التي يثيرها التسليم، وذلك في الفروع الآتية:

---

(1) التسليم لغة: يقال سلّم الشيء لفلان أي خلصه، أي سالمًا خالصًا لا يشاركه فيه أحد، وفي حالة تسليم المبيع للمشتري يعني ذلك جعل المبيع سالمًا للمشتري خالصًا له لا ينازعه فيه غيره، ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص289.

(2) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، الأحكام القانونية للعقود الإلكترونية: دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، جامعة القاهرة – كلية الحقوق، 2014م، ص209.

الفرع الأول: مفهوم التسليم

التسليم وفقًا للقواعد العامة هو تخلي البائع عن حيازة محل البيع لصالح المشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع[1] بما يتوافق مع ما تم الاتفاق عليه وأحكام القانون[2] بحيث يتمكن من الانتفاع به على النحو المقصود من دون مواجهة أي عراقيل، وهو التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزامًا ببذل عناية[3].

تنص المادة (1582) من القانون المدني الفرنسي: (البيع هو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بتسليم شيء ويلتزم الآخر بدفع الثمن)[4].

وجاء في نصّ المادة (435) من القانون المدني المصري: (يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستولِ عليه استيلاءً ماديًا مادام البائع قد أعلمه بذلك).

وتنص المادة (379) من القانون المدني العماني على أنه: (يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجردا من كلّ حق آخر، ما لم يكن هناك اتفاق أو نصّ في القانون يقضي بغير ذلك)، وتنص المادة (394) من القانون المدني البحريني: (يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع...)[5].

---

(1) المادة (394) من القانون المدني البحريني إذ تنص على: (يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع وأن يسلمه الوثائق والمستندات المتعلقة به).

(2) جاء في حيثيات حكم لمحكمة التمييز البحرينية: (التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري من الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتقه ولو لم ينص عليه في العقد وهو واجب النفاذ فور تمام البيع ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ويتحقق هذا التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به، والتحقق من قيام البائع بتنفيذ هذا الالتزام من أمور الواقع التي تستقل بتقديره محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة التمييز ما دام استخلاصها له سائغا ولا يخالف الثابت بالأوراق...) محكمة التمييز – الأحكام المدنية– الطعن رقم (154) لسنة 2003م قضائية، بتاريخ 2004/03/15م مكتب فني 15، ص249، الحكم متاح على موقع قوانين الشرق: https://cutt.us/4epQu، آخر زيارة: نوفمبر 2020م.

(3) د. نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص98.

(4) (Article 1582) de code civil français: (La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer).

(5) تقابل هذه المادة، المادة (467) من القانون المدني الكويتي، والمادة (516) من القانون المدني الإماراتي، والمادة (433) من القانون المدني القطري، والمادة (456) من وثيقة الكويت – القانون المدني الموحد لدول مجلس التعاون.

وتنص المادة (30) من اتفاقية فيينا التي تنظم البيع الدولي على أنه: (يجب على البائع أن يسلم البضائع، والمستندات المتعلقة بها وأن ينقل ملكية البضائع على النحو الذ يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية)[1]، ويتبين من هذه النصوص أن الالتزام الجوهري الذي يقع على البائع هو التسليم، والسؤال الذي يطرح نفسه كيف يتمّ هذا التسليم؟ هذا ما نبينه تباعًا فيما يأتي:

أولًا: التسليم بالصورة التقليدية

التسليم وفقًا لنصوص اتفاقية فيينا لعام 1980م، يكون إمّا تسليمًا فعليًا بشكل مادي أو تسليمًا حكميًا، وسنحاول شرح ذلك بإيجاز على النحو الآتي:

1- التسليم المادي (الفعلي)

نصت المادة (31) من اتفاقية فينا على أنه: (إذا كان البائع غير ملزم بتسليم البضائع في أي مكان معيّن آخر، فإن التزامه بالتسليم يكون على النحو الآتي:

أ- تسليم البضائع إلى أول ناقل لإيصالها إلى المشتري، إذا تضمن عقد البيع نقل البضائع.

ب- في والحالات التي لا تندرج تحت الفقرة الفرعية السابقة، إذا كان العقد يتعلق ببضائع محددة أو بضائع معينة بالجنس ستسحب من مخزون محدد أو تصنع أو تنتج، وعرف الطرفان وقت إبرام العقد أن البضائع موجودة في مكان معيّن أو أنها ستصنع أو ستنتج في مكان معين يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في ذلك المكان.

ج- وفي الحالات الأخرى يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في المكان الذي كان يوجد فيه مكان عمل البائع وقت إبرام العقد)[2].

---

(1) Article (30): (Le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente Convention, à livrer les marchandises, à en transférer la propriété et, s'il y a lieu, à remettre les documents s'y rapportant.).

(2) Article (31): (Si le vendeur n'est pas tenu de livrer les marchandises en un autre lieu particulier, son obligation de livraison consiste:

a) Lorsque le contrat de vente implique un transport des marchandises, à remettre les marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur;

b) Lorsque, dans les cas non visés au précédent alinéa, le contrat porte sur un corps certain ou sur une chose de genre qui doit être prélevée sur une masse déterminée ou qui doit être fabriquée ou produite et lorsque, au moment de la conclusion du contrat, les parties savaient que les marchandises se trouvaient ou devaient être fabriquées ou produites en un 10 Convention des Nations Unies sur les contrats de vente=

ونص المُشرّع المصري في المادة (435) من القانون المدني، على أنه: (1- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به من دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعمله بذلك، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع 2- ويجوز أن يتمّ التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب أخر غير الملكية).

أمّا بالنسبة إلى المُشرّع البحريني فتنص المادة (399) من القانون المدني، على أنه: (يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاءً ماديا ما دام البائع قد أعلمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع، ويجوز أن يتمّ التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية)[1].

فالتسليم المادي يتحقق عندما يقوم البائع بوضع المبيع تحت تصرف المشتري في مكان مادي محدد مع تسليم كلّ المستندات المتعلقة بالمبيع أن وجدت، فعلى سبيل المثال إذا كانت السلعة عبارة عن ملابس يتمّ تسليمها يدًا بيد، وإذا كان المبيع عبارة عن سيارة، يتمّ ذلك بتسجيل السيارة باسم المشتري ونقل الملكية إليه مع جميع المستندات التي تثبت ذلك وتسليمه السيارة[2] وإذا كان محل التعاقد بيع عقار، على البائع أن يقوم باتباع إجراءات تسجيل العقار باسم المشتري ونقل الملكية إليه بعد أن يخلي العقار ويضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من الانتفاع به، وإخطاره بذلك بأي وسيلة اتصال ممكنة[3].

=internationale de marchandises lieu particulier, à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur en ce lieu;

c) Dans les autres cas, à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur au lieu où le vendeur avait son établissement au moment de la conclusion du contrat.).

(1) تقابل هذه المادة، المادة (472) من القانون المدني الكويتي والمادة (438) من القانون المدني القطري، والمادة (385) من القانون المدني العماني، والمادة (225) من القانون المدني الإماراتي.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق ص589.

(3) جاء في حيثيات حكم لمحكمة النقض المصرية: (...ذلك أن البيع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا ينقل إلى المشتري ملكية العقار المبيع إلا بالتسجيل، فإذا لم يسجل المشتري عقد شرائه بقي العقار على ملك البائع ويكون له ولورثته من بعده بيع العقار إلى مشتري آخر)، محكمة النقض- مدني- الطعن رقم (1228) لسنة 56 قضائية، بتاريخ 1990/02/15م مكتب فني 41، ج1، ص503.

أي يجب على البائع القيام بجميع التصرفات وجميع الإجراءات التي تمكن من وضع السلعة تحت تصرف وسيطرة المشتري، وهذا الالتزام يترتب على العقد تلقائيًا من دون الحاجة إلى النص عليه، وتختلف طبيعة الإجراءات باختلاف محل التعاقد[1].

والتسليم المادي المنتج لأثره يتكون من أمرين: الأمر الأول وضع المبيع تحت تصرف المشتري حتى يتمكن من الانتفاع به من دون عائق ولا يشترط في ذلك انتقال الحيازة فعلًا للمشتري بل يكفي أن تكون تحت تصرفه ويستطيع الانتفاع بها، فإذا حال أي أمر بينه وبين الانتفاع بالمبيع لا يعد ذلك تسليمًا.

أمَّا الأمر الثاني فهو أن يعلم المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه علمًا نافيًا للجهالة بأي وسيلة تواصل، كأن يكون اتصال هاتفي أو خطاب أو حتى مشافهة[2].

2- التسليم الحكمي

التسليم الحكمي هو التسليم الذي لا يتمّ بطريقة مادية بل بطريقة قانونية وهو الذي يتوقف تنفيذه على القيام بأعمال قانونية وليست أعمالًا مادية، وقد ينص القانون على هذا النوع من التسليم كأن يكون المشتري مرتهنًا للمبيع رهنًا حيازيًا، فإذا تم البيع يتسلم المبيع حكمًا كون العقار تحت حيازته من الأساس، أي أن يكون المبيع تحت سيطرة المشتري الفعلية عند انعقاد البيع ولا يحتاج إلى تسليم بل تبقى الحيازة ولكن باختلاف الصفة بمعنى أنه كان مرتهنًا ثم يصبح مالكًا أو مشتريًا.

وقد يتمّ التسليم حكميًا بموجب اتفاق كأن يتفق البائع مع المشتري على بقاء المبيع في حيازة البائع بموجب عقد جديد كالإيجار، أو الوديعة وفي هذه الحالة يكون المبيع لدى البائع على سبيل الأمانة فإذا هلك المبيع لا يكون مسؤولًا إلا إذا ثبت تقصيره ومسؤوليته في ذلك[3]. أو أن يكون التسليم اتفاقيًا، والتسليم الاتفاقي هو اتفاق يقع بين البائع والمشتري، بحيث يعتبر الأخير فيه متسلمًا

---

(1) محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص119 وما بعدها.

(2) د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص347 وما بعدها.

(3) هناك حالات معينة نصّ عليها القانون تعتبر بمثابة تسليم المبيع للمشتري ونذكر منها أن يكون المبيع أساسًا بحيازة المشتري قبل البيع مثل الإعارة والإيجار، إذا أوجبت بعض النصوص التشريعية اعتبار بعض الحالات تسليمًا للمبيع، مثل حالة هلاك المبيع قبل تسليمه بسبب المشتري المادة (406) من القانون المدني البحريني، وكذلك إذا أبقى البائع المبيع تحت يده بناء على طلب المشتري المادة (399) من ذات القانون.

للمبيع في حالة معينة، كأن يتفقا على أن يكون التسليم ودفع الثمن في مكان وزمان محددين، وإذا لم يحضر المشتري اعتبر متسلمًا للمبيع حكمًا[1].

ثانيًا: التسليم في العقود الإلكترونية

تتسم غالبية عقود التجارة الإلكترونية بالدولية، ففي هذه العقود يتمّ الاتفاق على أحكام التسليم بين أطراف التعاقد[2] وبناء عليه يتمّ إرسال المبيع إلى المشتري اعتمادًا على العنوان الذي حدده، ويتدخل هنا طرف ثالث في العملية الشرائية وهو الوسيط المكلف بعملية نقل البضائع[3]، ولتوضيح الصورة بشكل أكبر نفترض قيام شخص بالشراء من أحد المواقع التجارية الإلكترونية، كموقع Ubuy أو Iherb، ستظهر بعد إتمام عملية الشراء خيارات للمشتري بالنسبة إلى الوسيط الذي يقوم بعملية نقل المبيع، فهل تكون شركة الشحن التي يتعامل معها الموقع أو شركة أخرى؟ وكيف يتمّ الشحن من حيث تكاليفه وما إلى ذلك من تفاصيل تتعلق بالتسليم (ملحق 2)، وهذا يثير إشكالية من الناحية القانونية، وتظهر المعالجة على النحو الآتي:

فالوسيط هو شركات الشحن التي يتفق معها الموقع التجاري الإلكتروني لنقل البضائع الخاصة به، أو وكلاء للبائع في محل إقامة المشتري أو مكاتب خدمات البريد، وتجدر الإشارة إلى أن شركات الشحن هي الأكثر انتشارًا بسبب السرعة في التوصيل والخدمات التي تقدمها مثل خدمات التتبع أو الدفع عند الاستلام[4].

أما بالنسبة إلى نفقات التسليم فالأصل العام بالنسبة إلى عقود البيع بشكلها التقليدي فالقانون ينص على أن تكون جميع نفقات التسليم على البائع، فعلى سبيل المثال تنص المادة (403) من القانون المدني البحريني على أنه: (نفقات التسليم تكون على البائع ما لم يقض الاتفاق أو العرف

---

(1) تنص المادة (387) من القانون المدني العماني على: (إذا اتفق المتعاقدان على اعتبار المشتري متسلما للمبيع في حالة معينة أو نصّ القانون على اعتبار بعض الحالات تسليما اعتبر التسليم قد تم حكمًا).

(2) نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص100 وما بعدها.

(3) هناك شركات عالمية متخصصة بعمليات الشحن الجوي والبحري كلفتها تكون عالية مقارنة باستخدام الطرود البريدية ولكنها تتميز بالسرعة وإمكانية تتبع الشحنة عبر رقم الشحنة، التي يتكفل البائع بإرسال تفاصيلها في الرسالة الإلكترونية التي تؤكد أن الشحنة تم إرسالها وذكر التفاصيل الخاصة بذلك، وهذه الشركات مثل DHL و Aramex.

(4) خدمات الدفع عند التسلم هي خدمة تقدمها بعض المواقع التجارية الإلكترونية لمنح المشتري الثقة والأمان – وخاصة مع انتشار القرصنة الإلكترونية والمواقع الكاذبة – وبأنه يستطيع تأجيل عملية الدفع عند الاستلام المادي للبضاعة ويكون الوسيط في استلام المبلغ شركة الشحن التي أوصلت السلعة بموجب اتفاق بينها وبين البائع وتكون هناك رسوم بسيطة إضافية عند اختيار الدفع عند الاستلام وهو ما يطلق عليه: Cash on delivery واختصارًا .C.O.D

بغير ذلك)[1]، وعلى خلاف ذلك في العقود الإلكترونية فجميع مصاريف الشحن يتحملها المشتري ويتضمن ذلك الضرائب والرسوم الجمركية ومصاريف الشحن وأي رسوم أخرى، وتختلف هذه الرسوم باختلاف طبيعة السلعة والقوانين الجمركية في بلد كلا الطرفين[2].

وعلى البائع أن يوضح ذلك بشكل دقيق للمشتري حتى يكون على بينة من أمره، إذ توجد حالات تكون فيها التكاليف التي يجب على المشتري دفعها تفوق ثمن السلعة محل العقد، ففي حال قيام البائع بتحديد المبلغ النهائي يجب أن يشتمل هذا المبلغ على الرسوم كاملة سواء تلك التي يتمّ جبايتها وقت خروج السلعة من بلد البائع أو أثناء الطريق للمشتري أو في بلد المشتري وأية مبالغ إضافية أخرى، وذلك حتى يستطيع المشتري أن يتخذ قراره بالشراء على أساس واضح[3].

الفرع الثاني: تحديد مكان التسليم

مكان التسليم هو الموقع الذي يتمّ تحديده لتسليم المبيع فيه إلى المشتري، والأصل في تحديد مكان التسليم بالنسبة إلى اتفاقية فيينا هو أن تحدده إرادة المتعاقدين، فيكون تسليم البضاعة أو السلعة في المكان الذي تم التراضي عليه بين أطراف التعاقد والذي تم تحديده في العقد إعمالًا لمبدأ سلطان الإرادة، وفي حال غياب الإرادة بالنسبة إلى تحديد المكان وضعت الاتفاقية فروضًا لحالات التسليم، ولكن تثار الإشكالية بالنسبة إلى مكان التسليم في العقود الإلكترونية ذات الطابع الدولي، وهذا ما سنتناوله عبر طرح حلول اتفاقية فيينا وبحث مدى ملاءمتها مع العقود الإلكترونية.

أولاً: حالة اتفاق الأطراف على مكان التسليم

وفقًا لاتفاقية فيينا فإن الأصل في تحديد المكان يكون لأطراف التعاقد حيث يتمتعون بالحرية الكاملة في اختيار مكان التسليم، سواء بالرجوع إلى الأعراف المهنية التي غالبًا ما تضعها الجهات المختصة مثل غرفة التجارة، أو يتمّ ذلك بشكل مباشر بالاتفاق مع أطراف التعاقد واضعين بالاعتبار طبيعة المبيع ومسألة قابليته للتلف من عدمها[4].

---

(1) تقابل هذه المادة، المادة (419) من القانون المدني العماني، المادة (443) من القانون المدني القطري، المادة (410) من القانون المدني الكويتي.

(2) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص81.

(3) Yves Poullet, La Conclusion du Contrat Par Un Agent Electronique, Op.cit., p.145 et S.

(4) د. جودت هندي، التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980م، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد28، العدد الثاني، 2012م، ص 85 وما بعدها.

ثانيًا: حالات التسليم التي نصت عليها اتفاقية فيينا في حالة غياب إرادة الأطراف

فرقت المادة (31) من اتفاقية فيينا بين ثلاث حالات فيما يتعلق بمكان تسليم السلعة محل عقد البيع الدولي ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وهذا ما سنحاول بيانه تباعًا:

1- **تضمن عقد البيع الالتزام بنقل بضاعة (transport des marchandises)**: بهذه الحالة يكون البائع قد نفذ التزامه عند تسليم السلعة أو البضاعة للناقل الأول لإيصالها إلى المشتري، في المكان الواجب التسليم فيه سواء كان مطارا أو ميناءً[1].

2- **الحالة التي يكون فيها المبيع عبارة عن سلعة معينة بجنسها، ويكون أطراف التعاقد على علم بمكان تخزينها أو تصنيعها أو إنتاجها:** في هذه الفرضية ينفذ البائع الالتزام الواقع عليه من خلال وضع السلعة تحت تصرف المشتري في المكان المعلوم لديهم سواء كان مكان التخزين أو التصنيع أو الإنتاج، ويشترط في هذه الفرضية علم المتعاقدين بالمكان الذي توجد به البضاعة أو المخزن الذي ستنفذ أو تصنع فيه[2].

3- **فيما عدا الحالتين أعلاه، يجب على البائع أن يضع البضاعة تحت تصرف** المشتري في المكان الذي توجد فيه منشأته فإذا لم تكن له منشأة ففي مكان إقامته المعتاد وإذا تعدد المنشآت التابعة أو مكان إقامته يتمّ إعمال نصّ المادة (10) من اتفاقية فيينا للبيوع الدولية، التي تنص على أنه:

(في حكم هذه الاتفاقية: أ- إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان وعمل واحد، فيقصد بمكان العمل المكان الذي له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه، مع مراعاة الظروف التي يعلمها الطرفان أو التي كانا يتوقعانها قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، ب- إذا لم يكن لأحد الطرفين مكان عمل، وجب الأخذ بمكان إقامته المعتاد)[3].

---

(1) قد تتضمن رحلة تسليم السلعة محطات عديدة (بحرية أو برية أو جوية)، فعلى سبيل المثال قد تنقل البضاعة من ميناء مرسيليا إلى برشلونة بحرًا، ومن برشلونة إلى البحرين جوًا ومن البحرين إلى المملكة العربية السعودية برًا، فالبائع في هذه الفرضية الخاصة باتفاقية فيينا يلتزم بالتسليم إلى أول ناقل في ميناء مرسيليا وهو الميناء الذي تبتدئ منه رحلة توصيل البضاعة أو السلعة، ينظر: د. جودت هندي، التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980م، مرجع سابق، ص83 وما بعدها.

(2) أ.د طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، مرجع سابق، ص193.

(3) Article (10) Aux fins de la présente Convention: a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat; b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu).

ويقصد بمكان العمل المنشأ الدائمة، ولفهم المعنى المقصود بمنشأة دائمة في العقود الدولية وهي في الغالب تذكر في العقود الخاصة بالموضوعات الضريبية سنرى أن الاتفاقية عرفت المنشأة الدائمة كالآتي:

(المقر الثابت للعمل الذي يتمّ من خلاله مزاولة نشاط المشروع كليًا أو جزئيًا، تشمل عبارة "المنشأة الدائمة" بوجه خاص: مركز إدارة، فرع، مكتب، مصنع، ورشة، منجم أو محجر أو أي مكان آخر لاستخراج الموارد الطبيعية)، وتشمل عبارة "**المنشأة الدائمة**" أيضًا: (موقع بناء أو إنشاء، أو مشروع تجميع أو تركيب، أو أعمالًا إشرافية متعلقة بها، لكن بشرط أن يستمر مثل هذا الموقع أو المشروع أو تلك الأعمال مدة تزيد على ستة أشهر، توفير خدمات بما فيها الخدمات الاستشارية من قبل مشروع من خلال موظفين أو عاملين آخرين يوظفهم المشروع لهذا الغرض، بشرط أن تستمر الأعمال من هذا النوع (للمشروع نفسه، أو لمشروع مرتبط به) في الدولة لمدة أو مدد تزيد في مجموعها على ستة أشهر خلال أي مدة اثني عشر شهرًا)[1].

فالمنشأة هو المكان الذي يزاول فيه النشاط التجاري كالورش والمصانع والمناجم وغيرها من الأماكن التي وردت في التعريف، فعلى سبيل المثال لو قام تاجر مجوهرات بإبرام عقد مع تاجر آخر صاحب مناجم ألماس في بلجيكا عبر شبكة الإنترنت – بافتراض أن لكل منهما موقعًا إلكترونيًا خاصًا بالأنشطة التي يقومون بها – ومحل العقد تزويده بالألماس الخام ليصنع المجوهرات التي يبيعها في محله، يكون محل التسليم هو المنجم الذي يتمّ فيه نشاط استخراج الألماس.

إن العقود المبرمة إلكترونيًا التي تتعلق بهذا النوع من النشاط، وعلى وجه الخصوص العقود التي تتم بين محترفين، هي تلك العقود التي لها ثقل اقتصادي وترد على كميات كبيرة ويكون ثمنها مبالغ طائلة، وهذا النوع من العقود يختلف عن تلك العقود الإلكترونية العادية التي يتمّ إبرامها مع المستهلكين ويكون محلها سلع بسيطة، إذ يتمّ النقل بالاتفاق مع المشتري والوسيط الذي يمثل شركة الشحن بكل سهولة وغالبًا المشتري هو الذي يحدد مكان التسليم وفقًا للعنوان الذي يزود البائع به[2]، أمّا فرضية المنشأة بالمفهوم السابق لا يمكن تطبيقها على شبكة الإنترنت، حيث لا يمكن اعتبار أسماء وعناوين المواقع الإلكترونية التي تنتهي بـ (org, com) إشارة إلى عناوين حقيقية، فمن الأفضل في هذه الحالة أن يقوم تاجر المجوهرات بالاعتماد على معلومات من جهة موثوقة

---

(1) المجلس الاقتصادي والاجتماعي الوثائق الرسمية، 2013 الملحق رقم 25، تقرير عن الدورة التاسعة، متاح على موقع الأمم المتحدة: https://cutt.us/2c0OH، آخر زيارة: نوفمبر 2020م.

(2) ففي العقود الإلكترونية التي تتم بشكل فوري بين المستهلك والبائع يكون الخيار للمشتري أو المستهلك دائمًا فهو الذي يحدد البلد الذي يريد أن يرسل إليه البضاعة عن طريق ملء الخانة الخاصة بالعنوان الذي يريد أن يرسل السلعة إليه، ولا يفرق إذا كان هو سيستلم البضاعة شخصيًا أو تم إرسالها إلى شخص آخر في بلد آخر.

وألا يعتمد على المعلومات المتوافرة على الموقع الإلكتروني فقط، لأن عالم الإنترنت تسهل فيه الجرائم الإلكترونية ومن الممكن أن يكون الموقع بأكمله مزيفًا والقصد منه النصب والاحتيال من قبل قراصنة الإنترنت، وحتى لا يكون المتعاقد ضحية سهلة يجب عليه اللجوء إلى طرف ثالث يؤكد صحة المعلومات في الموقع ويكشف عن هوية صاحب النشاط التجاري، وأن يحصل على كافة المعلومات المهمة من هذا الطرف، ولا سبيل لذلك إلا باللجوء إلى جهات التصديق أو التوثيق الإلكتروني العامة[1]، التي يمكن الاعتماد عليها في تحديد جميع التفاصيل الخاصة بالنشاط التجاري والتفاصيل المتعلقة بمكان التسليم، وتكون هذه الجهات العامة تحت رقابة الدولة، وبالتالي يكون التعاقد قد تمَّ على أساس صحيح بعد التأكد من هوية صاحب المنجم والمعلومات الخاصة به وبالتالي يتمّ تحديد مكان التسليم على ضوء ذلك.

الفرع الثالث: زمان التسليم

تركت اتفاقية فيينا مسألة زمان التسليم لحرية أطراف التعاقد، وفي حال عدم اتفاقهم على ذلك نصت المادة (33) من الاتفاقية على أنه: يجب على البائع أن يسلم البضائع:

أ- **في التاريخ المحدد في العقد أو في التاريخ الذي يمكن تحديده بالرجوع إلى العقد[2]**: في هذا الفرض يكون تحديد الوقت بشكل صريح في بنود العقد، أمّا التاريخ الذي يمكن تحديده عند الرجوع إلى العقد فالمقصود من ذلك الحالات التي تتطلب فترة زمنية لجاهزيتها للتسليم، كأن يكون محل العقد سلعة مصنعة خصيصًا للمشتري فيتم التسليم عند الانتهاء من تصنيعها.

ب-**في أي وقت خلال المدة المحددة في العقد أو التي يمكن تحديدها بالرجوع إلى العقد، إلا إذا تبين من الظروف أن المشتري هو الذي يختار موعدًا للتسليم[3]**: في هذا الفرض يكون هناك فترة زمنية محددة للتسليم، وليس تاريخًا محددًا بذاته، كأن ينص على أنه يمكن التسليم في الفترة الزمنية من 1 أكتوبر إلى 30 نوفمبر، فأي تاريخ خلال هذه الفترة يمكن أن يكون زمنًا للتسليم.

---

(1) وهي جهات معينة من قبل سلطات عامة أو خاصة لغرض تأمين التعاملات الإلكترونية والتعامل بالتوقيع الإلكتروني، حيث تصدر شهادات التوثيق الإلكتروني وهذه الشهادات تتضمن معلومات كاملة عن هوية الموقع، وهذه الجهات دورها دور الوسيط المؤتمت بين الأشخاص الذين يعتمدوا على الوسائط الإلكترونية في إتمام تصرفاتهم القانونية، ينظر: د. أيمن أحمد الدلوع، التنظيم القانوني للتوثيق الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2016م، ص39.

(2) (…a) Si une date est fixée par le contrat ou déterminable par référence au contrat, à cette date…).

(3) (…b) Si une période de temps est fixée par le contrat ou déterminable par référence au contrat, à un moment quelconque au cours de cette période, à moins qu'il ne résulte des circonstances que c'est à l'acheteur de choisir une date…).

ج- **خلال مدة معقولة من انعقاد العقد، في جميع الأحوال الأخرى:** وفي هذا الفرض يختلف تقدير المدة المعقولة بحسب طبيعة المبيع والعرف التجاري، ويجب أن نضع بعين الاعتبار أن العقود الدولية لا يتمّ فيها التنفيذ الفوري كالعقود الداخلية، أمّا بالنسبة إلى العقود الدولية الإلكترونية فالأمر أكثر تعقيدًا ويعتمد على نوع البضاعة ووسيلة نقل البضاعة إن كانت جوية أو برية، وإن كان الشحن من النوع السريع (express) ولا من النوع العادي، فلكل نوع شحن النفقات الخاصة به ومن الصعب تحديد الوقت المعقول[1].

ولتحديد زمان التسليم أهمية كبيرة في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، لحماية مصالح أطراف التعاقد ولتدعيم روابط الثقة بينهم، بالإضافة إلى أن وضع زمن معين للتسليم يمكن من تحديد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن التأخير في التسليم، ولكن في العقود الإلكترونية هناك أمور تحكم عملية التسليم، مثل إجراءات الشحن وغيرها من الإجراءات المطلوبة لنقل البضاعة للمشتري، والالتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة، وعدم تحقيق هذه النتيجة يكفي لقيام المسؤولية وإثبات خطأ المدين به، ولا تنتفي المسؤولية بهذه الحالة إلا بإثبات السبب الأجنبي والمتمثل في القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ الدائن، وترى الباحثة بأنه يستحسن أن يتم الاتفاق مسبقًا على زمان التسليم اتفاقًا صريحًا وواضحًا ودقيقًا[2].

المطلب الثاني

إشكالية الوفاء بالثمن

يؤدي إبرام العقد بوسيلة إلكترونية إلى عدم إمكانية تطبيق بعض القواعد الخاصة بتنفيذ الالتزام بالوفاء بالثمن كما يتمّ تقليديًا، ويؤدي ذلك إلى ظهور وسائل جديدة تسهم في التنفيذ، ويطلق على هذه الوسيلة الجديدة الوفاء الإلكتروني وهذه الأخيرة تعد حلّا بجانبٍ إيجابي وآخر سلبي، فأما الإيجابي فيتمثل بأنها وسيلة سريعة وفعّالة لدفع الثمن وأمّا السلبي فإن هذه الوسيلة تحوفها المخاطر، ولبيان ذلك نطرح هذه الموضوع في ثلاثة فروع طبقًا لما يأتي:

الفرع الأول: انتفاء الحاجة إلى بعض القواعد التقليدية

في حالة عدم التزام البائع بتسليم المبيع بأي وجه من الوجوه، يجوز للمشتري أن يطلب الدفع بعدم التنفيذ، ويعرف الدفع بعدم التنفيذ بأنه: (حق كلّ متعاقد في عقد ملزم للجانبين في أن يمتنع

---

(1) (…c -Dans tous les autres cas, dans un délai raisonnable à partir de la conclusion du contrat).

(2) محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص124.

عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الملتزم الآخر بتنفيذ ما التزم به)[1]، أي أن يقوم متعاقد بوقف تنفيذ التزاماته حتى يقوم الآخر بذلك، ولتطبيق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ يجب أن يكون مصدر الالتزامات واحدًا، وأن يكون صاحب الدفع حسن النيّة وإنه لجأ إلى ذلك بسبب امتناع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه، وأن يكون مستعدًا لتنفيذ الالتزام الواقع عليه وأخيرًا ألا يكون متعسفًا في استخدام هذا الحق، وهذا الفرض غير متصور في العقود المبرمة شبكة الإنترنت، إذ إن القاعدة العامة هو أن يقوم المشتري بسداد ثمن المبيع وجميع ملحقات ذلك قبل أي إجراء آخر، فالمشتري يقوم بتنفيذ جميع التزاماته قبل تسليم المبيع لأسباب البيئة الإلكترونية ونفقات الشحن التي يتحملها المشتري بالإضافة إلى الرسوم الجمركية والضرائب، وعليه يجب أن تحدد أحكام عدم التسليم في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت للطبيعة الخاصة التي يتميز بها الالتزام الواقع على المشتري بتسديد كامل الثمن قبل تنفيذ البائع التزامه بفترة زمنية طويلة نوعًا ما.

إذن ينعكس في البيئة الإلكترونية تطور غير معهود يتمثل في تنظيم دقيق قد يؤدي إلى الاستغناء عن بعض القواعد، وذلك بالاستعاضة عنها بوسائل إلكترونية، وعدم إمكانية تطبيق هذه القاعدة أو تلك يستوجب التدقيق عقديًا في البدائل، فضلًا عن ذلك يجب أن يؤخذ ذلك بنظر الاعتبار عند تشريع أي قاعدة قانونية تعالج الوضع البيئة الإلكترونية، فالبيئة الإلكترونية لها خصوصية قد تكون أحيانًا عائقًا في تطبيق بعض القواعد القانونية كما مرَّ سابقا.

الفرع الثاني: ظهور الوفاء الإلكتروني

ينشأ في عقد البيع التزام بدفع الثمن، وهذا الالتزام هو المقابل لتسليم البضاعة أو تقديم الخدمة، ويعرف بأنه (المال الذي يلتزم المشتري بأدائه للبائع لقاء الحصول على المبيع)[2]، ويعد هذا الالتزام من الالتزامات الأساسية التي تفرض على المشتري في عقد البيع، ووفقًا للقواعد العامة يجب أن يدفع الثمن فورًا عند إبرام العقد ما لم يتفق على خلاف ذلك[3]، ولا تثير هذه المسألة في العالم المادي أية إشكالية، ولكن الأمر يختلف في التعاقد الإلكتروني حيث ظهرت إشكالية تتعلق

---

(1) جاء في حيثيات الحكم: (...نصت المادة (161) من القانون المشار إليه على أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به) ينظر: المحاكم الاقتصادية المصرية – الحكم رقم (228) لسنة 2010م قضائية، بتاريخ 2010/05/31م.

(2) د. أحمد السيد لبيب إبراهيم، الدفع بالنقود الإلكترونية الماهية والتنظيم القانوني: دراسة تحليلية ومقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م، ص33.

(3) تنص المادة (336) من القانون المدني البحريني: (يجب أن يتمّ الوفاء فورًا بمجرد ترتب الالتزام نهائيًا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نصّ بغير ذلك).

بكيفية تنفيذ المشتري التزامه بدفع الثمن، إذ يجب أن تتوافق وسيلة الدفع مع البيئة الإلكترونية التي تم فيها التعاقد، مما ترتب عليه تجدد قواعد الوفاء أو الدفع الإلكترونية، ولبيان ذلك نتعرض لظهور الوفاء الإلكتروني كبديل للوفاء التقليدي ثم وسائله وإشكالياته في الفقرات الآتية:

أولًا: ظهور الوفاء الإلكتروني

ظهور الوفاء الإلكتروني يمثل طفرة بالنسبة إلى وسائل الدفع، وستتطرق الدراسة إلى تعريف الوفاء الإلكتروني ومن ثم ننتقل إلى بيان خصائصه على النحو الآتي:

1- التعريف بالوفاء الإلكتروني

البيئة الإلكترونية لا تعترف إلا بالبيانات الرقمية أو الإلكترونية، ومن غير المتصور استخدام طرق الدفع التقليدية المعتمدة على النقد الورقي أو المعدني في العقود الإلكترونية كونها عقودًا تتم عن بعد من دون تركيز مكاني أو تقييد ببقعة جغرافية معينة، بل عبر شبكة اتصال عالمية، وباتت الحاجة ملحة إلى استحداث وسائل جديدة للدفع تتناسب والطبيعة الخاصة لهذه البيئة[1]، ويمكننا أن نعرف مفهوم نظم الدفع (Payment System) بأنها: (مجموعة الإجراءات والقواعد والإدارات التي تربط المتعاملين في نظام المدفوعات سواء بالاعتماد على النظام الآلي أو النظام اليدوي على أن يكون هناك توافر كامل للسرية والضمانات الكافية لإجراء تلك العمليات)[2].

تناولت بعض التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية الوفاء الإلكتروني من خلال تعريفه إذ تنص المادة رقم (28) من قانون المعاملات الكويتي على: (يعتبر تحويل النقود بوسائل إلكترونية وسيلة مقبولة لإجراء الدفع ولا يؤثر هذا القانون بأي صورة كانت على حقوق الغير المقررة بمقتضى القوانين أو أية اتفاقات أخرى)، أمّا قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي فقد ورد فيه بأنه: (قبول الرسوم أو أية مدفوعات أخرى في شكل إلكتروني)، أمّا المُشرّع الأردني فقد جاء في قانون المعاملات الإلكترونية بأنه (يعتبر تحويل الأموال بوسائل إلكترونية وسيلة مقبولة لإجراء الدفع).

ويتضح مما سبق أن الوفاء الإلكتروني هو أداء ثمن البضاعة أو الخدمة التي تم التعاقد عليها بوسيلة إلكترونية، ويكون هذا الدفع ملائمًا والبيئة الإلكترونية التي تم فيها إبرام العقد.

---

(1) Marine Naimi Charbonnier, La formation et l'exécution du contrat électronique, Thèse de Doctorat, Université Panthéon - Assas, Paris II,2003, p. 177 et S.

(2) Marine Naimi Charbonnier, La formation et l'exécution du contrat électronique, Op.cit., p. 173.

2- خصائص الوفاء الإلكتروني

تظهر هذه الخصائص فيما يأتي:

1- الوفاء الإلكتروني يمثل قيمة نقدية، ويتشابه في ذلك مع النقود ويؤدي ذات الوظيفة التي تؤديها النقود التقليدية، فهي عملية مؤقتة يتمّ فيها تحويل النقود من طبيعتها المادية إلى طبيعة رقمية عن طريق إجراءات معينة، وبعد انتهاء عملية الدفع ترجع إلى حالتها الطبيعية[1].

2- الوفاء الإلكتروني يتميز بأنه يتمّ عن بعد بوسائل إلكترونية، عن طريق إعطاء أوامر للدفع ويكون ذلك بحسب وسيلة الدفع المستخدمة، ويعتبر الوفاء الإلكتروني وسيلة للوفاء بالثمن، ولكن يشترط أن تكون هذه الوسائل مقبولة عالميًا أو لدى المتعاقد الآخر[2].

3- يتميز الوفاء الإلكتروني بطبيعة دولية، حتى يتناسب ومضمون عالمية شبكة الإنترنت وانفتاحها على جميع الدول لاغية أي حدود جغرافية[3].

4- خاصية السرعة في الوفاء الإلكتروني توفر الراحة لمن يتعامل به إذا ما قورن بوسائل الدفع التقليدية مثل النقد أو الشيكات، فالنقد يحتاج إلى أن يتمّ عده والتأكد من القيمة المدفوعة وإرجاع الباقي إن وجد، والشيكات كذلك تتطلب إجراءات مثل وجود دفتر الشيكات وصلاحيته وإملاء البيانات أمّا الدفع الإلكتروني فيتم بسرعة خاصة إذا كانت البيانات محفوظة مسبقًا[4].

5- يتميز الوفاء الإلكتروني بالتنوع، وكلّ يوم تظهر لنا صورة جديدة من صور الوفاء أو الدفع الإلكتروني، مما يتيح للمتعامل بها اختيار ما يناسبه منها، ويتضح ذلك جليًا عن التسوق عبر المواقع الإلكترونية، إذ تظهر خيارات متعددة للشخص ولا تفرض عليه وسيلة معينة بل يتمتع بكامل الحرية بالاختيار[5].

---

(1) د. حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص436.

(2) ضاري تمران طلاق الشمري، الجوانب القانونية لتنفيذ وإثبات العقد الإلكتروني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الرابع، السنة الخامسة العدد التسلسلي 20، ديسمبر 2017م، ص84.

(3) محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص127.

(4) Nadia Piffaretti, Monnaie Electronique, Monnaie et Intermédiation Bancaire, Thèse présentée à la Faculté des sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg (Suisse) par Nadia Piffaretti pour l'obtention du grade de docteur ès sciences économiques et sociales, FRIBOURG 2000, p. 182.

(5) منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص54.

بعد بيان مفهوم الوفاء الإلكتروني وخصائصه ننتقل إلى صور الوفاء الإلكتروني.

3- صور الوفاء الإلكتروني

يمتلك المتعاقد عبر شبكة الإنترنت خيارات للوفاء بصور متعددة، ويستطيع أن يختار منها ما يناسبه، ومن أهمها الآتي:

أ- التحويل البنكي

تصلح عملية التحويل البنكي للتعاقد التقليدي والإلكتروني، وتكون بواسطة البنوك، ويتم التحويل من حساب المشتري إلى حساب البائع، مقابل رسوم يفرضها البنك الذي يقوم بهذه العملية[1]، وتتم عملية التحويل بين متعاقدين في دولتين مختلفتين بشكل آمن، إذ يقوم المشتري بإصدار أمر الدفع إلى البنك الذي يتعامل معه، وليقوم البند بدوره لتحويل النقود لبنك البائع، ويشترط توافر رقم التعريف الدولي بحساب كلّ منهما وهو ما يطلق عليه (IBAN)[2].

ب- الشيك الإلكتروني

الشيك الإلكتروني وسيلة وفاء تم تطويرها لمواكبة التقدم الإلكتروني، وهي تتم بين طرفين – غالبًا البائع والمشتري – بالإضافة إلى الوسيط وهو البنك، ولا يختلف الشيك الإلكتروني عن وظيفة الشيك التقليدي، عدا إنه يتمّ عبر شبكة الإنترنت، ويقوم الوسيط بعملية نقل المبلغ وخصمه من حساب العميل إلى الشخص الذي يوجب له السداد[3].

ج- البطاقات البنكية

تعد البطاقات البنكية من أكثر وسائل الوفاء استخدامًا في التعامل الإلكتروني، للمميزات التي تتمتع بها، فهي سهلة الاستعمال ووسيلة سريعة في الدفع تتناسب وطبيعة التعامل الإلكتروني، بالإضافة إلى أنها وسيلة منتشرة عالميًا وأسلوب استخدامها موحد، وهي مرتبطة بحسابات بنكية للعملاء حاملي البطاقة البنكية وتمكنهم من سداد ثمن ما يقومون بشرائه سواء بالأسواق التقليدية

---

(1) Abdoulaye Hammadou, Étude comparative des moyens de paiement, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales En vue de l'obtention du grade de maître ès (M.sc.) en informatique, Département d'Informatique et de Recherche Opérationnelle Faculté des arts et sciences, Avril 2015, p. 19.

(2) AIBAN: international Bank account number.

(3) د. أحمد عبد العليم العجمي، نظم الدفع الإلكترونية وانعكاساتها على سلطات البنك المركزي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص73.

أو الإلكترونية، مقابل عمولة تدفع للبنك الذي يملكون حسابا فيه، ومن أمثلة هذه البطاقات، بطاقة الخصم (debit card) وبطاقات الائتمان (credit card) [1].

د- النقود الإلكترونية

تعددت المسميات لهذه الوسيلة ما بين "عملة رقمية" و "نقود رقمية" و "أموال افتراضية"، وإن اختلفت المسميات فالمضمون واحد، وقد عرفها وعرف البنك المركز الأوروبي بأنها: (مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية حديثة يستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات، من دون الحاجة إلى وجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة وتستخدم كأداة محمولة مدفوعة مقدمًا)[2].

أمّا التوجيه الأوروبي رقم (2000/46) الخاص بممارسة نشاطات مؤسسات النقود الإلكترونية في المادة (13) بأنها: (ب- "النقود الإلكترونية": قيمة وهي:

1- مخزنة على وسيط إلكتروني.
2- تمثل إيداعًا ماليًا بحيث لا تكون قيمتها أقل من القيمة المودعة.
3- مقبولة كوسيلة للدفع من قبل شركات المالية...)[3].

وعرَّف البنك المركز الأوروبي النقود الإلكترونية بأنها: (مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية حديثة يستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات، من دون الحاجة إلى وجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة وتستخدم كأداة محمولة مدفوعة مقدمًا)[4].

وتنص المادة (39) من قانون نظم المدفوعات الوطنية العماني على: (يقصد بالنقود الإلكترونية - في تطبيق أحكام هذا القانون - قيمة نقدية مقومة بالريال العماني مستحقة على

---

(1) د. سميحة القيلوبي، وسائل الدفع الحديثة، بحث مقدم ضمن أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2000م، ص59.

(2) **European Central Bank, 1998, Report on Electronic Money, Frankfurt** am Main, **August**, First Virtual, 1999, https://2u.pw/qRZr9, P. consultée: Novembre 2020.

(3) (Article 3/b): (...b- "monnaie électronique": une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur, qui est: i) stockée sur un support électronique;
ii) émise contre la remise de fonds d'un montant dont la valeur n'est pas inférieure à la valeur monétaire émise; iii) acceptée comme moyen de paiement par des entreprises autres que l'émetteur...), Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, disponible sur: https://2u.pw/omebO, p. consultée: Novembre 2020.

(4) **European Central Bank, 1998, Report on Electronic Money, Frankfurt** am Main, **August**, First Virtual, 1999, disponible sur: https://2u.pw/qRZr9, p. consultée: Novembre 2020.

المرخص له بإصدارها، وتكون مخزونة إلكترونيا، ومقبولة كوسيلة دفع من قبل شخص آخر بالإضافة إلى المرخص له بإصدارها وتحدد اللائحة الأحكام المتعلقة بالنقود الإلكترونية بما في ذلك تحديد الحد الأقصى لقيمة النقود الإلكترونية التي يسمح بالتعامل بها وتسويتها، وحدود إشراف ورقابة البنك المركزي).

وتعتبر النقود الإلكترونية من الوسائل الحديثة للتعامل التجاري عبر شبكة الإنترنت، وهي تماثل النقود بشكلها التقليدي في جميع خصائصها ولكن في شكل إلكتروني وليس ورقي أو معدني وبذلك ممكن اعتبارها المكافئ الإلكتروني للنقود التقليدية، وهي عبارة عن وحدات إلكترونية مخزنة على بطاقة بلاستيكية ممغنطة، ويمكن استخدامها على شبكة الإنترنت في التعاملات المالية والتجارية، وأهم ما يميزها بأنها غير مرتبطة بحساب بنكي وتنتهي فاعليتها بانتهاء القيمة النقدية المخزنة إلى أن يتمّ إعادة تعبئتها[1].

وبعد عرض مفهوم الالتزام بالوفاء وصوره ننتقل إلى الإشكالية التي يثيرها الوفاء الإلكتروني في الفرع الثالث.

الفرع الثالث: خطر الوفاء الإلكتروني

الإشكالية الأساسية بالنسبة إلى الوفاء الإلكتروني على الرغم من المميزات التي يتمتع بها تتمثل في المخاطر التي يواجهها مستخدمو هذه الوسيلة، فبيئة الإنترنت أرض خصبة للجرائم الإلكترونية وخاصة لمن يتمتع بالمهارات الفنية والتقنية اللازمة لذلك، ويمكن تقسيم هذه المخاطر إلى مجموعات.

أولاً: الجرائم الإلكترونية المرتبطة بالوفاء الإلكتروني

تتميز نسبة الجرائم الإلكترونية المرتبطة بوسائل الوفاء الإلكتروني بأنها في ازدياد مستمر، فقد يقوم البعض ممن يمتلكون الخبرة والمهارات التقنية باستغلال أنظمة الدفع الإلكترونية التي لا تتمتع بدرجة الحماية الكافية واختراقها لغرض استخدامها بأوجه غير مشروعة مثل القيام بتحويلات مالية إلكترونية لصالح أنشطة إجرامية مثل غسيل الأموال أو التهرب الضريبي أو القيام بسرقة النقود الإلكترونية من خلال الدخول غير المشروع لأنظمة الحساب الشخصي المحفوظة على

---

(1) نهى خالد عيسى الموسوي وإسراء خضير مظلوم الشمري، النظام القانوني للنقود الإلكترونية، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، العراق، المجلد22، العدد الثاني، 2014م، ص267.

الحاسوب والقيام بفك التشفير والحصول على كل المعلومات المتعلقة بوسيلة الدفع واستخدامها دون علم صاحبها[1].

ثانيًا: المخاطر الفنية والتقنية

تتمثل المخاطر الفنية بأن التطور السريع في مجال المعلوماتية ممكن أن ينتج عنه مخاطر تتعلق بعدم ملاءمة الأنظمة الإلكترونية لآخر التطورات في هذا المجال، وخاصة بالنسبة إلى الدول النامية التي لا تمتلك الإمكانيات والقدرات المالية والفنية لمواكبة أحدث ما يتمّ التوصل إليه في هذا المجال مما يترتب عدم كفاءة وسائل الوفاء الإلكتروني التي تستخدمها مقارنة مع الوسائل الحديثة المتطورة[2].

ثالثًا: المخاطر القانونية بالنسبة إلى النقود الإلكترونية

استنادًا إلى حداثة موضوع النقود الإلكترونية وعدم وجود تنظيم قانوني واضح يعالج المسائل المتعلقة بها، وبالتالي فإن التزامات وحقوق أطراف المعاملات النقدية ستكون غير واضحة لأنها غير مستندة على تشريع واضح، مما ينعكس على مستخدميها وعلى المؤسسات التي تصدرها، فمن الوارد أن تقع الأخيرة في مخاطر قانونية بظل غياب التنظيم القانوني لها، وقد اختلفت التوجهات بالنسبة إلى الجهة التي تصدر هذه النقود، فبعض الدول أسندتها إلى مصارفها الرسمية[3] حتى تتمكن من فرض الرقابة عليها، وقد يصرح لجهات غير رسمية بإصدار هذه النقود[4].

تحليل واستنتاج

يتبين للباحثة من خلال استعراض المفاهيم الجديدة التي تتعلق بالتنفيذ الإلكتروني وما تم وضعه من قواعد أن إشكالية هذا التنفيذ مازالت قائمة ومصدرًا لخطر قد يتعرض له المتعاملون من خلال شبكة الإنترنت، إذ ثمة قصور قانوني لمواجهة التطور الملحوظ في مجال الوفاء الإلكتروني، وتوجد حاجة ملحة إلى التنسيق والتعاون على مستوى خليجي وعلى مستوى دولي كذلك، عن طريق توحيد الأنظمة المتعلقة بالدفع الإلكتروني حتى لا يكون هناك تفاوت بين الدول

---

(1) د. أيمن عبد الله فكري، الجرائم المعلوماتية: دراسة مقارنة في التشريعات العربية والأجنبية، مرجع سابق، ص125.

(2) د. أحمد عبد العليم العجمي، نظم الدفع الإلكترونية وانعكاساتها على سلطات البنك المركزي، مرجع سابق، ص133 وما بعدها.

(3) تنص المادة (40) من قانون نظم المدفوعات الوطنية العماني على أنه: (لا يجوز إصدار النقود الإلكترونية إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من البنك المركزي وفق الشروط والإجراءات التي تحددها اللائحة).

(4) Michel Aglietta, Laurence Scialom, Les risques de la monnaie électronique, 2002, disponible sur: abo.alternatives-economiques.fr, p. 82 à 95.

في هذا المجال بالإضافة إلى تحقيق الحماية القانونية المطلوبة في المعاملات التي تتم في بيئة إلكترونية مليئة بالمخاطر، وخاصة أنظمة النقود الإلكترونية، ذلك إلى جانب ضرورة استيعاب آخر التطورات بهذا المجال، وإذا تم إسناد أمر إصدار النقود الإلكترونية إلى البنوك فيجب أن تمنح الأخيرة التراخيص اللازمة لتقديم خدماتها عبر شبكة الإنترنت وذلك لتوفير الحماية للعميل وللبنك.

المبحث الثاني

إشكالية القانون الواجب التطبيق

ينعدم وجود منطقة جغرافية محددة لفضاء الإنترنت ولا جنسية محددة للمتعاملين من خلال هذه الشبكة، فالصفة العالمية هي ما يميزها، وبناء عليه صنفت العقود الإلكترونية على أنها غالبًا عقودًا دولية، وهذا ما يظهر من خلال الخصائص التي تتمتع بها العقود الإلكترونية التي سبق بيانها[1]، إن نسبة العقود التي تبرم بإقليم الدولة وتتم جميع مراحله فيها نسبة قليلة لا تقارن بالعقود التي تتم بين أفراد من دول مختلفة[2]، إذ إن الميزة التي جذبت الأفراد لإبرام العقود الإلكترونية هو إمكانية التسوق من أسواق عالمية بكل يسر وسهولة ودون عناء، وهذه الخاصية الدولية هي أساس الإشكالية التي نتناولها في هذا الموضع من الدراسة[3].

ولعلّ من المناسب ابتداء أن نعرض تعريف العقد الدولي، فهو: (ذلك العقد المرتبط بأكثر من نظام قانوني لدول مختلفة والهدف منه الربح أو نقل الخدمات عبر الحدود لتحقيق مصالح تجارية دولية)[4].

وتمَّ تعريفه كذلك بأنه: (العقد الدولي هو ذلك العقد الذي يتضمن عنصرًا أجنبيًا، ومتصلًا بأكثر من نظام قانوني أجنبي بشكل واضح، ويمكن أن يكون هذا العنصر الأجنبي موطنًا في الخارج لأحد أطراف التعاقد أو جنسيته أو مكان إبرام العقد والعديد من الاحتمالات الأخرى)[5].

---

(1) مشار إليه في الصفحة (31) من الفصل التمهيدي من الدراسة.

(2) في حال عقد التجارة الإلكترونية كان عقدًا داخليًا أو وطنيًا لا يحتوي على عنصر أجنبي لا تثور أي إشكالية بالنسبة إليه، إذ إن قانون القاضي هو القانون الواجب التطبيق أمام المحاكم الوطنية.

(3) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص36 وما بعدها.

(4) أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2017م، ص24.

(5) Le contrat international: (Est un contrat qui présente un élément d'extranéité, c'est-à-dire que le contrat est en contact avec un ou plusieurs ordre(s) juridique(s) étranger(s), Concrètement, l'élément d'extranéité peut être le domicile à l'étranger d'une des parties au contrat, sa nationalité, le lieu de conclusion du contrat, et plein d'autres=

ويثار التساؤل بشأن القانون الواجب التطبيق في حال قيام نزاع بين أطراف العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، فإشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق، تعد من أهمّ الإشكاليات التي يثيرها إبرام العقود عبر شبكة الإنترنت، ففكرة دولية الشبكة وميزة توجيه الإيجاب إلى كلّ المشتركين في شبكة الإنترنت يترتب عليه الارتباط بأكثر من قانون، فعلى سبيل المثال قد يقرر شخص من البحرين إرسال هدية إلى قريب له في دولة الكويت وبسبب ضيق الوقت يقرر شراءها عبر المتاجر الإلكترونية ويقع اختياره على أحد المواقع الامريكية المشهور ويتم ذلك بكل يسر وسهولة من خلال شبكة الإنترنت وقد لا يستغرق الأمر أكثر من نصف ساعة، ولكن يترتب على ذلك، أن يكون المتعاقد من البحرين، والإيجاب قد صدر عن الولايات المتحدة الأمريكية والتنفيذ سيكون في بلد المرسل إليه وهي دولة الكويت، ومن المحتمل أن تكون السلعة من بلد آخر ولكن تعرض، على سبيل المثال، على موقع أمريكي، وما بين جميع هذه الدول أي قانون يجب أن يطبق على العقد؟ فعقد التجارة يبرم من خلال شبكة مفتوحة يتضمن دائمًا عنصرًا أجنبيًا، سواء من حيث المتعاقدين أو من حيث محل التعاقد، أو مكان تنفيذه، ويترتب على ذلك إشكالية تنازع أكثر من قانون على العلاقة العقدية[1].

وهذه الإشكالية أثارت مخاوف المتعاملين مع هذه الشبكة العالمية على الرغم مما تتمتع به من مميزات، وخاصة من قبل أصحاب المواقع الإلكترونية والشركات التجارية، إذ إن مسألة عدم وضوح القانون الواجب التطبيق سيثير العديد من الإشكاليات في حال قيام خلاف بشأن عقد مبرم عبر الشبكة الدولية، مما يجعل فكرة الشعور بعدم الأمان والاستقرار مسيطرة على المتعاملين من خلال هذه الشبكة[2].

وعليه تطرح الدراسة معالجة لهذه الإشكالية من خلال بحثها في مطلبين، نتناول في الأول قاعدة الإسناد الاتفاقية في مواجهة العقد الإلكتروني، أمّا في الثاني فنعرج نحو قاعدة الإسناد القانونية في مواجهة العقد الإلكتروني.

=possibilités encore), Les contrats commerciaux internationaux: problématique du 21ème Siècle, sur le site d'internet: https://2u.pw/Hv8BF, p. consultée: Novembre 2020.

(1) Nicolas Brault, Le droit applicable à Internet De l'abîme aux sommets, Victoires éditions, 1996, p. 15.

(2) إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، القاهرة، 2006م، ص145.

المطلب الأول

قاعدة الإسناد الاتفاقية في مواجهة العقد الإلكتروني

تعتبر من نافلة القول إن قاعدة الإسناد الاتفاقية بوصفها قاعدة تقليدية لم يتمّ وضعها على أساس عقد إلكتروني موصوف بأنه عابر للحدود من خلال شبكة الإنترنت، ومن ثم فإن السؤال يثور: هل يمكن تطويع هذه القاعدة لكي تطبق في مجال البيئة الإلكترونية من دون حاجة إلى قواعد جديدة؟ أي أن تطبيق هذه القاعدة ممكن في هذه البيئة لأنها وضعت أساسًا لمعالجة إشكالية الطابع الدولي للعقود أو أن هذا التطويع أمر لا يؤدي إلى حلّ مناسب بالنسبة إلى العقود الدولية المبرمة عبر شبكة الإنترنت ومن ثمَّ فإن الحاجة إلى تقعيد جديد هو أمر لازم بحكم وجود العنصر الإلكتروني متمثلًا في شبكة الإنترنت؟ ولعل هذا السؤال يزداد أهمية في نطاق القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية في دول مجلس التعاون.

إن معظم الدول تتبع منهجًا ثنائيًا في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، حيث يفرقون بين حالتين، الحالة الأولى هي وجود اتفاق سابق ينظم هذه المسألة بين أطراف التعاقد، والحالة الثانية هي حالة غياب هذا النوع من الاتفاق[1]، ونتعرض لذلك بحسب منهج القواعد التقليدية لنجيب على ما طرحناه من تساؤل، في فرعين نعرض في الأول هذه القاعدة ثم نبين مدى انعكاس الإشكالية الإلكترونية عليها ثانياً، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: ماهية قاعدة الإسناد الاتفاقية

تعرّف الدراسة بهذه القاعدة ثم تبين مدى نسبتها على النحو الآتي:

أولًا: التعريف بالقاعدة الاتفاقية

يحكم العقد عادةً مبدأ حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الطرفين المتعاقدين[2]، سواء كان ذلك بشكل صريح أو ضمنيًا[3] عن طريق استخلاص نية المتعاقدين من

---

(1) La concession de service public «à la française» confrontée au droit Dans Revue internationale de droit économique, De Boeck Supérieur, 2004, p. 395 et S.

(2) C'est l'arrêt American Trading Co du 5 décembre 1910 qui a permis aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat) La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée) Cass, 5 déc, 1910, American trading company, S, 1911, 1, 129, note Lyon-Caen.

(3) تنص المادة (4) من مبادئ لاهاي لعام 2015م، المعنونة بـ "الاختيار الصريح والضمني" على أنه: (يجب النصُّ صراحة على القانون المختار وأيّ تعديل في هذا الاختيار أو أن يكون هذا الاختيار وأيُّ تعديل فيه ظاهرين=

ظروف العقد وملابساته ويترك ذلك لتقدير قاضي الموضوع[1]، ويطلق على ذلك في فقه القانون الدولي الخاص بالإسناد الشخصي[2] الناتج عن إعمال "مبدأ سلطان الإرادة" أو "قانون الإرادة"[3]، وقد كرّست أغلب التشريعات هذا المبدأ بالنسبة إلى العقود الدولية حيث يعد المنهج الأساسي في حلّ النزاعات وأن تعذر تطبيقه يتمّ إعمال قانون دولة القاضي المطروح عليه النزاع أو أي قانون آخر بالاعتماد على معايير معينة[4].

حيث تنص المادة (2) من مبادئ لاهاي والمتعلقة بحرية الاختيار على أنه: (1- يخضع العقد لأحكام القانون الذي تختاره الأطراف2- من حقِّ الأطراف أن تختار ما يأتي: (أ) القانون المنطبق على العقد برمَّته أو على جزء منه فحسب...).

أمّا اتفاقية روما لعام 1980م بشأن القانون الواجب التطبيق فقد جاء في نصّ المادة (1/3): (يخضع العقد للقانون الذي اختاره الطرفان، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو ناتجًا بشكل مؤكد من أحكام العقد أو من ظروف التعاقد، ومن خلال هذا الاختيار يستطيع أطراف التعاقد تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد بمجمله أو جزء منه فقط)[5].

وتنصّ الفقرة الأولى من المادة (19) من القانون المدني المصري: (1- يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا موطنًا سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانونًا آخر هو الذي يُراد تطبيقه. 2- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار).

=بوضوح من خلال أحكام العقد أو ملابسات الحالة، إمّا اتفاق الأطراف على جعل محكمة، وإمّا هيئة تحكيم ما مختصَّة بالفصل في المنازعات الناشئة في إطار العقد المبرم بينها، فلا يكون في حدِّ ذاته إجراء معادلًا لاختيار القانون المنطبق).

(1) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995م، ص575 وما بعدها، راجع كذلك:

(2) في حالة الإسناد الشخصي يقوم طرفي/ أطراف التعاقد بتعيين واختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة شخصية.

(3) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص170.

(4) أ.د طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، مرجع سابق، ص180 وما بعدها.

(5) Liberté de choix (1-19) Le contrat est régi par la loi choisie par les parties, Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause, Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat...).

أمّا الفقرة الأولى من المادة (20) من القانون المدني العماني، على أنه: (1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك).

وتنص المادة (7) من قانون المرافعات البحريني على أنه: (فيما عدا ما ورد النص عليه في قانون المرافعات المدنية والتجارية، يعين بقانون خاص القانون الواجب التطبيق على المسائل التي تتضمن عنصرًا أجنبيًا وتتنازع في القوانين)[1].

وتنص المادة (4) من قانون تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي البحريني على أنه: (يجوز للأطراف الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق أو اختيار قانون التجارة الدولية وأعرافها)[2].

وتنص الفقرة الأولى من المادة (19) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: (1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك).

أمّا قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، فينص في المادة (59) منه على أنه: (يسري على العقد، من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر هو الذي يراد تطبيقه)[3].

وتبين هذه النصوص أن المنهج العام في القانون الدولي الخاص بالنسبة إلى العقود الدولية هو إعمال القانون الذي تتجه إرادة أطراف التعاقد إليه سواء كان ذلك بشكل صريح أو ضمني،

---

(1) مرسوم بقانون رقم (14) لسنة 1996، بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، متاح على موقع هيئة التشريع والرأي الإلكتروني: https://2u.pw/BY0hw، آخر زيارة أكتوبر 2020م.

(2) قانون رقم (6) لسنة 2015م، بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي البحريني.

(3) قانون كويتي رقم (5) لسنة 1961م، بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، متاح على: https://cutt.us/VNlmO، آخر زيارة أكتوبر 2020م.

فإن غابت هذه الإرادة يتمّ اختيار قانون الموطن المشترك، إذا كان المتعاقدون ينتمون إلى نفس الموطن وإن اختلف المتعاقدون في الموطن يتمّ إعمال قانون الدولة التي جرى فيها إبرام العقد[1].

إن معالجة هذه القاعدة في التطبيق أدى إلى البحث عن حدود لها في التطبيق على نحو تكون فيه نسبية، من هنا نعرض هذه الحدود لنصل بعد ذلك إلى وضعها موضع التطبيق في المجال الإلكتروني.

ثانيًا: مدى نسبية القاعدة الاتفاقية

اختلفَ الفقهاءُ في تحديد حدود إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق وانقسموا في ذلك إلى منهجين كالآتي:

1- منهج التركيز

وهي حال اختيار القانون الواجب التطبيق بحسب ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين مع مراعاة النظام العام والآداب العامة[2] وبشرط توافر رابطة أو علاقة منطقية بين العقد والقانون المراد تطبيقه على العقد، وهذا يعني بحال قيام نزاع بين أطراف التعاقد واللجوء إلى القضاء فإن قاضي الموضوع لا يكون دوره سلبيًا بأن يقوم بتطبيق القانون المختار فورًا من دون قيد وشرط لأنه يمثل إرادة المتعاقدين ويجب عليه احترام هذه الإرادة، على العكس من ذلك للقاضي دور إيجابي وفعال، حيث يناط إليه مسألة البحث مدى توافر الرابطة الجدية بين العقد والقانون المختار وكون القانون المراد

---

(1) جاء في حيثيات حكم لمحكمة التمييز القطرية: "...وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك بأن النص في المادة (1/27) من القانون المدني القطري – المقابلة للمادة (1/19) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة – على أنه: (يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه)، يدل على أن المُشرّع اعتد أساسا بالإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين كضابط للإسناد في الالتزامات التعاقدية ويتعين الوقوف ابتداء في ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على التزاماتهما التعاقدية، فإذا لم يفصح المتعاقدان عن إرادتهما في هذا الشأن وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلا فقانون الدولة التي تم فيها التعاقد"، ينظر: محكمة التمييز القطرية – الأحكام المدنية الطعن رقم 426 لسنة 2017م قضائية – الدائرة المدنية والتجارية – بتاريخ 26-12-2017م راجع كذلك: حكم محكمة النقض المصرية – مدني – الطعن رقم (1114) لسنة 52 قضائية، بتاريخ 1989/12/04م مكتب فني 40، ج3، ص244، الأحكام متاحة على موقع قوانين الشرق: https://cutt.us/iIqrP، آخر زيارة: أكتوبر 2020م.

(2) تنص المادة (22) من قانون المرافعات البحريني على أنه: (يشترط في القانون الواجب التطبيق على النحو الوارد في المادة السابقة، ألا تكون أحكامه مخالفة للنظام أو الآداب في البحرين).

تطبيقه لا يتعارض والنظام العام والآداب، وهذا يعني أن إرادة الأفراد ليست هي من يختار القانون الواجب التطبيق، بل هذه الإرادة تتجه إلى تحديد مكان جغرافي معين يخضع العقد لقانونه بالاعتماد على ضوابط معينة منها وجود رابط بين القانون المختار والعقد، ويطلق على ذلك منهج التركيز[1].

2- المنهج الشخصي

أصحاب هذا المنهج يرون أن إرادة الأطراف يجب أن تكون حرة، وألا يتمّ تقييدها بأية ضوابط وشروط وإلا فقدت فاعليتها في تحقيق الاختيار الحر، فلا يجب أن يكون هناك علاقة بين القانون المختار والعقد، ولا يجب أن يكون للقاضي أي سلطة بمواجهة اختيار الأطراف إلا إذا توافرت حالة الغش نحو القانون[2]، وحالة الغش نحو القانون (la fraude à la loi) هي الحالة التي يتمكن فيها أطراف التعاقد من التوصل إلى إسناد الاختصاص لقانون الدولة التي يريدون تطبيق القانون عليها من خلال التحايل والغش والتغيير في عناصر العلاقة التي يتمّ على أساسها تحديد ضابط الإسناد والغرض من ذلك هو تحقيق مصالح وأهداف شخصية ما كان يحققها لهم القانون الذي حددته قاعدة الإسناد أول مرة والوسيلة المستخدمة في ذلك تكون وسيلة مشروعة، إلا أن الغاية التي تهدف إلى تحقيقها غير مشروعة لأن فيها انحرافا عن تحقيق العدالة والمساواة[3].

---

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص83 وما بعدها، راجع كذلك:
M, Yves Chagny, La détermination de la loi applicable au contrat de travail par la chambre sociale de la cour de cassation, Travaux du comité français de droit international privé, 2011, p. 199 et S, disponible sur: https://cutt.us/IqYJu, p. consultée: Octobre 2020.

(2) مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مجلة دراسات، عمادة البحث العلمي – الجامعة الأردنية، علوم الشريعة والقانون، المجلد41، العدد الثاني، 2014م، ص1351.

(3) ومن أول القضايا التي تتعلق بحالة الغش القانوني هي قضية (Princesse de Bauffremont): تتلخص القضية في قيام سيدة بلجيكية كانت ترغب في الطلاق من زوجها الأمير الفرنسي، ولكن القانون الفرنسي لا يجيز ذلك، ولجأت إلى الاحتيال على القانون عن طريق السفر إلى ألمانيا وسعت لاكتساب الجنسية الألمانية بغرض الطلاق حيث كان قانونها يجيز ذلك، وفعلًا حدث الطلاق وتزوجت من يوناني وانتقلت للعيش معه في فرنسا، قام الأمير الفرنسي زوجها الأول برفع قضية لإبطال الزواج الثاني حيث إنها تعد مازالت متزوجة به استنادًا إلى القانون الفرنسي على أساس أن تغيير جنسيتها قد تم "لغرض وحيد هو الإفلات من محظورات القانون الفرنسي من خلال عقد زواج ثان"، وحكمت المحكمة لصالح الزوج الفرنسي لأنه وإن كان تغيير رابط الإسناد قد تم بطرق مشروعة إلا أن الهدف من وراء ذلك يحمل نية سيئة ويقصد به إضرار الغير الذي كان محمي ضمن قانون الإسناد، ولإعمال هذا الدفع يجب أن يتوافر شرطان: الأول شرط مادي يتمثل في تغيير مادي في ضابط الإسناد، والثاني شرط=

وهذا المنهج الذي نصت عليه مبادئ لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية، التي تعطي أطراف التعاقد حرية اختيار قانون محايد من دون أن تشترط وجود صلة بين العقد والقانون المختار، والآخذون بهذا الاتجاه يرون أن في ذلك احتراما لرغبة أطراف التعاقد وتوفير الأمان لهم[1].

وفي حال عدم النصّ صراحة على القانون الواجب التطبيق من خلال نصوص الاتفاقية، تقوم المحكمة المختصة باستخلاص ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين – الاختيار الضمني– من خلال نصوص العقد المبرم ووقائع النزاع المعروض على القاضي، والاستعانة بأي دلائل تفصح عن إرادة المتعاقدين، وعليها أن تلتزم بالبحث عن الإرادة الحقيقية وإلا تكون المحكمة قد نسبت إلى الأطراف إرادة مفترضة ولا يقبل بذلك في نطاق القانون الدولي الخاص[2].

3- المنهج الوسطي

أثبت الواقع العملي وجود اتجاه ثالث وهو أكثر رواجًا كونه يتميز بالوسطية، إذ تكون حرية المتعاقدين فيه ليست مطلقة ولا مقيدة، ويكفي أن يكون هناك صلة معقولة بين العقد والقانون المختار، فقد يكون اختيار القانون بناء على حاجة المعاملة نفسها، كأن يكون العقد متعلق ببيع القطن على سبيل المثال ويعتمدون عقد نموذجي يتضمن بند القانون الواجب التطبيق، كونه ملائما

=معنوي وهو توافر نية التحايل أو الغش بالقانون، وأدى هذا القرار إلى تطوير نظرية الاحتيال القانوني في القانون الدولي الخاص للسماح بالمعاقبة على مثل هذا السلوك، ينظر:

Etienne Cornut, Théorie critique de la fraude à la loi, Étude de droit international privé de la famille, Defrénois,2006, p. 125, voir aussi: Cass, civ, 1re, 18 mars 1878, disponible sur: https://2u.pw/PgIEZ, p. consultée: Octobre 2020.

(1) Les «Principes de La Haye» Article (2) Liberté de choix:

1- Un contrat est régi par la loi choisie par les parties.

2- Les parties peuvent choisir:

(a) la loi applicable à la totalité ou à une partie du contrat;

(b) différentes lois pour différentes parties du contrat.

3- Le choix peut être fait ou modifié à tout moment, Les choix ou modifications opérés après la conclusion du contrat ne portent pas atteinte à sa validité formelle ni aux droits des tiers.

4- Aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur transaction.

(2) أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد57، مصر، 2001م، ص200 وما بعدها.

لطبيعة المعاملة، وهذا الاتجاه هو الاتجاه الراجح إذ يكفي أن يكون هناك رابطة أيًا كان نوعها أو بمعنى أصح سبب لاختيار قانون بذاته دون غيره[1].

الفرع الثاني: مدى انعكاس الإشكالية الإلكترونية على القاعدة الاتفاقية

عند وضع الإشكالية الإلكترونية في مواجهة القاعدة الاتفاقية لاختيار القانون الواجب التطبيق، يظهر ما يأتي:

أولًا: أن أعمال هذا المبدأ قد يؤدي إلى نتائج خطيرة، فحرية الأطراف قد تتجه إلى تجزئة العقد وفرض قانون معين على كلّ جزء[2]، وهذا الأمر لا يستقيم وقوانين التجارة الإلكترونية، فعلى سبيل المثال لا يمكن إخضاع جزء من العقد على قانون يعترف بحجية التوقيع الإلكتروني وآخر لا يعترف بأي حجية للتوقيع الإلكتروني، سينتج عن ذلك حالة من عدم الانسجام بين القوانين الواجبة التطبيق على أجزاء العقد.

ثانيًا: لا توجد أي إشكالية بالنسبة إلى التعبير الصريح عن قانون الإرادة، فيمكن الكشف عنه من خلال الرسائل الإلكترونية أو أن يكون اختيار القانون محددا بشكل صريح وواضح في العقد وهو ما يطلق عليه شرط الاختصاص التشريعي، أمّا بالنسبة إلى الإرادة الضمنية في العالم الافتراضي الذي يتمّ التعامل فيه عن بعد وعبر وسائط إلكترونية فالمسألة تحتاج إلى دقة أكبر في إيجاد نية المتعاقدين الحقيقية، وذلك ليس بالأمر المستحيل ولكن البيئة الإلكترونية قد تجعل مسألة تحديد الإرادة الضمنية الحقيقية لأطراف التعاقد أكثر صعوبة منها في العالم المادي، أضف إلى ذلك إشكاليات القرصنة الإلكترونية التي يمكن أن يقوم شخص بالدخول إلى النظام الإلكتروني لآخر وأن يعبر عن إرادة تخالف إرادة المتعاقد الحقيقي[3].

ثالثًا: نصت مبادئ لاهاي على أنه لا يجب أن يكون هناك صلة بين العقد والقانون المختار في العقود الدولية، وبالنسبة إلى العقود المبرمة على شبكة الإنترنت، ويرى بعض الفقه أنه لا يجب أن يكون هناك رابط قانوني بين العقد والقانون المختار بسبب عالمية الشبكة وعدم ارتباطها ببقعة

---

(1) زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، الإمارات، المجلد13، العدد الثاني، ديسمبر 2016م، ص374 وما بعدها.

(2) تنص المادة (2) من مبادئ لاهاي: (حرية الاختيار: 1- يخضع العقد لأحكام القانون الذي تختاره الأطراف، 2- من حقّ الأطراف أن تختار ما يلي: (أ- القانون المنطبق على العقد برمّته أو على جزء منه فحسب. ب- قوانين مختلفة تنطبق على أجزاء مختلفة من العقد).

(3) د. صلاح المنزلاوي القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص276 وما بعدها.

جغرافية معينة، ولكن هذا النوع من العقود المبرمة على شبكة الإنترنت يستدعي وجود رابطة فنية بين العقد والقانون المختار فلا يمكن اختيار قانون لا يعتد بالتعاقد الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني على عقد تم إبرامه إلكترونيًا بواسطة شبكة الإنترنت[1].

رابعًا: أن مسألة الإثبات الإلكتروني ليست سهلة، فالنظام الإلكتروني قد يتعرض لأعطال فنية وتقنية تسبب الضرر للمستندات الموجودة على الجهاز وبعض الأنظمة لا تحفظ المستندات المخزنة عليها للأبد بل يتمّ مسحها تلقائيًا، فكيف يمكن إثبات اتجاه الإرادة نحو إبرام قانون معين[2].

المطلب الثاني

قواعد الإسناد القانونية في مواجهة العقد الإلكتروني

تنصّ القوانينُ على قواعد إسناد في حالة غياب قاعدة الإسناد الاتفاقية، ومن ثم لا بُدّ من بيان مدى إمكانية تطبيق هذه القواعد على العقد الإلكتروني؛ لنعرج بعد ذلك على فكرة القواعد الموضوعية التي طرحت بديلا للقواعد التقليدية لتطبق على العقد الإلكتروني، وهذا ما نبينه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: المواجهة بالنسبة إلى قواعد الإسناد التقليدية

يرى غالبية الفقه إنه عند غياب التعبير الصريح أو الضمني عن الإرادة بالنسبة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، فيتم اختيار القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد[3]، وهذا ما أدى إلى ظهور الاتجاهات الآتية:

أولًا: الإسناد الجامد

المقصود بالإسناد الجامد هو تحديد القانون الواجب التطبيق وفقًا لضوابط ذات علاقة وثيقة بالعقد المبرم، وهذه الضوابط تكون معلومة للمتعاقدين ولهم دراية مسبقة بها، وذلك يحقق الأمان

---

(1) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م، ص549.

(2) د. هشام فضلي، الاتجاهات الحديثة في تنظيم العقود التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013م، ص307.

(3) د. سعيد محمد هيثم، بعض مشكلات تنازع القوانين بشأن التعاقد عبر الإنترنت، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القانون والحاسوب، 12- 14 تموز، كلية الحقوق، جامعة اليرموك، الأردن، 2004، ص 805

بالنسبة إليهم بالإضافة إلى استقرار التجارة الدولية[1]، ونعرض هذه الضوابط لنبين من خلال ذلك مدى انطباقها على مسألة العقود الإلكترونية.

1- ضابط مكان إبرام العقد

ما معنى هذا الضابط ومدى تطبيقه على العقد الإلكتروني، هذا ما نجيب عنه فيما يأتي:

أ- معنى ضابط مكان الإبرام

المعنى أن يكون القانون الذي يطبق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، ويعد هذا الضابط من الضوابط التي أخذت أهمية كبيرة في مجال تنازع القوانين، ولاقت انتشارًا واسعا بالنسبة إلى العقود الدولية بشكلها التقليدي، وتتلخص فكرة هذا الضابط بأن قيام المتعاقدين باختيار بلد معين لإبرام العقد يعد قرينة على علمهم المسبق بأحكام هذا القانون، وهذا الضابط يحقق سهولة الرجوع إليه، ولا يتصور أن يكون مكان إبرام العقد متعددًا بل هو مكان واحد يسهل تحديده[2].

ب- مدى تطبيقه على العقد الإلكتروني

توجد صعوبة في تطبيق هذا المعيار على العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت كونها لا تشكل مكانًا محددًا بذاته نستطيع الاستناد عليه، فيصعب تحديد المكان الذي أبرم فيه العقد، إلى جانب ذلك فإن العقد يمكن أن يبرم بشكل عرضي لا يكفي لقيام رابطة جادة بين العقد وقانون مكان إبرامه، ومثال ذلك قيام الشخص بالتعاقد عبر استخدام أحد أجهزة الحاسب المملوكة للغير في مقهى للإنترنت، ولا يشكل ذلك معيارًا يمكن الأخذ به[3].

2- ضابط قانون محل تنفيذ العقد

نُعرِّف هذا الضابط ونعرج أيضا إلى مدى تطبيقه على العقد الإلكتروني.

---

(1) Élie Chakthoura, Le Droit International Privée à L'Épreuve Du Commerce Électronique, Mémoire Présenté Comme Exigence Partielle De La Maîtrise En Droi, Université du Québec à Montréal, 2011, p. 68 et S.

(2) أ. د طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، مرجع سابق، ص180، راجع كذلك: أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الخاص، مرجع سابق، ص202.

(3) Les notes d'information des CCI d'Alsace, Loi applicable au contrat international, 2016, disponible sur: www.alsaeco.com, p. consultée: Octobre 2020.

أ- معنى ضابط محل التنفيذ

اتجهت بعض التشريعات إلى الأخذ بضابط قانون محل أو بلد التنفيذ[1]، ويعتبرونه القانون الأوثق صلة بالعقد ويشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية على أساس أنه المكان الذي ترتكز فيه مصالح أطراف العقد والذي سيجني فيه المتعاقدون ثمار تعاقدهم[2].

ب- مدى تطبيقه على العقد الإلكتروني

يواجه ضابط قانون محل تنفيذ العقد ذات النقد السابق عند التطبيق على العقود المبرمة على شبكة الإنترنت، وخاصة العقود التي تبرم بشكل كلي عبر شبكة الإنترنت، وحالة تنفيذ العقد في أماكن متعددة، مما يترتب عليه أن يخضع القانون لأكثر من قانون، فعلى سبيل المثال قد يتمّ تنفيذ العقد بشكل مادي ولكن يتمّ الدفع بشكل إلكتروني، وذلك يرجعنا إلى إشكالية انعدام المكان وأن فضاء الإنترنت لا يمكن اعتباره مكانا محددا بذاته[3].

3- ضابط قانون الجنسية المشتركة

نعرض هذا الضابط ثم نُبيّن مدى انطباقه أيضًا على العقد الإلكتروني كالآتي:

أ- عرض ضابط قانون الجنسية

لقد أخذت بعض القوانين بضابط الجنسية المشتركة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، إلا أن ذلك واجه الانتقاد أيضا، إذ اعتبر هذا الضابط غير فعّال في المعاملات والعقود الدولية، وغير مناسب لإضفاء الطابع الدولي على العقد[4].

---

(1) أول من أخذ بهذا الضابط القضاء السويسري، في قضية متعلقة بعقد البيع الدولي: "حيث اعتبر أن تحديد القانون المطبق على عقد البيع الدولي، يتمّ عن طريق الأطراف، وفي حالة سكوت المتعاقدين يعود الاختصاص لقانون محل تنفيذ العقد"، قرار للمحكمة الفيدرالية السويسرية بتاريخ 11 أكتوبر 1918م، نقلًا عن: مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص1362.

(2) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق ص167.

(3) د. مصطفى يوسف العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص197.

(4) أ. د طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، مرجع سابق، ص180، راجع كذلك: د. محمد عبد المجيد إسماعيل، العقود الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2012م، ص650.

ب- مدى تطبيقه على العقد الإلكتروني

يصعب إعمال ضابط الجنسية المشتركة على العقد المبرم على شبكة الإنترنت لصعوبة التحقق من هوية أطراف التعاقد في فضاء شبكة الإنترنت وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، بالإضافة إلى أن اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي لا تعول على جنسية أطراف التعاقد وإنما لأماكن عملهم، وجاء النص على ذلك صراحة في الفقرة الثالثة من الاتفاقية: (...3- لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية)[1].

4- ضابط قانون الموطن المشترك

نعرض هذا الضابط ثم نبيّن مدى تطبيقه تباعًا:

أ- عرض ضابط قانون الموطن المشترك

الموطن هو مكان إقامة الشخص أو المكان الذي يكون فيه مركز مصالحه وأعماله، وقد منحت بعض القوانين الأفضلية لقانون الموطن باعتباره ضابطا واقعيا، حيث يعد قرينة على علم المتعاقدين بأحكام القانون الذي اعتاده المتعاقدون ونظموا أمورهم وفقًا لأحكامه، مما يعني أنه بإمكانهم توقع ما يترتب على تطبيقه من نتائج سلبية كانت أم إيجابية[2].

ب- مدى التطبيق على العقد الإلكتروني

يتعذر تطبيق ضابط قانون الموطن المشترك على العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت إذ إن العناوين الإلكترونية تتسم بعدم التوطن ولا تشير إلى بقعة جغرافية معينة وتتشابه من ناحية شكلية[3] - مما يجعل الوقوع في لبس بشأن نسبةِ العنوان إلى صاحبه أمرا واردًا - فمن الصعب توطين المؤسسات الافتراضية، وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية روما اشترطت في المادة الأولى منها الخاصة بنطاق تطبيق الاتفاقية، بأنها تطبق على أطراف تكون أماكن عملهم في دول مختلفة أو عندما

---

(1) Article premier (...-3) Ni la nationalité des parties ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention.).

(2) سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراة، جامعة عين شمس - كلية الحقوق، القاهرة، 2011م، ص203 وما بعدها.

(3) فالعناوين على شبكة الإنترنت تكون على شكل حروف وتنتهي إمّا برمز مختصر للدولة أو الموقع، على سبيل المثال: BH,KW,FR أو اختصار للموقع مثل: ORG,COM.

تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة[1] ومن نصّ المادة يتضح صعوبة تطبيق ما جاء فيها على عقود التجارة الإلكترونية.

يتجلى مما تقدم أن هذا الاتجاه لم يستقر عند ضابط معيّن يمكن اعتماده بالنسبة إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، ويأتي ذلك نتيجة لاختلاف بيئة الإنترنت عن البيئة التقليدية التي تنشأ فيها العقود الدولية والتي يكون أساسها الدول والجنسيات التي ينتمي إليها أطراف التعاقد بعكس التعاقد الإلكتروني الذي يتمّ في فضاء غير متناهٍ لا توجد حدود جغرافية فيه ولا يتعامل على أساس جنسيات المتعاملين عبر هذا الفضاء، وبناء عليه يجب إيجاد إسناد أكثر مرونة وهذا ما تتناوله الدراسة بشأن الإسناد المرن.

ثانيًا: الإسناد المرن

كما تبين لنا بعد استعراض منهج الإسناد الجامد بأنه يعتمد على ضوابط تكون محددة مسبقًا للتطبيق على العقود كافة، وهذه الضوابط تكون معلومة للمتعاقدين، وقاضي الموضوع لا يقررها من تلقاء نفسه إنما يحدد ضابط الإسناد الأنسب لاختيار القانون الواجب التطبيق مع صعوبة إعمال الضوابط الجامدة في حال سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون على عقدهم الدولي[2] ظهرت الحاجة إلى ضوابط تكون أكثر مرونة تتناسب وطبيعة العقود الدولية، من هنا ظهر الإسناد المرن الذي نبينه ثم نبين مدى إمكانية تطبيقه على العقد الإلكتروني.

1- عرض فكرة الإسناد المرن

ظهر منهج الإسناد المرن الذي يعتمد على إيجاد قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، فيتحدد دور القاضي في دراسة ظروف وملابسات التعاقد واستنباط قانون الدولة الأكثر ارتباطًا بموضوع التعاقد ومن ثم تركيز العقد في نطاق مكاني معيّن على ضوء ذلك، وتكمن الخطورة في تباين هذا الاتجاه في عدم استطاعة المتعاقدين الكشف عما ستنتهي إليه المحكمة في اختيار القانون الواجب التطبيق[3].

---

(1) Article premier: 1) La présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents: a) Lorsque ces États sont des États contractants; ou b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant.

(2) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002م، ص116.

(3) سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص206 وما بعدها.

ففي إنجلترا تم إعمال قاعدة الإسناد المرن وكان يطلق عليها مصطلح القانون الملائم (The Proper Law) عند غياب قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية للقانون الواجب التطبيق، إذ يقوم قاضي الموضوع بوضع نفسه محل الشخص المتوسط أو المعقول (Reasonable person) ويتناول جميع عناصر العقد من طبيعة ومحل التعاقد وغيرها من العناصر التي تختلف من عقد لآخر ويكون القانون الذي يتوافق مع هذه العناصر هو الأنسب والأوثق ارتباطًا بالعقد[1].

وظهرت فكرة الأداء المميز – أي الإسناد المرن– في الفقه السويسري الذي أضفى على فكرة الصلة الوثيقة بالعقد مرونة أكثر وهي تتلخص بتركيز البحث عن الأداء المتميز في العلاقة العقدية والمقصود بذلك الالتزام الجوهري في العقد الذي لولا وجوده لا يقوم العقد، ويعد ذلك ركيزة الإسناد التي يعتمد عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق من دون البحث بضوابط لا تتعلق بالالتزام[2].

وقد أخذت اتفاقية روما بفكرة الأداء المميز كذلك، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة من اتفاقية روما– التي يتمّ تطبيقها على الدول الأوروبية– لعام 1980م، بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ذات الطابع الدولي على: (في الحدود التي لم يتمّ فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقًا)[3].

بناء عليه يتمّ تحديد القانون الذي يسري على العقد من خلال تعيين القانون الأكثر ارتباطًا بموضوع العقد، وتوصل الفقهاء إلى أن مسألة تحديد المقصود بالأداء المميز لن تثير أي إشكالية، إذا تم تحديد لكل مجموعة من العقود الأداء المميز لها مع الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لكل عقد[4].

---

(1) All Answers Ltd, The Doctrine of Proper Law of Contract, November 2018, Available online: https://cutt.us/z0UyP, p. consulted: December 2020.

(2) إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ص 174 وما بعدها.

(3) (Article 4)Loi applicable à défaut de choix
1, Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.

(4) د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002م، ص476 وما بعدها.

ويمكن القول إن ضابط الأداء المميز هنا وإن اتسم بالمرونة لتعدد صوره بحسب طبيعة العقد فإنه واضح ولا يشوبه أي غموض، حيث يمكن تحديده مسبقًا استنادًا إلى الالتزام الرئيسي أو الجوهري فيه[1].

وتكون للقاضي سلطة الخروج عن هذا الضابط في ظل الظروف الاستثنائية[2] حيث يعتد بالظروف الملابسة للتعاقد، فعلى سبيل المثال لو تبين أن هناك قانونًا آخر أوثق صلة بالعقد من مكان الأداء المميز، أو في حال تعذر تحديد مكان الأداء المميز[3].

2- مدى إمكانية تطبيق فكرة الإسناد المرن على العقد الإلكتروني

لاقت فكرة الإسناد المرن رواجًا في ظل التعاقد بشكله التقليدي، ويرى بعض الفقهاء أنها تتناسب والتعاقد عبر شبكة الإنترنت، فهي تمثل إسنادا يتميز بالوضوح وعدم التعقيد ويوفر الأمان القانوني لهم لسهولة توقع القانون واجب التطبيق، فعلى سبيل المثال لو قام شخص بشراء برنامج إلكتروني من أحد المتاجر الإلكترونية المتخصصة فالتنفيذ سيتم إلكترونيًا على الشبكة كون صاحب الأداء المميز هو المتجر الإلكتروني الذي سيقوم بتنفيذ الالتزام الرئيسي في العقد[4].

ويبدو لنا أن ما يعيب هذه الفكرة أن استخدام مصطلح الأداء المميز أو الإسناد المرن لا يحدد المعنى بالشكل المطلوب، بالإضافة إلى أن هناك بعض العقود التي لا تتلاءم وهذه الفكرة إذ لا يمكن تحديد العنصر الجوهري فيها أو ما يطلق عليه الأداء المميز، ومثال ذلك عقود المقايضة والمنحة، ولهذا السبب منحت اتفاقية روما للقاضي استثناء على قاعدة إسناد العقد إلى قانون محل الأداء المميز إذا اتضح له من ظروف العقد وجود قانون أكثر ارتباطًا بالعقد.

---

(1) Sylvette Guillemard, Le Droit International Privé Face au Contrat de Vente Cyberspatial, Thèse de doctorat présentée en cotutelle à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval Québec, pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.), Faculté de Droit, université Laval Québec et université Panthéon- Assas Paris, P189.

(2) يرى جانب من الفقه أن إعمال فكرة الظروف الاستثنائية التي تخول القاضي سلطة الخروج عن مضمون ضابط محل الأداء المميز لإضفاء نوع من المرونة عند مواجهة حالات خاصة قد تؤدي إلى نتائج عكسية تتمثل في تحكم القاضي خاصة إذا لم يتمّ إعمال هذا الاستثناء في أضيق الحدود، ينظر:
Pierre Mayer, Droit international privé, Montchrestien, Montchrestien Précis Domat Droit Privé, 2004, p. 449.

(3) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م، ص153 وما بعدها.

(4) د. علاء الدين محمد ذيب عبابنة، تنازع القوانين في العقد الإلكتروني الدولي، مؤسسة فخراوي للدراسات والنشر، جامعة العلوم التطبيقية- سلسلة الكتب القانونية، مملكة البحرين، ص338.

الفرع الثاني: فكرة القواعد الموضوعية في مواجهة الإشكالية

لا يمكن إنكار أننا اليوم وبعد مرور ما يقارب ثلاثة عقود على انتشار استخدام شبكة الإنترنت بين أفراد المجتمع لأغراض استخدامهم الشخصي أو المهني، لا يمكن أن ننكر حقيقة وجود مجتمع افتراضي متكامل يتم فيه بشكل يومي عدد لا يحصى من المعاملات الإلكترونية والأنشطة بمختلف أنواعها، ومنها المعاملات ذات الطابع الدولي، ومعطيات القانون الدولي الخاص لا تتلاءم وهذا العالم اللامادي، وبالتالي لا يمكن تطبيق الأحكام التي وضعت لتنظيم العلاقات الدولية بشكلها التقليدي على العقود الدولية التي تتم عبر شبكة الإنترنت، ولا بُدَّ من وجود قواعد موضوعية ذات تطبيق مباشر بالنسبة إلى النزاعات المتعلقة بالعقود التجارية الإلكترونية، ولبيان ذلك نبين ما يأتي:

أولًا: تعريف القواعد الموضوعية

تكون هذه القواعد في إطار قانون يعرف بأنه: (القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية الإلكترونية والأعراف والعادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي بالإضافة إلى القواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدولي والتوجيهات الأوروبية وتوصيات الأمم المتحدة الصادرة بهذا الشأن)[1].

وعرَّفه آخرون بأنه: (القانون الذي يضع مباشرة تنظيمًا موضوعيًا خاصًا ومستقلًا عن حلول القوانين الوطنية للمعاملات القانونية بالنظر إلى صفتها الدولية)[2].

وعرّف كذلك بأنه: (مجموعة قواعد تلقائية ذات طبيعة موضوعية خاصة بالروابط التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية)[3].

ومن التعريفات السابقة نستنتج أن ما يميز القانون الموضوعي هو أنه قانون تلقائي النشأة إن صح القول، تجمعت أحكامه استنادًا إلى الأعراف والعادات والتقاليد المكتسبة من خلال التعامل الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، ويطلق عليه قانون بلا دولة إذ إن نشأة القانون لم يكن أساسها

---

(1) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص110 وما بعدها.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص47.

(3) Élie Chakthoura, Le Droit International Privée à L'Épreuve Du Commerce Électronique, Op.cit., p. 65.

جهة رسمية، وذلك لطبيعة شبكة الإنترنت، وهذه القواعد القانونية تخاطب فئة محددة من الناس وهم مستخدمو شبكة الإنترنت وأصحاب المواقع الإلكترونية[1].

ثانيًا: مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني

1- الممارسات التعاقدية: وهي تلك العقود التي يتمّ إبرامها بين القائمين على تقديم خدمات شبكة الإنترنت، ومن أمثلة ذلك عقود الإيواء وعقود الإيجار المعلوماتي وعقود إنشاء مواقع إلكترونية، وجميع هذه العقود أرست قواعد في مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية[2].

2- الأعراف والعادات المستقرة: هي عادات وممارسات استقر العمل عليها من قبل مستخدمي شبكة الإنترنت ولا تصدر عن جهة رسمية، ولكنها تلاقي رواجًا وانتشارًا، ويمكن اعتبارها وليدة التنظيم الذاتي لمستخدمي شبكة الإنترنت ومع مرور الوقت واكتساب الخبرات أصبحت مرجعًا مهما في مجال المعاملات الإلكترونية[3].

3- تقنينات السلوك[4]: وهي مجموعة من القواعد مصدرها الهيئات والمؤسسات التي تهدف إلى سيادة، أخلاقيات قويمة في التعامل عبر شبكة الإنترنت[5].

4- القواعد الدولية ذات الطابع الاتفاقي الدولي: وهي التوصيات والاتفاقيات والقوانين النموذجية التي تضعها المنظمات الدولية في مجال التعاقد الإلكتروني وما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق والتي ممكن أن تشكل حجر الأساس لهذا القانون وأن تسهم في توحيد القواعد الموضوعية الخاصة به[6].

تَحليلٌ واسْتنتاجٌ

بعد بيان القواعد الموضوعية، تستوقفنا هذه القواعد للقول بأنها وإن جمعت في مدونة واحدة إلا أنها لا يمكن أن تكتسب الصفة القانونية المطلوبة في إطار القوانين الداخلية، وذلك لأن من

---

(1) د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص204، راجع كذلك: علاء الدين محمد ذيب عبابنة، تنازع القوانين في العقد الإلكتروني الدولي، مرجع سابق، ص156.

(2) د. حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص486.

(3) د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص205.

(4) وتجدر الإشارة إلى أن رئيس الوزراء الفرنسي الأسبق "François Fillon" قد شجع أعضاء منظمة الـ (OECD) على وضع تقنين يعني بالسلوك القويم و يطلق عليه قانون السلوك القويم " code de bonne conduit" في مجال استخدام الإنترنت.

(5) إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ص160.

(6) أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الخاص، مرجع سابق، ص209.

أهمّ ما يمكن أن يوجه إليها من انتقاد أنها تفترض وجود مجتمع مستقل عن الدول، وهذا الأمر لا يتفق وحقيقة أن مستخدمي أو أفراد هذا المجتمع الافتراضي ينتمون إلى دول حقيقية ويحملون جنسياتها، ولا يمكن أن تحل عادات وأعراف تجارية محل القوانين الداخلية التي تتصف بصفة الإلزامية، كما انتقد من تبنّى هذه النوع من القواعد، ذاك بأن الهدف الحقيق من هذا التبني هو الوقوف مع مصالح الشركات المصدرة للتكنولوجيا في الدول المتقدمة على حساب مصالح الدول النامية.

وترى الباحثةُ أن الإسناد المرن في القواعد التقليدية هو الأقرب إلى حلّ إشكالية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني في حالة عدم إعمال أطراف العقد إرادتهم في اختيار هذا القانون، صحيح أن قاعدة الإسناد المرن قد تخلُّ بعامل التوقع العقدي بشأن القانون الواجب التطبيق، ولكن هذا الضرر أخف بكثير من القواعد الأخرى التي تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين أطراف العقد الإلكتروني الذي هو أهمّ بكثير من عنصر التوقع.

الفصل الثاني

إشكاليات الإثبات الإلكتروني

تُعدُّ إشكاليات الإثبات في مجال التعاقد عبر شبكة الإنترنت من أهمّ الإشكاليات التي تنتج عن استخدام شبكة الإنترنت في إجراء المعاملات، فاختلاف طبيعة الدعامة التي يتمّ تحرير العقد عليها، يثير التساؤل حول مدى صلاحيتها، لذلك هل يمكن اعتبار ما تمَّ تدوينه عليها من قبيل الكتابة المعتد بها في الإثبات؟ وبحال قبول الكتابة بشكلها الإلكتروني، فإن عدم إمكانية التوقيع عليها بالشكل المتعارف عليه يثير التساؤل حول مدى إمكانية المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع بأشكاله التقليدية؟ فالتوقيع يعد عنصرًا جوهريًا من عناصر الدليل الكتابي الكامل ولا يتمتع الدليل الكتابي بحجيته الكاملة في الإثبات إلا بوجود توقيع صحيح، فهل من الممكن أن تتوافر في التوقيع الإلكتروني مقومات التوقيع المعتد به في الإثبات.

الفصل الثاني

إشكاليات الإثبات الإلكتروني

إشكالية الإثبات في مجال التعاقد الإلكتروني هي إشكالية متغيرة طبقًا لتعدد الوسائل التي يتمّ بها التعاقد الإلكتروني وتطورها، وفكرة الإثبات ترتبط بقواعد مستقرة منذُ قديم الزمان ترسخت لدى الكافة، ولذلك فإن تطويعها أو تشريع قواعد جديدة للإثبات ليس بالأمر السهل، فقواعد الإثبات وإن تعددت في المعاملات المدنية والتجارية واختلفت حجيتها من نوع لآخر، فإن الكتابة بشكلها التقليدي من أقوى وأهم وسائل الإثبات، وتعتلي قمة هرم الأدلة الإثباتية إذا ما تم مقارنتها بوسائل الإثبات الأخرى[1].

والانتقال من العالم المادي الواضح الملموس الذي يعتمد على الدعامة المادية التقليدية المتمثلة في الورق[2] إلى عالم افتراضي يكتنفه الغموض، يتمّ التعامل فيه عن بعد من خلال وسائط إلكترونية تقوم على أنظمة يفترض أن تكون في غاية في الدقة والإتقان، ترتب عليه ظهور شكل متطور وحديث للكتابة والمستندات والتواقيع يختلف عما هو مألوف، مما ترتب عليه ظهور العديد من المسائل والإشكاليات القانونية التي تحتاج إلى معالجة تشريعية[3]، فهل استطاعت التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية في دول مجلس التعاون إيجاد معالجة قانونية لهذه المشاكل؟ هذا ما ستحاول الباحثة التركيز عليه في هذه الدراسة بهذا الفصل لتحديد أوجه القصور في تشريعات دول مجلس التعاون في مجال الإثبات الإلكتروني بالقدر الذي وجدت فيه.

لقد كانت الكتابة تكمن في محرر أو مستند ورقي[4] والتوقيع الذي يذيل المحرر هو الذي يضفي صفة الدليل للمستند سواء كان هذا التوقيع إمضاء بخط اليد أو باستخدام الختم أو بصمة

---

(1) وفقًا للقواعد العامة في التشريعات المتعلقة بالإثبات فإن الأدلة الكتابية في غالبية التشريعات هي الدليل الأسمى، كون الكتابة هي إقرار صريح بالواقعة أكثر من غيره من البيانات، ينظر: د. نصار محمد الحلالمة، التجارة الإلكترونية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط1، 2012م، ص231.

(2) Dans le commerce traditionnel, la plupart des preuves se retrouvent sur papier (factures, correspondances, etc), Mais le commerce électronique, du moins dans sa forme la plus épurée, aboutit à la suppression du papier, Sur ce sujet voir: XAVIER LINANT DE BELLEFONDS Professeur à l'Université de Paris XII Preuve et signature électroniques, Collection: Que sais-je ? Presses Universitaires de France, 2005, p. 85.

(3) Stéphane Vial, La structure de la révolution numérique, Philosophie de la technologie, Université Paris Descartes (Paris 5), 2012, Français, p. 2.

(4) Xavier Linant de Bellefonds et Alain Hollande, Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet, Delmas, Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 6e édition, Paris,2008, p. 422.

الإصبع[1] فالتوقيع يحمل بين طياته دلائل عديدة، فهو يحدد هوية الموقع بالإضافة إلى إقراره بما هو موجود في المحرر وهو دليل على حضور صاحب التوقيع أو من يمثله إجراءات إتمام الاتفاق[2]، والأدلة الكتابية تنقسم إلى رسمية وعرفية[3].

ولكن التحول من العالم المادي إلى العالم الافتراضي أثار صعوبات فنية وتقنية دقيقة لما يتميز بها هذا العالم من أنه وسط إلكتروني ويتم التعامل فيه عن بعد من دون مواجهة فعلية بين أطراف الاتفاق أو المعاملة[4]، أن هذا الوضع يضع تحديات في مجال التعاقد الإلكتروني حيث ينتهي الورق في ظل التعامل من خلال وسيط إلكتروني[5]، والإشكالية الأساسية تتمثل في مدى

---

(1) قضت محكمة النقض المصرية بأن: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الأصبع هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية وفقا لنص المادة (14) من قانون الإثبات، وإذ لم يرد في السند موضوع النزاع المؤرخ 1981/12/17م، توقيع للطاعن فلا يمكن أن يحاج به ويترتب على ذلك انتفاء مسؤوليته مما ورد به من التزامات"، نقض مدني، الطعن رقم (3026) لسنة 61 قضائية، 1993/1/4م، مكتب فني44، ج1، ص137.

(2) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق ص333 وما بعدها، راجع كذلك: أحكام عقود التجارة الإلكترونية، نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص151 وما بعدها، وفي المعنى نفسه: د. محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص54 وما بعدها.

(3) م. أنور طلبة، الوسيط في شرح قانون الإثبات، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004م، ص2011 وما بعدها، د. محمود محمد الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2019م، ص46 وما بعدها.

(4) تتميز التجارة الإلكترونية بأنها تتم عن بعد، حيث لا يجتمع مورد السلعة أو الخدمة وطالبها في مجلس عقد واحد، بل يتمّ إبرام العقد وإنهاء الصفقة عن بعد، فمن الوارد أن يكون كلّ طرف في بلد مختلف عن الآخر وذلك أثار العديد من الإشكاليات، ينظر: د. نصار محمد الحلالمة، التجارة الإلكترونية في القانون، مرجع سابق، ص287.

(5) الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها، ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2)، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ط3 الجديدة، 2000م، ص14، من المقرر في القواعد العامة أن المدعي يتحمل عبء الإثبات، وهذا المبدأ مطبق منذ قديم الزمان، جاء في حديث لرسول الله صلى الله عليه وسلم: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر"، وهذا المبدأ يطبق في الأنظمة والقوانين الوضعية الحديثة، تنص المادة الأولى من قانون رقم (25) لسنة 1968م، بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري على أنه: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، وينص المُشرّع البحريني على الحكم نفسه في المادة الأولى من قانون الإثبات، أمّا المُشرّع الإماراتي فقد نصت الفقرة (1) من المادة الأولى من قانون اتحادي رقم (10) لسنة 1996م: (على المدعي=

توافق التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة مع متطلبات الإثبات القانونية التي مازالت ترتكز على الكتابة والمستندات الورقية سواء كانت عرفية أو رسمية، ومدى إمكانية قبول المعاملات التي تتم بواسطة الوسائط الإلكترونية كدليل معترف به للإثبات يتمتع بالحجية الكاملة إلى جانب الطرق التقليدية التي نصّ عليها القانون، ومن ثم مدى تجاوب المنظومة التشريعية لدول مجلس التعاون مع تحديات التجارة الإلكترونية في مجال الإثبات.

في محاولة للوقوف على الإشكاليات التي يثيرها الإثبات في التعاقد الإلكتروني والحلول المقدمة بشأنها ستقسم الباحثة هذا الفصل إلى مبحثين، تتناول في الأول إشكالية المحرر الإلكتروني وفي المبحث الثاني إشكالية التوقيع الإلكتروني.

المبحث الأول

إشكالية المحرر الإلكتروني

لبحث المحرر الإلكتروني نبين فكرة الكتابة كدليل للإثبات بوجه عام وكيفية الإثبات بواسطتها، ثم نحدد الإشكالية المتعلقة بتحديد مفهوم المحرر الإلكتروني لننتقل بعد ذلك إلى الإشكالية الرئيسة التي يثيرها المحرر الإلكتروني وهي إشكالية حجية هذا المحرر، بصورة عامة ثم الإشكالية التي يثيرها من خلال شبكة الإنترنت.

المطلب الأول

فكرة الكتابة بالنسبة إلى الإثبات

إذا كانت الكتابة من أقدم الوسائل المستخدمة في حفظ المعلومات، فإن تغيير هذه الوسيلة واكتسابها سمات البيئة الإلكترونية هو الذي أثار إشكالية المحرر الإلكتروني، ولاستكمال عرض وتحليل الإشكالية في هذا السياق لا بُدّ من تناول فكرة الإثبات بصورة عامة ثم نلج بعد ذلك إلى كيفية الإثبات بالكتابة، وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: فكرة الكتابة بصورة عامة

بدأت الكتابة منذ زمن قديم، وهي من أول المهارات التي حاول الإنسان البدائي في الحضارات القديمة اكتسابها فمنذ بدء الخليقة والإنسان في محاولات مستمرة لإيجاد وسيلة للتواصل مع الآخرين

=أن يثبت حقه وللمدعى عليه نفيه...)، أمّا وثيقة مسقط للنظام الموحد للإثبات لدول مجلس التعاون فقد نصت على: (على المدعي أن يثبت حقه وللمدعى عليه نفيه).

وإيصال أفكاره بطريقة سليمة ومفهومة، وأول وسيلة اتصال قام بها الإنسان البدائي هي استخدام لغة الإشارة، فحاول ترجمة الأفكار التي تجول بخاطره إلى إشارات وإيماءات للدلالة عما يفكر به، ولكن مع مرور الوقت اكتشف بأن لغة الإشارة لا تكفي كوسيلة لنقل المعلومات والأفكار، فبدأ باختراع كلمات منطوقة لها دلالات محددة، وتحولت هذه الكلمات إلى لغة للتفاهم بين الناس يتمكن من خلالها الإنسان إلى التعبير عن نفسه بكل يسر وسهولة وتختلف لغة التواصل باختلاف الثقافات والشعوب، ثم بدأت الحاجة إلى توثيق بعض المعلومات والأحداث المهمة، فلجأ إلى ترجمة المعلومات والأحداث إلى رسوم والدليل على ذلك الرسوم الموجودة في الكهوف التي كانت مقر سكن الإنسان البدائي، هذه الرسوم هي أول محاولات حفظ الأحداث التي يعيشها الإنسان آنذاك، ومع مرور الوقت ظهرت سلبيات هذه الطريقة وعدم فاعليتها، وخاصة أن التعبير من خلالها يكون بأضيق الحدود ولا يمكن التوسع فيه وإضافة تفاصيل، ومع تطور المجتمع وعاداته في ذلك الوقت كان من الضروري تطوير أنظمة التسجيل وإيجاد وسائل أكثر فاعلية من الرسوم، وأخذت المسألة بالتطور تدريجيًا تأثرًا بالعوامل المحيطة فكانت هناك الكتابة المسمارية والهيروغليفية[1] إلى أن وصلت إلى الشكل المتعارف عليه حاليًا، وتعد الكتابة آنذاك الاختراع الأكثر حسمًا في تاريخ البشرية في مجال العلوم؛ لأنها أداة لتدوين المعلومات وحفظها من الضياع بالإضافة إلى أنها تمكن الأشخاص من توثيق الأحداث والوقائع التاريخية، وكذلك لعبت دورًا مهمًا في حفظ الحقوق من الضياع[2].

وتأسيسًا على ذلك تعتبر الكتابة من المهارات التي مرت بمراحل تطور عديدة، سواء من حيث الأدوات المستخدمة في الكتابة أو المواد التي تتم الكتابة عليها، فكانت تتم على مواد بدائية مستمدة من البيئة المحيطة كما ذكرنا أعلاه كالصخور وجلود الحيوانات وتطورت تدريجيًا إلى أن

---

(1) ظهرت الكتابة المسمارية في الحضارة السومرية، عندما اكتشفوا عدم فاعلية الرسومات في التعبير بدقة عما يريدون بالإضافة إلى أن الرسومات تأخذ مساحة كبيرة وتتطلب كثيرًا من الجهد والوقت في إنجازها، فاتجهوا إلى الكتابة على ألواح طينية بواسطة أداة حادة وتجفيفها تحت أشعة الشمس، وانتقلت الكتابة المسمارية إلى البابليين ولكنهم أضافوا مواد أخرى للكتابة عليها مثل الحجارة وجلود الحيوانات، واهتم المصريون كذلك بالكتابة وبدأوا بها بعد السومريين واستخدموا الكتابة الهيروغليفية وحاولوا تطويرها قدر الإمكان وظهر ورق البردي لديهم كمادة يتمّ الكتابة عليها وتم تناقل هذه المادة بين مختلف البلدان، أمّا الفينيقيون وبسبب ولعهم بالتجارة وضعوا رموزًا للتعبير عن الأصوات ونشروها على البلدان الواقعة على ضفاف البحر المتوسط، وتوسعت الكتابة في مختلف الحضارات مع تميز كلّ حضارة بشكل الكتابة والحروف المستخدمة في ذلك، ينظر: إسحاق عبيد، تاريخ الكتابة من التعبير التصويري إلى الوسائط الإعلامية المتعددة مكتبة الإسكندرية، ط1، 2015م، ص41.

(2) Rochelle Forrester, History of Writing and Record Keeping, Second Edition, 31October 2016, retrieved from: https://cutt.us/jhfFv, Last Revised: April 2020, See also: A Short History Of Writing, Marketing Team, 3 May 2019, retrieved from: https://2u.pw/nbsz8, Last Revised: April 2020.

وصلت إلى الورق أو الثورة الورقية كما يطلق عليها، وأصبح لهذا الورق وظائف متعددة، وأهمها إنه المادة التي يفرغ عليها حقوق الناس، فالشخص عندما يشتري شيئًا من أي محل تجاري يستلم ورقه تثبت عملية الشراء وقيامه بالدفع، ملكية العقارات تثبت على الورق، الشهادات العلمية يتمّ إصدارها على الورق.

الفرع الثاني: استخدام الكتابة للإثبات

للإثبات أهمية فائقة فهي الوسيلة التي يعتمد عليها الخصوم في حماية حقوقهم، فلا يصبح للحق قيمة إذا لم يكن هناك دليل يؤكد وجوده[1]، فالحق المجرد من أي سند أو برهان يصبح عند مواجهة أية خلافات بشأنه أو نشوب أي نزاع كالعدم لا يعتد به، ولا شكّ في أن المعاملات تكسب قوتها وقيمتها القانونية بمواجهة الآخرين إذا كان بالإمكان إثبات وجودها، إثباتًا لا يضع مجالًا للشك[2].

وقد وضع الفقهاء العديد من التعريفات للإثبات، حيث عرفه جانب من الفقه بأنه: (تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق)[3] وعرفه جانب آخر بأنه: (إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية، وذلك بالكيفية والطرق التي حددها القانون وبالقيود التي رسمها على وجود واقعة قانونية متنازع عليها)[4] أمّا الفقه الفرنسي فقد عرف الإثبات بإنه: (كل وسيلة تستخدم لتكوين قناعة القاضي بصحة واقعة معينة)[5].

وتعد الكتابة بشكلها التقليدي هي الأصل في إثبات التصرفات القانونية، فالدليل الكتابي هو الأسمى في مجال الإثبات وإقرار الحقوق، وقد وضع ديننا الحنيف للكتابة منزلة خاصة، فقد أمر الله سبحانه وتعالى بكتابة الديون: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ**

---

(1) جاء في حكم لمحكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم (268) لسنة 2004م، بجلسة 2005/4/18م، بأن: "الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، فهو قوام الحق الذي يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل عليه..." غير منشور.

(2) د. حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص265 وما بعدها، راجع كذلك: د. عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط2، 2012م، ص161 وما بعدها.

(3) د. محمود محمد الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، مرجع سابق، هامش ص21.

(4) أزرو محمد رضا، إشكالية إثبات العقود الإلكترونية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد – كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2016م، ص24، متاح على موقع الجامعة: https://cutt.us/9cd2L، آخر زيارة مارس 2020م.

(5) Luc Grynbaum, Caroline Le Goffic, Lydia Morlet-Haïdara Droit des activités numériques, Dalloz, Paris, 2em Édition, 2020, p. 9.

﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾[1].

وعند الانتقال إلى القوانين الوضعية لا يوجد تعريف للكتابة المعتمدة للإثبات في القوانين، ولكن عرف الفقهاء الكتابة باعتبارها وسيلة للإثبات بأنها: (الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها، للرجوع إليه عند الإثبات)[2]، والكتابة بالنسبة إلى الدول التي تتبع النهج اللاتيني[3] تعد من أقوى وسائل الإثبات على الإطلاق فهي تتمتع بقوة إثبات مطلقة، بعكس الشهادة والقرائن القضائية اللتين تتمتعان بقوة إثبات نسبية، عكس النهج الأنجلوسكسوني الذي يعطي الشهادة قوة في الإثبات أكثر من الكتابة[4]، ولذلك اشترطت التشريعات المعاصرة ضرورة وجود دليل كتابي لبعض التصرفات المالية التي تتجاوز قيمتها مقدار معين[5]، من ذلك قانون الإثبات البحريني في المادة (61) منه حيث جاء فيها: (في غير المواد التجارية، إذا زادت قيمة التصرف القانوني على خمسمائة دينار أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ويكون إثباته بالكتابة، ما لم يوجد اتفاق أو نصّ يقضي بغير ذلك...).

ونص المادة (62) من القانون نفسه يؤكد مكانة الدليل الكتابي في الإثبات، حيث جاء فيها: (لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على خمسمائة دينار في الحالات الآتية:

1- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.
2- إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.
3- إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على خمسمائة دينار ثم عدل عن مطالبته إلى ما لا يزيد على هذه القيمة)[6].

---

(1) سورة البقرة: الآية 282.

(2) د. عمرو محمد المارية، عقد البيع الإلكتروني- أحكامه وآثاره- دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مرجع سابق، ص451.

(3) "Le témoignage étant considéré comme une preuve fragile et imparfaite, sa force probante est expressément subordonnée par la loi à celle des preuves écrites. "vie publique, À quoi sert un témoignage, Disponible sur: https://cutt.us/xWBv8, p. consultée: Avril 2020.

(4) Dominique Inchauspé, L'innocence judiciaire Dans un procès, on n'est pas innocent - on le devient, Presses Universitaires de France, Paris, 2012, p. 321 et SS.

(5) Art (1359) de code civil français: "L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique".

(6) مرسوم بقانون رقم (14) لسنة 1996م بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية وتعديلاته، متاح على موقع هيئة التشريع والرأي القانوني: https://2u.pw/ehMtt، آخر زيارة: فبراير 2020م، وتقابل هذه=

وعلى الرغم من أن المُشرّع لم يحدد مفهوم الكتابة فإنه حدد أنواع المحررات المقبولة في الإثبات، وقسمها إلى محررات رسمية وعرفية[1]، وتعرف المادة (أ/7) من وثيقة مسقط المحررات الرسمية بإنها: (المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه)، وتنص المادة (أ/11) على أنه: (يعتبر المحرر العرفي صادرا عمن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أمّا الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار، ويكفي أن ينفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق)[2].

والمستفاد من هذه النصوص، أن المحررات الرسمية هي تلك التي تصدر عن موظف عام في حدود سلطته، أمّا المحررات العرفية فهي تلك التي لا تعد ضمن المحررات الرسمية التي يقوم الأفراد بتحريرها، وهي تنقسم إلى محررات عرفية معدة للإثبات ومحررات عرفية غير معدة للإثبات[3]. ولا شكَّ بأن تفضيل الكتابة في مجال الإثبات لم يأتِ من فراغ[4]، بل يعود ذلك إلى أسباب عديدة هي:

=المادتان، المادة (41) و(42) من مرسوم سلطاني رقم (2008/68) بإصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني، متاح على موقع قانون: https://qanoon.om/، آخر زيارة: فبراير 2020م، والمادتين (40) و (41) من مرسوم بالقانون رقم (39) لسنة 1980م، بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي، متاح على: شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي: https://cutt.us/AxWJt، آخر زيارة فبراير 2020م.

(1) "...حيث إن هذا النعي مردود، ذلك أن المحررات الرسمية هي تلك التي يحررها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ويثبت فيها ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه، وإذا كانت المستندات المقدمة من الطاعنة لا تتوافر فيها الشروط اللازمة لاكتسابها صفة الرسمية فإنه لا مجال لإضفاء الحجية المطلقة عليها إذ هي مجرد محررات عرفية تقتصر حجيتها على أطرافها وخلفهم العام أو الخاص ودائنيهم"، ينظر: حكم: المحكمة الإتحادية العليا – الأحكام المدنية والتجارية – الطعن رقم (306) لسنة 12 قضائية – الدائرة المدنية – 1991/10/09م.

(2) وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للإثبات بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، متاح على موقع دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية: https://cutt.us/ncmW0، آخر زيارة: مايو 2020م.

(3) د. محمود محمد الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، مرجع سابق، ص46 وما بعدها، راجع كذلك: م. أنور طلبة، الوسيط في شرح قانون الإثبات، ص221 وما بعدها.

(4) احتلت الكتابة مكانة متميزة في جميع الأنظمة القانونية، وكان الرومان يطلقون عليها "سيدة الأدلة" وكانوا يعللون ذلك بأن: الأقوال تطير والكتابة تبقى"، ينظر: د. محمد السعيد الرشيدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة=

1- الثقة في الكتابة بصورتها التقليدية كوسيلة من وسائل الإثبات لما تتميز به من بالثبات والاستمرارية وعدم القابلية للزوال أو الاندثار إذا ما تم مقارنتها بوسائل الإثبات الأخرى[1].

2- سهولة اكتشاف تزوير أدلة الإثبات الكتابية بعكس الشهادة، التي يصعب الثقة تمامًا في صحتها[2].

3- تتميز الكتابة بأنها دليل يمكن أن يعد مسبقًا قبل وقوع الخصومة، ويتم ذلك وقت إبرام التصرف القانوني، أي من الأدلة التي يمكن إعدادها منذ نشوء الحق وقبل قيام النزاع، ويضبط الحقوق القائمة بين أطراف التعاقد[3].

إنّ الكتابة التقليدية، هي تلك الآلية التي يتمّ من خلالها ترجمة الأفكار والأحداث إلى دعامة مادية بواسطة مجموعة من الرموز المرئية التي يطلق عليها مصطلح الكتابة، ويعني الإثبات بالكتابة التقليدية في الإطار القانوني – موضوع دراستنا– وجود محرر يثبت فيه التصرف القانوني بواسطة حروف وأرقام مفهومة على دعامة مادية وغالبًا ما تكون دعامة ورقية، حتى يكتسب هذا المحرر حجيته في الإثبات يجب أن يكون موقّع بخط اليد أو أي من الوسائل البديلة للتوقيع كالختم، فالكتابة من جهة والتوقيع من جهة أخرى هما عنصرا الدليل الكتابي الذي يعتد به في الإثبات، فالمُحَرَر الممهور بتوقيع صاحب الشأن أو طرفي الاتفاق يعكس رضاهم على ما جاء فيه[4].

=في الإثبات، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2012م، ص14 وما بعدها، وينظر كذلك: نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط3، 2010، ص201 وما بعدها.

(1) Ivan Barreau, L'écrit comme meilleure preuve: toujours une vérité à l'ère numérique? Disponible sur: https://2u.pw/15N2K p. consultée: février 2020.

(2) "الشهادة في اصطلاح الفقهاء هي أخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير..." الطعن رقم (27) لسنة 46 قضائية، بتاريخ 1978/05/31م، مكتب فني29، ج2، متاح على موقع شبكة قوانين الشرق:https://www.eastlaws.com/ ، آخر زيارة إبريل 2020م.

(3) م. أنور طلبة، الوسيط في شرح قانون الإثبات، مرجع سابق، ص211 وما بعدها، راجع كذلك: نور الدين الناصري، المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد12، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ط1، 2007م، ص9.

(4) د. عبد الله نوار شعث، العقد الإلكتروني في إطار التشريعات العربية، مرجع سابق، ص473 راجع كذلك: د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط3، 2017م، ص120، راجع كذلك:=

وإنّ عنصر الكتابة الذي يقترن بالتوقيع هو الذي يكون المحرر الذي يتمّ استخدامه كدليل له حجية في الإثبات، والكتابة تعد من أهمّ وسائل الإثبات وأكثرها قوة إذا ما قورنت بغيرها من وسائل الإثبات الأخرى، ولتوضيح فكرة الإثبات بالمحرر الإلكتروني نحن بحاجة إلى عقد المقارنة بينه وبين فكرة الإثبات التقليدي من خلال البيئة التي ينشأ بها كلّ من المحررين، فإذا كان الدليل الكتابي كما وضحت يقوم أساسًا على الكتابة الخطية، واعتمدت هذه الوسيلة كأهم وسيلة للإثبات في مجال العقود لما توفره من ضمانات لأطراف العلاقة التعاقدية وفي تقليل فرص نشوب النزاعات، وخاصة إذا كانت الالتزامات مكتوبة بشكل واضح وصريح يحدد لكل طرف ما له من حقوق وما عليه من التزامات، إلى جانب أنها تحفظ الحقوق في حال النسيان أو موت الشهود، فكيف تكون الكتابة الإلكترونية بديل للكتابة التقليدية وهي لا تحمل ذات المواصفات التي جبلت عليها الكتابة التقليدية، هذا ما نتابع بحثه من خلال تحديد المحرر الإلكتروني وحجيته.

المطلب الثاني

تحديد مفهوم المحرر الإلكتروني

ظهر الحاسب الآلي وأصبح من السهل تثبيت جميع الحقوق عليه، وظهر الشكل الجديد للكتابة التي تتم على وسائط إلكترونية وبدأ التحول من المحررات الورقية إلى الإلكترونية[1].

ولِتَتَبُع هذا التطور وما يثيره من إشكاليات لم تكن معروفة من قبل، تتناول الدراسة في هذا المطلب الكيفية التي يتمّ بها كتابة هذا المحرر الإلكتروني من خلال تعريف الكتابة الإلكترونية لغةً ومن حيث المصطلح والمضمون ثم بعد ذلك نتناول إشكالية الإثبات بالمحرر الإلكتروني وذلك في الفروع الآتية:

=Yousef Shandi, La formation du contrat à distance par voie électronique, Thèse de doctorat en Droit privé, Sous la direction de Georges Wiederkehr, Université Robert Schuman Strasbourg III Faculté de droit, 2005, p. 285, Disponible sur: https://2u.pw/pHDKQ, p. consultée: février 2020.

(1) Delphine Gardey, Écrire, calculer, classer, Comment une révolution de papier a transformé les sociétés contemporaines (1800-1940), Editions La Découverte, Paris, 2008, p. 25.

راجع كذلك: منية نشناش، مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات، مجلة دراسات، كلية علوم الشريعة والقانون، المجلد 45، العدد (4)، 2018، ص2 وما بعدها، الدراسة متاحة على: https://cutt.us/2Y7lr، آخر زيارة: مارس 2020م.

الفرع الأول: التعريف اللّغوي للكتابة الإلكترونية

تتكون الكتابة الإلكترونية من مقطعين، المقطع الأول هو "الكتابة" أمّا المقطع الثاني فهو "الإلكترونية" وعليه ينبغي علينا تحديد مدى تطور مصطلح الكتابة وصولا إلى تحديد الكتابة الإلكترونية.

أولًا: مدى تطوّر مصطلح "الكتابة"

إن بحث الكتابة التقليدية في مواجهة الكتابة الإلكترونية، يقتضي منا التعمق في بيان تركيب الكتابة، فالكتابة من حيث المصطلح؛ هي الخط وتصوير الألفاظ بحروف هجائية، وهي اشتقاق للفعل الثلاثي (كتب)، يقال كتب يكتب كتبًا، ويقال كتب الكتاب: عقد النكاح، و(كتب) فلانًا علمه الكتابة وجعله يكتب، والكتابة لغة هي مصدر كتب، يقال: كتب، يكتب، كتبًا وكتابة، مكتبة، كتبه فهو كاتب[1]، وقد تطلق الكتابة على العلم منه قوله سبحانه وتعالى: ﴿**أَمْ عِنْدَهُمُ الْغَيْبُ فَهُمْ يَكْتُبُونَ**﴾[2]، وقد يقصد بها الفرض، قال تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ**﴾[3].

عرف جانب من الفقه الكتابة بأنها: (أية رموز وعلامات تعبر عن الفكر والقول بصرف النظر عن الدعامة أو الوسيط الذي يتمّ إفراغ الكتابة فيه، فقد تكون الكتابة على حجر أو جلد أو خشب أو أي مادة أخرى قابلة للكتابة عليها والاحتفاظ بها، والكتابة تكون بأي لغة أجنبية كانت أم محلية وأية اختصارات بشرط أن تكون مفهومة وأن يتمّ تأكيد نسبة الكتابة أو المعلومات إلى شخص معين)[4].

وعرفها جانب آخر، بأنها: (ذلك الخط الذي يكون من أجل إثبات الحقوق وتوثيقها بشروط خاصة من أجل الرجوع إليها عند احتياجها)[5].

---

(1) مجمع اللّغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ط 4، ص774، 2008م.

(2) سورة الطور: الآية (41).

(3) سورة البقرة: الآية (183).

(4) ينظر: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الأول في نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيًا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2004م، ص182، ينظر كذلك: د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص252 وما بعدها.

(5) د. خالد حسن أحمد لطفي، المستند الإلكتروني ووسائل إثباته وحمايته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2019، ص 72 وما بعدها.

والقضاء الفرنسي أكد في سوابق قضائية له أنه ليس هناك أهمية لنوع الدعامة المستخدمة طالما تؤدي وظيفتها في الاحتفاظ بما دوّن عليها من معلومات، فقد جاء في حكم له: (أن الكتابة يمكن أن تنشأ أو تحفظ على أي دعامة بما في ذلك الفاكسات، طالما تم التحقق من سلامتها ونسبتها إلى شخص معيّن، ولم يتمّ الطعن في ذلك)[1].

على الرغم من أن غالبية التشريعات لم تكن تهتم بوضع تعريف لمصطلح الكتابة، ويعزى ذلك للرغبة في عدم تقييدها بنمط معين، ولإفساح المجال لأنماط جديدة من الكتابة قد تظهر مستقبلاً، ولكن المُشرّع الفرنسي تبنى اتجاهًا آخر في التعديلات الأخيرة التي أدخلها على النصوص المتعلقة بالإثبات في القانون المدني الفرنسي[2]، حيث وضح مصطلح الدليل الكتابي الذي يمكن الاعتداد به كدليل إثبات كتابي، إذ جمع بين الكتابة بشكلها التقليدي والحديث من دون أن تعير الدعامة المثبتة لها أي اهتمام، فقد نصت المادة (1316) منها على أن: (...الكتابة تشمل كلّ تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي إشارات ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة، أيًا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره"[3].

---

(1) Avant la loi du 13 Mars 2000, la jurisprudence avait déjà eu l'occasion d'admettre la recevabilité d'un écrit électronique, On retiendra surtout pour sa pédagogie un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation le 2 décembre 1997 qui a statué en ces termes: "l'écrit peut être établi et conservé sur tout support, y compris les télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées", Cass.Com, 2 Déc, 1997, D,1998, p. 192, note D, R Martin.

(2) الجدير بالذكر أن من أوائل الفقهاء الذين أخذوا بالمفهوم الموسع للكتابة، مارسيل فونتين وجاك لاريو، الذين عرفا الكتابة بأنها: "التعبير باللّغة بشكل إشارات مثبتة أو التعبير عن الكلام أو الفكر بشكل رموز"، وهذان التعريفان ساهما بشكل كبير في تكوين فكر المشرعين الفرنسيين عند تعريف مفهوم الكتابة في التشريعات الحديثة المتأثرة بتكنولوجيا المعلومات، ينظر:

"Auteurs ayant prôné cette approche extensive de la notion d'écrit, mentionnons Marcel Fontaine et Jacques Larrieu qui ont respectivement défini l'écrit comme´ l'expression du langage sous la forme de signes apposés sur un support ª20 ou´ l'expression de la parole ou de la pensée par des signes" V: Stéphane Caïdi, La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information, Mémoire présenté pour la Faculté des Études supérieures en vue de l'obtention du grade Maîtrise en droit (L.L.M.), Université de Montréal - Faculté de droit, p. 8.

(3) Art, 1316 du code civil français dispose: La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission "modifiant le code civil, la loi n°: 2000/230 du 13 Mars 2000 portant l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies de l'information et relative à la signature électronique, Disponible sur: https://www.legifrance.gouv.fr/, p. consultée: février 2020.

والتعديل التشريعي الذي أدخل على القانون المدني الفرنسي، أرسى مبدأ الحياد التقني الذي يستوعب مفهوم الكتابة بشكلها القديم التقليدي ومفهوم الكتابة بشكلها الحديث الإلكتروني، وأي شكل آخر ممكن أن يظهر مستقبلًا، وبهذا فهو يأخذ بالاتجاه الذي يوسع من مفهوم الكتابة، وذلك لمجاراة التطورات التي يمكن أن تطرأ في المستقبل[1].

ثانيًا: مصطلح (الإلكترونية)

تضمنت التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية في دول مجلس التعاون الخليجي تعريفًا لمصطلح (إلكتروني)، حيث نصت الفقرة (4) من المادة الأولى من قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني والخاصة بالتعريفات، بأنه يقصد بـِ إلكتروني: **(تقنية استعمال وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو كهرومغناطيسية أو بصرية أو بايومترية أو فوتونية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة)**، أمّا المُشرّع العماني، فقد نصّ في المادة الأولى من الفصل الأول الخاص بالتعريفات على أن مصطلح إلكتروني يعني: **(أية وسيلة تتصل بالتقنية الحديثة وذات قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لا سلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو ضوئية أو أية قدرات مماثلة لذلك)**، وإذا انتقلنا إلى نظام التجارة الإلكترونية السعودي تجد الباحثة أنه لم يخرج عن هذا السياق، فقد نصّ في المادة الأولى الخاصة بالتعريفات على تعريف لمصطلح "وسيلة إلكترونية" وهي: **(إية تقنية استعمال من وسائل تقنية الاتصالات والمعلومات سواء كانت كهربائية، أو كهرومغناطيسية، أو بصرية، أو ضوئية أو رقمية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة)** ولم يختلف المُشرّع القطري أو الكويتي أو الإماراتي عما جاء في النصوص السابقة، بل أتت جميع التشريعات الخليجية بالتعريف نفسه مع اختلاف بسيط باستخدام المفردات.

الملاحظ على التعريفات السابقة هو أن مصطلح (إلكتروني)، يشمل جميع الوسائل الإلكترونية الحديثة سواء كانت مسموعة أو مرئية أو جميع ما سبق، وذلك يؤكد أن هذا العالم الافتراضي عالم متنوع ومتطور، فقد تتعدد التقنيات المستخدمة فيه ولكنها بالنهاية تصنف تحت مسمى "إلكتروني".

---

(1) محمد مصطفى التونسي، الطبيعة القانونية للمحررات الإلكترونية ومدى حجيتها في الإثبات، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، اللاذقية – سوريا، المجلد40، العدد6، 2018م، ص260 وما بعدها.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للكتابة الإلكترونية

الكتابة الإلكترونية هي تلك الكتابة التي أفرزتها تقنيات التكنولوجيا الحديثة، وسنحاول في هذا الفرع شرح ماهية هذا النوع من الكتابة من خلال دراسة التعريفات التي تناولتها بعض التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية:

أولاً: اتفاقية فيينا: تنص هذه الاتفاقية في المادة (11) منها على أنه: (لا يشترط أن يتمّ انعقاد عقد البيع أو إثباته كتابة ولا يخضع لأي شروط شكلية ويجوز إثباته بأي وسيلة بما في ذلك الإثبات بالبينة)، وتنص المادة (13) منها، على أنه: (يشمل مصطلح (كتابة) في حكم هذه الاتفاقية: الرسائل البرقية والتلكس)[1].

ثانيًا: القانون المدني الفرنسي: جمعت المادة (1316) من هذا القانون والمتعلقة بالإثبات بين مفهوم الدليل الكتابي التقليدي، والحديث، لإنها لم تفرق بين الدعامة المادية أو الإلكترونية أو أي نوع آخر ممكن أن يظهر مستقبلًا، طالما باستطاعتها أن تؤدي وظيفتها في حفظ المعلومات بكفاءة، وجاء هذا التعريف ليعدل المواد الخاصة بالإثبات ويجعلها مواكبة لأي تقدم عن طريق توسيع مفهوم الكتابة[2].

ثالثًا: قانون التوقيع الإلكتروني المصري: عرف الكتابة الإلكترونية في المادة (1/أ) بإنها: (كلّ حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك)[3].

---

(1) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا): https://cutt.us/AQMaE، آخر زيارة مارس 2020م، يفهم من نصّ المادة المذكورة أن اتفاقية فيينا أخذت بمبدأ حرية الإثبات، فهي لم تشترط الكتابة في الإثبات بل يمكن أن يتمّ ذلك بأي بيّنة وهذا المفهوم الموسع لا يمنع من الأخذ بالمحررات الإلكترونية، وتجدر الإشارة إلى أن هذه الاتفاقية ليست حديثة فهي تعود إلى عام 1980م، ولكن تم صياغتها بحيث تتسع للتطورات التي أحدثتها تكنولوجيا المعلومات.

Article 11: "Le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre condition de forme, Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins".

(2) بسبب التطور في مجال تكنولوجيا المعلومات تم تعديل مواد القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالإثبات، بموجب القانون رقم (230) لسنة 2000م، الصادر في 13 مارس 2000م، لتعكس هذا التطور.

(3) تميز المُشرّع المصري بتعريف الكتابة الإلكترونية وتبعه المُشرّع الكويتي في ذلك، وتجدر الإشارة إلى أن المُشرّع الكويتي تأخر في إصدار قانون المعاملات الإلكترونية إذا ما قارنا ذلك بنظرائه من الدول العربية والخليجية، قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004م، متاح على: https://2u.pw/lpQNl، آخر زيارة: إبريل 2020م.

رابعًا: قانون التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية العراقي: عرف الكتابة الإلكترونية في الفقرة (18) من المادة (3) بأنها: (كل حرف أو رقم أو رمز أو أية علامة أخرى تثبت على وسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك والفهم)[1].

خامسًا: قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي: عرفت المادة الأولى منه والخاصة بالتعريفات، الكتابة الإلكترونية، حيث جاء فيها: (...الكتابة الإلكترونية: كلّ 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 ويمكن استرجاعها لاحقًا...)[2].

ولم يورد تعريف للكتابة الإلكترونية بشكل صريح في بعض التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية، ولكن كثيرًا منها لجأت إلى تعريف المعلومات أو البيانات الإلكترونية، والكتابة الإلكترونية ماهي إلا مجموعة من البيانات والمعلومات التي يتمّ تخزينها بشكل إلكتروني على وسيط إلكتروني، من ذلك ما ورد في القوانين الآتية:

أولاً: قانون اليونسترال النموذجي: نصّ في المادة (6) منه: (عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقًا).

وقد جاء تعريف (رسالة البيانات) في المادة الثانية من القانون نفسه، بإنها: (المعلومات التي يتمّ إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي)[3].

ثانيًا: قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني: عرفت الفقرة (37) من المادة الأولى المعلومات، بأنها: (البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز والبرمجيات وقواعد بيانات، وما شابه ذلك)[4].

---

(1) قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012م، متاح على: https://2u.pw/189ox، آخر زيارة مايو 2020م.

(2) القانون منشور على موقع البوابة الإلكترونية لدولة الكويت: https://www.e.gov.kw، آخر زيارة ديسمبر 2020م.

(3) قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، متاح على:https://2u.pw/7EQks ، آخر زيارة مارس 2020م.

(4) مرسوم بقانون رقم (54) لسنة 2018م، بإصدار قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية، متاح على موقع هيئة التشريع والرأي القانوني: https://2u.pw/Evc5C، آخر زيارة مارس 2020م.

ثالثًا: نظام التعاملات الإلكترونية السعودي: عرفت الفقرة (11) من المادة الأولى البيانات الإلكترونية: (بيانات ذات خصائص إلكترونية في شكل نصوص، أو رموز، أو صور، أو رسوم، أو أصوات أو غير ذلك من الصيغ الإلكترونية، مجتمعة أم متفرغة)[1].

رابعًا: قانون المعاملات الإلكترونية العماني: عرفت الفقرة (9) من المادة الأولى، المعلومات الإلكترونية حيث جاء فيها: (معلومات أو بيانات يتمّ تبادلها إلكترونيًا في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو خرائط أو برامج حاسب آلي أو غيرها من قواعد البيانات)[2].

خامسًا: قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري: عرفت الفقرة (11) من المادة الأولى المعلومات: (البيانات التي تكون على شكل نصوص، أو رموز، أو رسوم، أو صور أو كلام أو أصوات)[3].

سادسًا: قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي: عرفت الفقرة (7) من المادة الأولى المعلومات الإلكترونية، بأنها: (بيانات ومعلومات ذات خصائص إلكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج الحاسب الآلي أو غيرها)[4].

ويتضح من خلال استعراض هذه النصوص السابقة ما يأتي:

1- أن مفهوم الكتابة تغير، وانتقلنا من شكل الكتابة التقليدي المادي الملموس، التي تتم بواسطة استخدام أدوات الكتابة المعروفة كالقلم والحبر إلى الكتابة المثبتة على وسيط إلكتروني تتم برموز إلكترونية في عالم غير محسوس بفضاء الإنترنت، سواء كانت عبارة عن نصّ أو صورة أو حتى مستند صوتي، ونصت على ذلك جميع التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية في دول الخليج.

---

(1) نظام التعاملات الإلكترونية السعودي، النظام متاح على موقع هيئة الاتصالات والمعلومات السعودية: https://cutt.us/wGlZ2، آخر زيارة: ديسمبر 2019م.

(2) مرسوم سلطاني رقم (2008/69) بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية العماني، متاح على موقع قانون: https://qanoon.om/، آخر زيارة: يناير 2020م.

(3) ومرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2010م، بإصدار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري، متاح على موقع الميزان: https://cutt.us/64PC3، آخر زيارة: ديسمبر 2019م.

(4) قانون اتحادي رقم (1) لسنة 2006م، في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، متاح على موقع شبكة قوانين الشرق: www.eastlaws.com، آخر زيارة: ديسمبر 2019م.

2- أن ما يميز الكتابة التقليدية، هو متى ما تم إفراغها في مستند ورقي يمكن الرجوع إليها بيسر وسهولة عكس المستند الإلكتروني الذي لا يمكن الوصول إليه إلا من خلال وسيط كجهاز الحاسوب أو أي من الأجهزة المتطورة الحديثة.

3- أن الكتابة ممكن أن يتمّ إفراغها على أي نوع من الدعامات، مادية كانت أم إلكترونية أو ضوئية أو أي نوع آخر، ولن يؤثر ذلك على صحتها، أي أن مفهوم الكتابة يتسع لاستيعاب كلّ الدعائم التي يمكن أن تفرز عنها التطورات التكنولوجية في المستقبل، ويجب علينا أن نتخلى عن فكرة أن الدعامة دائمًا ورقية.

4- أن مناط الاعتراف بالدعامة الحاملة للبيانات المكتوبة، هو قدرتها على الاحتفاظ بما دون عليها، فلا يوجد أي نصّ قانوني يوجب تدوينها على دعامة معينة بذاتها، وإنما تتحدد صلاحية الدعامة من خلال قدرتها على أداء وظيفتها بحفظ البيانات[1].

المطلب الثالث

تحديد إشكالية الإثبات بالمحرر الإلكتروني

ظل المحرر الورقي مهيمنًا على عرش المحررات الكتابية في الإثبات لفترة طويلة من الزمن لدرجة الاعتقاد أن المحرر لا يكون إلا على دعامة ورقية، وتكونت قناعة بأن مصطلح الورق يرادف مصطلح المحرر، لدرجة أنه أصبح هناك خلط بين مفهوم المحرر ومفهوم الورق، وحقيقة الأمر أن الورق ما هو إلا نوع واحد من أنواع الدعامات التي يقوم عليها المحرر، فلا يوجد – قانونًا– ما يمنع أن تكون الكتابة على أي دعامة أخرى قادرة على حفظ الكتابة الموجودة عليها، كالخشب أو الجلود أو غيرها[2].

---

(1) Ainsi, les supports qui portent l'information du document sont interchangeables et, l'exigence d'un écrit n'emporte pas l'obligation d'utiliser un support ou une technologie spécifique", pour plus d'informations voir: Claude Fabien- Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et avocat, La preuve par document technologique, Université de Montréal, Faculté de droit, 2004, disponible sur: https://cutt.us/NP7BV, p. consultée: Juin 2020.

(2) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص117، راجع كذلك: أ.د طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، مرجع سابق، ص392 وما بعدها.

فالوظيفة الأساسية للدعامة هي احتفاظها بما دون عليها، لتمكين مالكها أو الغير الاطلاع عليها في وقت الحاجة إلى ذلك، فالكتابة مرتبطة بالدعامة المدونة عليها ارتباطا وثيقا لا يقبل التجزئة، فهما بمثابة الجسد والروح لا يمكن الفصل فيما بينهم[1].

عليه نعرف المحرر الإلكتروني ابتداء ثم الشروط الواجب توافرها في المحرر الإلكتروني للاعتداد به كدليل إثبات يتمتع بالحجية القانونية، ثم نتابع الموضوع من خلال إشكالية المواجهة مع الحجية والمحرر التقليدي، وهذا هو موضوع الفروع الآتية:

الفرع الأول: الإثبات بالمحرر الإلكتروني بصورة عامة

للبحث في هذه الإشكالية، نبدأ بتعريف المحرر الإلكتروني ثم نتناول جوانبه المختلفة، التي تظهر الإشكالية في هذا النطاق، وذلك على النحو الآتي:

أولًا: تعريف المحرر الإلكتروني:

عُرّف المحرر الإلكتروني في الفقه وفي القوانين وهذا ما نبينه تباعاً فيما يأتي:

1- التعريف الفقهي

تنوعت التعريفات بالنسبة إلى المحرر الإلكتروني، ومنها أن المحرر الإلكتروني هو: (رسالة معلومات تحتوي على بيانات يتمّ إنشاؤها أو تخزينها أو دمجها أو إرسالها أو استقبالها بوسيلة إلكترونية)[2].

وفي تعريف آخر لا يخرج عن مضمون التعريف السابق، بأنه: (مجموعة من البيانات التي تنشأ وترسل أو تسلم وتخزن باستخدام وسائل إلكترونية، أو من خلال وسيط إلكتروني)[3].

---

(1) محمد حسام محمود لطفي: دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص8، راجع كذلك: الطعن رقم (17689) لسنة 89 قضائية، الدائرة التجارية والاقتصادية، تاريخ 2020/3/10م، جاء في حكم لمحكمة النقض – للدائرة التجارية والاقتصادية: (...أنه ولئن كانت الكتابة على الورق هي الأصل الغالب، إلا أن المحرر لم يكن في أي وقت مقصورا على ما هو مكتوب على ورق وحده، وكلّ ما يتطلبه المُشرّع للإثبات هو ثبوت نسبة المحرر إلى صاحبه، فلا ارتباط قانونا بين فكرة الكتابة والورق، ولذلك لا يشترط أن تكون الكتابة على ورق بالمفهوم التقليدي ومذيلة بتوقيع بخط اليد، وهو ما يوجب قبول كلّ الدعامات الأخرى – ورقية كانت أو إلكترونية أو أيا كانت مادة صنعها – في الإثبات...).

(2) د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص120.

(3) د. عمرو محمد المارية، عقد البيع الإلكتروني أحكامه وآثاره، مرجع سابق، ص510.

وعرفه البعض الآخر بناء على مفهوم الكتابة الإلكترونية بأنه: (مجموعة من الحروف أو الأرقام أو الرموز والأصوات أو أية علامات أخرى يمكن أن تثبت على دعامة إلكترونية، ويمكن قراءتها وعدم العبث بمحتواها، والاحتفاظ بكلّ المعلومات الأخرى على نحو يتيح الرجوع إليها عند الحاجة)[1].

وتأسيسًا على جميع ما سبق، فإن المحرر الإلكتروني يعني كلّ أنواع الملفات المعلوماتية التي تأتي بصورة إلكترونية سواء كان مضمونها صوت، رسوم أو كتابة، أي هي المخلوق الجديد الذي أفرزه التطور في مجال تكنولوجيا الاتصال وقضى على مفهوم ترسخ بأذهاننا مدة طويلة من الزمن.

2- تعريف المحرر الإلكتروني في المنظمات الدولية والتشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية

تضمنت القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية، تعريفات للمحرر الإلكتروني، نستعرض منها ما يأتي:

أ- قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية

أطلق على المحرر مصطلح (رسالة البيانات) وهي استنادًا إلى المادة (2/أ): (المعلومات التي يتمّ إنشاؤها، أو إرسالها، أو استلامها، أو تخزينها بوسائل إلكترونية، أو صوتية، أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني، أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي).

ب- قانون التوقيع الإلكتروني المصري

نص المُشرّع المصري في المادة (ب/1) على تعريف (المحرر الإلكتروني)، حيث جاء فيها: (المحرر الإلكتروني: رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كليًا أو جزئيًا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة).

ج- قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني

استخدم المُشرّع البحريني مصطلح (سجل إلكتروني)، حيث جاء في المادة (1/3): (سجل إلكتروني: معلومات يتمّ إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسيلة إلكترونية، وتشمل بحسب

---

(1) د. محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص272.

الأحوال، كلّ المعلومات التي تقترن أو ترتبط منطقيًا بالسجل على نحو يجعلها جزءًا منه سواء أنشئت بوقت متزامن أم لا).

د- قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي

أطلق على المحرر الإلكتروني اسم (المستند أو السجل الإلكتروني)، حيث جاء في المادة (1/6): (المستند أو السجل إلكتروني: مجموعة بيانات أو معلومات يتمّ إنشاؤها أو تخزينها أو استخراجها أو نسخها أو إرسالها أو إبلاغها أو استقبالها كليًا أو جزئيًا بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على وسيط إلكتروني آخر، وتكون قابلة للاسترجاع بشكل يمكن فهمه).

هـ- نظام التعاملات الإلكترونية السعودي

استخدم المُشرّع السعودي مصطلح (السجل الإلكتروني) كنظيره البحريني والكويتي، حيث جاء في المادة (1/13): (السجل الإلكتروني: البيانات التي تنشأ أو ترسل أو تسلم أو تبث أو تحفظ بوسيلة إلكترونية، وتكون قابلة للاسترجاع أو الحصول عليها بشكل يمكن فهمها).

و- قانون المعاملات الإلكترونية العماني

اعتمد المُشرّع العماني في قانونه مصطلح (سجل إلكتروني)، جاء في نصّ المادة (1/8): (سجل إلكتروني: العقد أو القيد أو رسالة المعلومات التي يتمّ إنشاؤها أو تخزينها أو استخراجها أو نسخها أو إرسالها أو إبلاغها أو تسلمها بوسائل إلكترونية على وسيط ملموس أو أي وسيط آخر ويكون قابلًا للتسلم بشكل يمكن فهمه).

ز- القانون الاتحادي الإماراتي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية

تبنّى المُشرّع الإماراتي مصطلح (السجل أو المستند الإلكتروني)، حيث نصّ في المادة (1/9) على: (سجل أو مستند إلكتروني: سجل أو مستند يتمّ إنشاؤه أو تخزينه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على وسيط إلكتروني آخر ويكون قابلًا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه).

ويبدو من خلال عرض هذه التعريفات التشريعية للمحرر الإلكتروني الاختلاف في تسمية هذا المحرر، ما بين مستند إلكتروني أو سجل إلكتروني أو رسالة بيانات، إلا أن جميعها يعبر عن ذات المضمون، وما يهم هو القدرة على الحفظ والتخزين والاستخراج كما هو مبين في التعريفات التشريعية، وبمعنى آخر لا يمكن الاعتداد بالمحرر الإلكتروني كدليل إثبات إلا إذا توافرت به بعض الشروط التي نصّ عليها القانون، وهو ما نبينه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

ثانيًا: شروط حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات

واجه قبول الإثبات بالمحررات الإلكترونية العديد من العراقيل، ومن هنا اهتم الفقه في وضع شروط للمحرر الإلكتروني ليكون المحرر على صورة يمكن بها تجاوز جميع العراقيل التي تواجه الاعتداد به كدليل في الإثبات، ونبين هنا الشروط بصورة عامة، وشرط الثبات وعدم التعديل بوصفه من أهمّ الشروط في بالمحرر الإلكتروني، بعد أن كان من البديهيات المُسلّم بها في المحرر التقليدي.

1- الشروط بصورة عامة

وهذه الشروط هي:

أ- يجب أن يكون المحرر قابلًا للقراءة

ونقصد بذلك أن يكون المحرر المتضمن للكتابة المراد الاحتجاج به كدليل إثبات ناطقًا بما فيه، أي أن يكون متضمنًا لكلمات مترابطة بلغة مفهومة للغير واضحة الدلالة عما تريد التعبير عنه، ويتم ذلك من خلال تدوينه بحروف ورموز وأرقام وبيانات، تمكن القارئ وكلّ من له مصلحة من فهمه واستيعاب محتواه، سواء بشكل مباشر أي بمجرد الاطلاع على المحرر في حالة المحررات الورقية أو بشكل غير مباشر من خلال وسيط، فالكتابة المخزنة في قرص لا يمكن قراءتها عن طريق إدخال القرص في جهاز الحاسوب[1].

وقد أقرت ذلك معظم التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، حيث جاء في قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في المادة (6) منه على أنه: (...تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها...)، والمقصود بعبارة "إذا تيسر الاطلاع عليها" هو إمكانية فهم وتفسير البيانات.

وقد نصّ على ذلك المُشرّع الفرنسي في المادة (1316) على أن: (...الكتابة تشمل كلّ تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي إشارات ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة، أيًا

) 1(L'écrit doit être lisible par l'homme, certes, mais avec ou sans la possibilité d'utiliser une technologie telle qu'un programme ou un logiciel informatique" ،V: Stéphane Caïdi, La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information, Op.cit., p. 20.

يحتفظ الحاسوب بالأرقام والأحرف كمجموعة إشارات مكونة من تسلسل رقمي (0 و10)، فعلى سبيل المثال يرمز إلى الحرف (أ) بـ (00000001) وإلى الحرف (ب) بـ (0000011)، ينظر في ذلك: د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص131، هامش(1).

كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره)، أي ضرورة أن يكون المحرر مقروءًا ومفهومًا بحيث تعبر على مضمون البيانات الواردة فيه بشكل مفهوم.

ب- استمرارية الكتابة ودوامها

لا يكفي أن يكون المحرر الكتابي مقروءًا، بل يجب أن تستمر إمكانية الرجوع إلى هذا المحرر والاطلاع على محتواه كلما دعت الحاجة إلى ذلك [1]حيث نصّ قانون اليونسترال النموذجي، والذي يعد الدليل الاسترشادي لمعظم الدول عند سنّ تشريعاتها بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في المادة (6) منه: (عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً)، وقد نصّ المشرع البحريني على المضمون نفسه في المادة (10/1)، حيث جاء فيها: (...أن تكون المعلومات الواردة في السجل الإلكتروني قابلة لأن يتمّ النفاذ إليها بما يمكن من استعمالها عند الرجوع إليها لاحقًا)، أي أن يتمّ تدوينه على دعامة تسمح بثبات الكتابة عليه ودوامها، وهذه الخاصية هي التي أعطت للورق مكانة كبيرة لقدرتها بالاحتفاظ على ما دون عليها من كتابة إذا تم تخزينها بشكل صحيح، وإذا ما قارنّا ذلك بالمحررات الإلكترونية سنتصور عدم إمكانية تطبيق هذ الشرط نظرًا إلى حساسيتها الفائقة وسرعة تعرضها للتلف إمّا بسبب رداءة وسيلة التخزين الإلكترونية، وإمّا بسبب أعطال تقنية، قد يكون هذا الكلام صحيحًا عند بداية ظهور هذا النوع من التعاقد ولكن مع تقدم الوقت تم تفادي هذه السلبيات والتغلب عليها عن طريق ابتكار وسائل تخزين ذات جودة عالية، وعالم التكنولوجيا في تطور مستمر حتى أصبحت خاصية الحفظ بالنسبة إلى المحررات الإلكترونية أفضل من المحررات التقليدية ولا سيّما أن الأخيرة معرّضة للتلف والتآكل بسبب سوء التخزين والعوامل المناخية والزمنية[2].

---

(1) وتجدر الإشارة إلى أن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية ومنها تشريعات دول مجلس التعاون تضمنت نصوصًا مماثلة، حيث نجد نصوصا مطابقة للمعنى في: المادة (ب/6) من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي، والمادة (ب/8) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني، والمادة (23/3) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري، والمادة (ب/9) من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي، والمادة (ب/5) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.

(2) بشار طلال أحمد المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، القاهرة، 2003م، ص103، راجع كذلك:

Florent Suxe, La Preuve du Contrat Électronique, Master 2 – Droit des Contrats, Université Jean Monnet, Paris, 2012, p. 9, Disponible sur: www.memoireonline.com, p. consultée: Juin 2020.

2- شرط الثبات وعدم القابلية للتعديل

يشترط لإعطاء المحرر حجيته في الإثبات أن يكون محتواه ثابتًا وغير قابل للتعديل، أي أن يحفظ المحرر كما هو من دون تحريفه أو إدخال تعديلات عليه، سواء بالحذف أو الإضافة إذ تنقص من قيمته القانونية[1] وهو المعنى الذي نصت عليه الفقرة (ب/1) من المادة (10) من قانون اليونيسترال، حيث جاء فيها: (...الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أُنشأت أو أُرسلت أو أُستلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أُنشأت أو أُرسلت أو أُستلمت) وقد نصّ المشرع البحريني على المضمون نفسه في المادة (10) الفقرة (2/أ)، حيث جاء فيها: (...أن يتمّ حفظ السجل الإلكتروني بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو أستلم به، أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات الأصلية التي تم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها)[1].

وإذا عقدنا مقارنة بين نوع الدعامة التقليدية وهي غالبًا ما تكون الورق بنوع الدعامة الحديثة التي تتمثل في الوسيط الإلكتروني، سنرى أن الأولى تميزت بالثبات والدوام وعدم القابلية لإدخال التعديلات عليها بشرط أن يتمّ حفظها في مكان تتوافر فيه الشروط اللازمة لبقاء المحرر الورقي بعيدًا عن الرطوبة أو التآكل أو أي عوامل تؤدي إلى تلفه، إلى جانب إنه يمكن اكتشاف أي تعديل تم إدخاله على المحرر بسهولة بالغة وغالبًا ما يتمّ اكتشافها بالعين المجردة، في المقابل تفتقر المحررات الإلكترونية إلى ميزة الاحتفاظ بما هو مدون على الوسائط الإلكترونية وهي دائمًا قابلة للتعديل وإدخال الإضافات من دون أن تترك أي أثر أو أن تلحق ضررا بالمحرر[2].

ويتم حلّ هذه الإشكالية تبعًا لتطور التكنولوجيا الحديثة، حيث تم ابتكار برامج تمكن مستخدميها من تحويل النص الإلكتروني القابل للتعديل إلى نصّ ثابت بالصورة النهائية بحيث لا يمكن تحريفه وترتيبًا على ذلك أصبح بالإمكان حفظ المحرر الإلكتروني بصورة ثابتة مستقرة لا تقبل إدخال أي تعديلات على محتواها[3].

---

(1) تطابق هذه المادة، المادة (أ/6) من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي، والمادة (أ/8) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني، والمادة (23/1) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري، والمادة (أ/9) من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي، والمادة (أ/5) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.

(2) Xavier Linant de Bellefonds et Alain Hollande, Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet, Op.cit., p. 288.

(3) هناك برامج خاصة بالحاسوب تقوم بتحويل النص الإلكتروني إلى صورة ثابتة لا يمكن إدخال أي نوع من التعديلات عليه وتحفظ النص كما هو على صورته النهائية ويطلق على هذا البرنامج: (DIP)، وهناك طريقة أخرى يتمّ من خلالها حفظ المحررات في صناديق إلكترونية، تفتح برقم سري خاص، والتي تشرف عليه جهات التوثيق العامة والخاصة، ويطلق على هذه الطريقة (Authentication Authority)، لمزيد من التفصيل راجع:=

بناءً على ما تقدم يتبين للباحث أن هناك شروطًا يجب توافرها في أي نوع من المحررات حتى تكتسب حجيتها في الإثبات وهذه الشروط هي: قابلية المحرر للقراءة، استمرارية وجود المحرر وأن يكون ثابتًا غير قابل للتعديل، والتشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية في دول مجلس التعاون تضمنت الشروط الواجب توافرها في المحرر للتعويل عليه كدليل إثبات، وهذا ما يؤكد أن الكتابة المعتد بها في الإثبات لا تقوم بالنسبة إلى المحررات الإلكترونية على نوع الوسيط المثبتة عليه وشكل الكتابة، إنما على قدرتها في إداء وظيفتها في الإثبات وتحقيق الغرض الذي وضعت من أجله وذلك لا يكون إلا بتوافر الشروط التي ذكرناها أعلاه.

الفرع الثاني: إشكالية المواجهة مع الحُجيّة والمحرر التقليدي

يثور التساؤل: هل توافر الشروط التقليدية للمحرر في المحررات الإلكترونية، يكون كافيًا للاعتراف بحجية وقانونية المحررات الإلكترونية ومساواتها بالتقليدية في الإثبات والاعتماد عليها عند نشوب أي نزاع أو خلاف ما بين أطراف التعاقد أو المعاملة الإلكترونية؟

لمواجهة هذه الإشكالية، لا بُدّ من تبلور قانونية المحرر الإلكتروني نحو تبنيه دليلًا في الإثبات، ولا يكون ذلك إلا عن طريق معالجة المعوقات التي تضعفه بوصفه دليلا في الإثبات إذا قِيْسَ بالمحرر التقليدي، ولقد اتجهت التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية إلى تنظيم المحرر الإلكتروني من خلال وضع ضوابط له تقربه من الحجية التي يتمتع به المحرر التقليدي في الإثبات، وذلك بهدف ضمان استقرار المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت إذ أصبحت هذه المعاملات واقعا لا بُدّ من مواجهته، ومنح المتعامل مع هذا النوع من المعاملات الثقة والأمان، بناء على ذلك تتناول الدراسة في هذا المطلب الإشكالية في مواجهة الحجية، وكيف يكسب المحرر الإلكتروني الحجية على الرغم من مروره في وسيط إلكتروني بمعنى تغيير البيئة التي يوجد فيها، ثم نتدرج بعد ذلك إلى بحث مواجهة المحرر الإلكتروني بالمحرر التقليدي، لنتحقق من القيمة في الإثبات في ضوء ما هو مستقر من القواعد في هذا النطاق.

أولًا: الإشكالية في مواجهة الحُجيّة

انعكس تزايد نمو التجارة الإلكترونية وسرعة انتشارها على رغبة الأفراد في التعامل مع هذه الشبكة المليئة بالمغريات التي تيسر عمليات البيع والشراء، حيث امتزجت مشاعر الرغبة في إبرام المعاملات عبر هذه الوسيلة الحديثة مع مشاعر الريبة والخوف من الانتقال من عالم مادي ملموس وواضح إلى عالم افتراضي غير واضح من شأنه أن يهدد حقوقهم، وخاصة فيما يتعلق بموضوع

=حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتمّ إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص23 وما بعدها.

إثبات معاملاتهم في حال نشوب نزاع بشأن التعامل الإلكتروني، وهذا هو الذي يطرح التساؤل: هل توافر الشروط المتطلبة في المحررات التقليدية في المحررات الإلكترونية كافية للاعتراف بحجية وقانونية المحررات الإلكترونية ومساواتها بالتقليدية في الإثبات؟

لمواجهة هذه الإشكالية، يجب أن تعطى قيمة قانونية للمحرر الإلكتروني ولن يتمّ ذلك إلا عن طريق الاعتراف به قانونًا كوسيلة من وسائل الإثبات، والسبيل إلى ذلك هو الاعتداد بالدعامة الإلكترونية مثلما يتمّ الاعتداد بالدعامة الورقية، وهذا يستلزم تدخلا هناك تشريعيا لمعالجة هذه الإشكالية والاعتراف بحجية المحرر الإلكتروني في الإثبات[1] لتوفير الأمان والثقة لدى مستخدمي شبكة الإنترنت وبناء عليه تم إرساء مبدأ التكافؤ الوظيفي[2] بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية من حيث الحجية، حيث لجأ المشرعون إلى إصدار قوانين مستقلة تمنح المحررات الإلكترونية حجية مساوية للمحررات التقليدية في الإثبات[3]، وفقا للتكافؤ[4] في الحجية بين هذه الأنواع من المحررات، إذن حلت الإشكالية وفقا لهذا المبدأ الذي ستبينه الدراسة في أبعاده في الفقرات الآتية:

1- فكرة مبدأ التكافؤ الوظيفي

عَرَّفَ جانبٌ من الفقهِ التكافؤ الوظيفي بأنه: (المساواة بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة في الشكل التقليدي، وفي قوة الدليل المستمد منها طالما استطاعت أن تؤدي الوظيفة أو

---

(1) والمقصود بالحجية: "القوة القانونية للبيانات والمعلومات المستخرجة عن طريق هذه الوسائل الحديثة في إثبات التعاقد الذي يتمّ عن طريقها"، ينظر في ذلك: د. علاء الدين محمد ذيب عبابنة، دراسات في قانون التجارة الإلكترونية البحريني والمقارن، مرجع سابق، ص259.

(2) جاء في الفقرة (16) من دليل تشريع قانون اليونسترال بشأن التجارة الإلكترونية: "فإن القانون النموذجي يعتمد على نهج جديد يشار إليه أحيانًا بـ "نهج النظير الوظيفي" وهو يقوم على تحليل للأغراض والوظائف التي كانت تنسب إلى الاشتراط التقليدي الورقي، بهدف تقرير كيفية تحقيق تلك الأغراض أو أداء تلك الوظائف من خلال تقنيات التجارة الإلكترونية..." والمقصود من هذه الفقرة أن القانون اعتمد على مبدأ تحقيق التكافؤ الوظيفي بين أثر المحررات التقليدية والإلكترونية، الدليل متاح على: https://cutt.us/xwVfJ، آخر: زيارة ديسمبر 2019م.

(3) Judith Rochfeld, Les nouveaux Defis du Commerce Electronique, L.G.D.J, Lextenso Editions, Paris, 210, p. 71.

(4) تنوعت التسميات ما بين مبدأ التكافؤ الوظيفي، التعادل الوظيفي، النظير الوظيفي أو الموازنة الوظيفية بين الكتابة التقليدية والإلكترونية، وجميع هذه المسميات تحمل مضمون واحد وهو أن تؤدي الكتابة الإلكترونية ذات الوظيفة التي تؤديها الكتابة التقليدية في مجال الإثبات.

المهمة التي يتطلبها المُشرّع، وهي تمييز شخص مصدرها وتحديد هويته وأن يتمّ تدوينها وحفظها بطريقة أو في ظروف جديرة بالحفاظ على قوامها من التحريف أو التعديل)[1].

وعَرّفه جانب آخر بإنه: (تكافؤ تقنيات الاتصال الإلكترونية مع السندات الورقية سواء في إبرام العقد أو إثباته، ما دامت تقوم بنفس وظائف الورق وبنفس درجة الأمان الموثوقية)[2].

من ذلك يتبين أن الهدف من إرساء مبدأ التكافؤ الوظيفي في الإثبات ما بين المحررات التقليدية والإلكترونية هو ألا يكون القانون عقبة أمام التطور في مجال إبرام العقود، وخاصة أن العالم يتجه نحو الرقمية بخطى سريعة، لهذا بادرت الدول بتبني مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية إذا ما توافرت الشروط والضمانات التي حددها القانون عن طريق النصّ على ذلك صراحة في التشريعات المنظمة لأحكام التعاقد عبر شبكة الإنترنت، ولقد ظهرت مقدمات هذا المبدأ في الأحكام القضائية الفرنسية، حيث بدأ في قبول المحررات الإلكترونية كأدلة في الإثبات، ونذكر من هذه الأحكام الحكم الصادر في 2 يناير عام 1998م، والذي ورد في حيثياته أن (المحررات...يمكن تدوينها وحفظها على أي وسيط...بما في ذلك الوسائط الإلكترونية...طالما أن المحررات تبدو صحيحة ومكتملة العناصر...وطالما لم ينكرها المدعى عليه)[3]، لقد كان هذا النوع من الأحكام هو الخطوة الأولى في ظهور فكرة التي التكافؤ الوظيفي في إطار الموازنة أو المعادلة بين المحررات الورقية والإلكترونية، وتم إرساء مبدأ التكافؤ بشكل واضح وصريح، وهذا ما نطرحه في الفقرة الآتية، من خلال طرح بعض النصوص المقارنة ثم بيان الموقف في تشريعات دول مجلس التعاون.

2- الموقف التّشريعي من مبدأ التكافؤ الوظيفي

تطرح الباحثة هذه المواقف من خلال بعض النصوص المقارنة لتبين بعده موقف تشريعات دول مجلس التعاون فيما يأتي:

أ- موقف بعض التّشريعات المقارنة

بالرجوع إلى بعض التشريعات للمقارنة يظهر الموقف فيها كالآتي:

---

(1) د. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني- ماهيته - مخاطره، وكيفية مواجهتها ومدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص177.

(2) د. علاء الدين محمد ذيب عبابنة، دراسات في قانون التجارة الإلكترونية البحريني والمقارن، مرجع سابق، ص255.

(3) Stéphane Caïdi, La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information, Op.cit, p. 112.

- **قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكتروني (Unliteral)**

تنص المادة (5) من قانون اليونسترال على أنه: (لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات).

- **القانون المدني الفرنسي**

أقرت المادة (1366)[1] مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية، حيث منحت الحجية الكاملة في الإثبات للمحررات الإلكترونية، بناءً التعديل الذي أدخل على مواد القانون المدني الفرنسي المنظمة للإثبات، المرسوم رقم (131) لسنة 2016م الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016م، حيث جاء فيها: (للكتابة الإلكترونية نفس قوة الإثبات التي للكتابة الورقية بشرط أن يستدل على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون مثبتة ومحفوظة في وضع يضمن سلامتها)[2].

- **القانون المصري**

تنص المادة (15) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري على أنه: (للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات 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).

ب- موقف قوانين دول مجلس التعاون

لقد ورد هذا الموقف في هذه القوانين حسبما يأتي:

- **القانون الإماراتي**

نصت المادة (4) من القانون الاتحادي الإماراتي بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، على أنه: (1- لا تفقد الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل إلكتروني.

---

(1) Énoncé à l'article 1316-1 du Code civil, le principe d'équivalence probatoire de l'écrit électronique et de l'écrit papier imprègne l'ensemble des articles subséquents.

(2) L'**article 1366** du **Code civil** dispose que «l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité».

2- لا تفقد المعلومات المثبتة في الرسالة الإلكترونية حجيتها القانونية حتى إن وردت موجزة، متى ما كان الاطلاع على تفاصيل تلك المعلومات متاحًا ضمن النظام الإلكتروني الخاص بمنشئها، وتمت الإشارة في الرسالة إلى كيفية الاطلاع عليها).

- القانون البحريني

تنص المادة (5) من قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية: (أ- للسجلات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية ذات الحجية المقررة في الإثبات للمحررات العرفية، ويكون لها ذات الحجية المقررة في الإثبات للمحررات الرسمية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط الواردة فيه، والشروط الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون، والقرار الصادر عن السلطة المختصة بالتنسيق مع الوزير المعني بشؤون العدل في هذا الشأن.

ب-لا ينكر الأثر القانوني للمعلومات الواردة في السجل الإلكتروني، لا من حيث صحتها أو حجيتها، لمجرد ورودها -كليًا أو جزئيًا- في شكل سجل إلكتروني أو الإشارة إليها في هذا السجل).

- القانون الكويتي

ورد في المادة (3) من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي أنه: (يكون لكل من السجل الإلكتروني والمستند الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والمعاملة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات المدنية والتجارية والإدارية منتجًا لذات الآثار القانونية المترتبة على الوثائق والمستندات والتوقيعات الكتابية من حيث إلزامه لأطرافه أو قوته في الإثبات أو حجيته متى ما أجرى وفقًا لأحكام هذا القانون).

- نظام التعاملات الإلكترونية السعودي

قضت المادة (5) من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي[1]، بأنه: (1- يكون للتعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيتها الملزمة، ولا يجوز نفي صحتها أو قابليتها للتنفيذ، ولا

---

(1) الجدير بالذكر أن المُشرّع السعودي حدد في المادة الثانية من نظام التعاملات الإلكترونية أهداف النظام والغرض منه، ومن ضمن أهدافه إضافة الثقة في صحة التعاملات والتوقيعات والسجلات الإلكترونية وسلامتها، وهذه المادة تؤكد أهمية التدخل التشريعي لتنظيم المعاملات الإلكتروني لمنح الأمان لمن يتعامل بواسطتها، بالإضافة إلى أنها تؤكد أن دول الخليج ومن ضمنها المملكة العربية السعودية يسعون لمواكبة التطور التكنولوجي في مجال المعاملات التي تبرم عبر شبكة الإنترنت، وربما جميع التشريعات الخليجية تضمنت هذا المعنى بين سطورها ولكن حسنًا فعل المُشرّع السعودي بتحديد الأهداف من سنّ هذا النظام بشكل واضح وصريح، ينظر: متاح على موقع هيئة الاتصالات والمعلومات السعودية: https://www.citc.gov.sa/ar/Pages/default.aspx، آخر زيارة: ديسمبر 2019م.

منع تنفيذها بسبب أنها تمت – كليًا أو جزئيًا- بشكل إلكتروني، بشرط أن تتم تلك التعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية بحسب الشروط المنصوص عليها في هذا النظام. 2- لا تفقد المعلومات التي تنتج من التعامل الإلكتروني حجيتها أو قابليتها للتنفيذ، متى كان الاطلاع على تفاصيلها متاح ضمن منظومة البيانات الإلكترونية الخاصة بمنشئها، وأشير إلى كيفية الاطلاع عليها).

- القانون العُماني

قضت المادة (7) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني بأنه: (تنتج الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني وتعتبر صحيحة وقابلة للتنفيذ شأنها في ذلك شأن الوثيقة المكتوبة إذا روعي في إنشائها واعتمادها الشرط المنصوص عليها في هذا القانون واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذًا لأحكامه).

- القانون القطري

ورد في المادة (20) من قانون المعاملات والتجارة القطري أنه: (لا تفقد المعلومات الواردة برسالة البيانات أثرها القانوني، أو صحتها، أو قابليتها للتنفيذ، كونها في شكل رسالة بيانات. كما لا تفقد هذه المعلومات أثرها القانوني، أو صحتها، أو قابليتها للتنفيذ، كونها وردت موجزة، متى تمت الإشارة بشكل واضح في رسالة البيانات إلى كيفية الاطلاع على تفاصيل تلك المعلومات، وكان الاطلاع عليها متاحًا، بحيث يتمّ الوصول إليها على نحو يتيح استخدامها، بالرجوع إليها لاحقًا، من قبل كلّ شخص له حق الوصول واستخدام هذه المعلومات، وكانت طريقة الوصول إليها لا تمثل عبئًا غير معقول عليه).

بعد عرض ما تقدم يتبين أن قوانين دول مجلس التعاون بادرت إلى تبني فكرة الكتابة الإلكترونية ومنحها القوة القانونية اللازمة في الإثبات، وأن الدليل الكتابي أصبح يشمل المحررات الورقية بشكلها التقليدي والمحررات الإلكترونية بشكلها الحديث، ومع إرساء مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات الورقية والإلكترونية بناءً على أن الكتابة ممكن أن تكون على أي نوع من أنواع الدعامات طالما تستطيع أن تؤدي وظيفتها في الإثبات ولا يتحقق ذلك إلا بتوافر الشروط الجوهرية المتطلبة لأي دليل كتابي، وهي أن تكون قابلة للقراءة والحفظ وغير قابلة للتعديل والتحريف وقد تنص بعض التشريعات على ضمانات أكثر من ذلك للاعتداد بالمحرر الإلكتروني كدليل إثبات.

3- الاستثناءات على مبدأ التكافؤ الوظيفي

الأصل في القواعد العامة هو انعقاد العقد بالتقاء الإيجاب والقبول، وهو ما يطلق عليه (التراضي)، ويتحقق ذلك بالتعبير عن إرادة متجهة نحو إبرام العقد وتحقيق أثر قانوني، فكتابة

العقد ليس ركنا شكليا لازما لانعقاده، ولكن قد يلجأ أطراف التعاقد إلى ذلك بهدف حفظ الحقوق عند قيام أي نزاع، وخرج المُشرّع في بعض الحالات عن هذا الأصل لاعتبارات تتعلق بفرض الحماية ولخصوصية بعض العقود، حيث استوجب إفراغ العقد بشكلية معينة حتى تتحقق آثاره القانونية[1].

وإذا ما انتقلنا إلى العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت نجد أنه على الرغم من أن غالبية التشريعات قد أعطت الحجية الكاملة للمحررات الإلكترونية عند توافر شروطها تطبيقًا لمبدأ التكافؤ الوظيفي[2] فإن هذه الحجية ليست مطلقة، حيث استثنت بعض العقود والتصرفات التي تتطلب شكلية معينة من نطاق تطبيق هذا المبدأ، بحيث لا يكون للمحررات الإلكترونية في المسائل التي شملها الاستثناء حجية[3].

فالشكلية في التصرفات القانونية أثارت إشكالية اتجهت القوانين في حلها إلى استبعاد تطبيق القواعد الخاصة بالإثبات في العقود المبرمة على شبكة الإنترنت على بعض التصرفات القانونية، وأوجبت أن يتمّ إبرامها بالشكل التقليدي، واختلفت القوانين في اعتماد هذه الاستثناءات، إلا أنه يمكن القول إنها أجمعت على استثناءات معينة بشكل موحد، وهناك استثناءات أخرى لم تجمع عليها القوانين، ونبين فيما يأتي مبرر الاستثناء ثم الاستثناءات العامة وموقف المُشرّع البحريني على وجه الخصوص.

4- مبررات الاستثناءات

تكمن هذه المبررات فيما يأتي:

أ- تتمتع بعض التصرفات القانونية على أهمية بالغة الخطورة مما جعل الكتابة التقليدية ركنًا لانعقادها، وبالتالي لا يمكن إبرامها عبر وسائل إلكترونية، مثال ذلك: رهن السفينة والحقوق الواردة على العقار، عقود الشركات[4].

---

(1) Jean Claude Hallouin et Hervé Causse, Le contrat électronique, au cœur du commerce électronique et le droit de la distribution droit commun ou droit spécial ?, Op.cit., p. 35.

(2) Sampath HEL, Le formalisme du contrat électronique dans l'ASEAN Définition et interprétation des notions d'écrit et de signature, Thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit de la faculté de droit, Université de Montréal, Mai 2013, p. 80.

(3) ينظر: د. نصار محمد الحلالمة، التجارة الإلكترونية في القانون، مرجع سابق، ص232 وما بعدها.

(4) نضال سليم برهم، أحكام التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص220.

ب- موضوع بعض التصرفات خارج عن الإطار التجاري، وتتعلق بأمور شخصية ومدنية بحتة، مثال ذلك: الزواج، الهبة والوصية[1].

ج- توفير الحماية القانونية للطرف الأضعف، فالكتابة بشكلها التقليدي تكون أكثر وضوحًا وفهمًا للمستهلك، وبناء عليه يستطيع أن يتخذ قرار إبرام العقد من عدمه وهو على بينة.

وردت هذه الاستثناءات في القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، وهي تتوازن مع الحالات التي لم يتمّ فيه إجازة **إبرام** العقود عبر شبكة الإنترنت إجازة مطلقة، فهذه الحالات أدت إلى استثناءات مقاربة في هذا النطاق[2]، وهي تلك المعاملات التي تنظم مسائل الزواج والطلاق وما يترتب على ذلك من حقوق وواجبات، مثل المهر، النفقة، الحضانة، الإرث، النسب والسبب باستثنائها من التعامل الإلكتروني، لارتباطها بأحكام الشريعة بالإضافة إلى وجود شروط يجب أن تتحقق بالنسبة إلى بعض هذه المسائل، لأن المعاملات في هذه المسائل تتطلب الحضور الشخصي، ولطبيعة هذه المسائل وأهميتها يفضل إبرامها بالشكل التقليدي[3]، وتستثنى بعض القوانين كذلك الأموال غير المنقولة تشمل الأبنية والأراضي وما يتصل بهذه الأراضي من آلات وأدوات، وهذا النوع من الأموال لا يجوز التصرف فيه بواسطة الوسائط الإلكترونية سواء كان هذا التصرف شراءً أو بيعا أو إبرامَ عقد رهن تأميني أو رهن حيازي، ولا يقف الأمر عند ذلك بل يشمل أيضًا أية حقوق تتعلق بهذه الأموال غير المنقولة مثل حقوق الارتفاق وغيرها، ويرجع ذلك إلى خطورة هذه التصرفات وتعقيدها ومدتها الطويلة التي تستوجب عقد مفاوضات بالإضافة إلى أن

---

(1) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، مرجع سابق، ص116.

(2) تجدر الإشارة إلى أن قانون اليونسترال وضع ليكون بمثابة دليل استرشادي للدول في سنّ تشريعاتها المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، وتبني الدول لقواعد قانون اليونسترال لا يعني تطبيقه حرفيًا بل من حق هذه الدول وضع الاستثناءات التي تتناسب وسياستها وأنظمتها، وخاصة فيما يتعلق بـ: الكتابة، التوقيع، الأصل، تكوين العقود وصحتها، اعتراف الأطراف برسائل البيانات، زمان ومكان إرسال واستلام رسالة البيانات، ينظر: المواد: (6- 7- 8 -9 - 10 -11-12-15) من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

(3) **Art, 1108-2**.- Il est fait exception aux dispositions de l'article 1108-1 pour: "1- Les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions.

2- Les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession", disponible sur: https://cutt.us/F5trg, p. consultée: Juin 2020.

وهذه المادة المذكورة أعلاه تستثني التصرفات التي يحكمها قانون الأسرة والميراث بالإضافة إلى تلك التصرفات التي موضوعها تأمين شخصي أو عيني ذو طبيعة مدنية وتجارية، ماعدا تلك التي تحرر بواسطة الشخص لأغراض مهنته.

العقارات سواء بطبيعتها أو التخصيص تخرج عن التعامل الإلكتروني[1]، وإلى جانب ذلك تستثنى الأوراق التي يجوز أن يتمّ تداولها عن طريق البيع والشراء، مثال هذه الأوراق، الأسهم والسندات المتداولة في سوق البورصة، ويعود ذلك إلى أن هذه المسائل تنطوي على خطورة كبيرة وتتميز بالتعقيد، بالإضافة إلى أن هذه الأوراق تحمل قيمة مالية في ذاتها، وترتيبًا على ذلك يجب أن يتمّ تداولها بالطرق التقليدية التي نصّ عليها القانون[2]، ولكن هذا الاستثناء لن يدوم طويلًا وخاصة بعد أن أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، قانون اليونسترال النموذجي بشأن السجلات الإلكترونية القابلة للتحويل[3].

موقف المُشرّع البحريني

اتخذ المُشرّع البحريني موقفًا مغايرًا تمامًا عن باقي الدول، حيث بدأت سلسلة من الإصلاحات التشريعية بالتعاون مع "أمانة اليونسترال"، وأصدرت قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية بأحكام جديدة تتلاءم واتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الاتصالات الإلكترونية في العقود الدولية، ولم تتوقف عند هذا الحد بل تصدرت الدول بسنّ أول تشريع يعتمد تداول المستندات الإلكترونية بالتوافق

---

(1) المادة (3/ج) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني، المادة (3/2) من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي، المادة (ب/2) من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي، المادة (3/2) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري، الفقرة (ب/د) من المادة (2) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.

(2) المادة (2/ب) من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي، المادة (3) الفقرات (2/3) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري، الفقرة (د/ب) من المادة (2) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.

(3) قانون اليونسترال النموذجي بشأن السجلات الإلكترونية القابلة للتحويل، "يهدف القانون النموذجي بشأن السجلات الإلكترونية القابلة للتحويل إلى إجازة0 الاستخدام القانوني للسجلات الإلكترونية القابلة للتحويل بنطاق محلي ودولي، وينطبق هذا القانون على السجلات الإلكترونية القابلة للتحويل التي تعادل من الناحية الوظيفية مستندات أو صكوكًا قابلة للتحويل، وهي تلك المستندات والصكوك الورقية التي تخول حائزها أن يطالب بأداء الالتزام المبيَّن فيها وتسمح بتحويل المطالبة بذلك الأداء عن طريق تحويل حيازة المستند أو الصك، وعادةً ما تشمل المستندات أو الصكوك القابلة للتحويل سندات الشحن والكمبيالات والسندات الإذنية وإيصالات المستودعات"، متاح على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: https://uncitral.un.org/ar، آخر زيارة ديسمبر 2019م.

مع قانون اليونسترال النموذجي بشأن السجلات القابلة للتحويل[1] ويعد ذلك من أهمّ الإنجازات التي تهدف إلى تعزيز البنية التشريعية للاقتصاد الرقمي وخلق بيئة استثمارية متطورة.

وبناءً على ذلك نصت المادة (2) من قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني على أن تسري أحكام القانون على المعاملات والتصرفات بجميع أنواعها - وذلك طبقا لما بينته آنفا هذه الدراسة - والمهم أن نشير هنا إلى نصّ القانون في المادة ذاتها بقولها: (أ- تسري أحكام هذا القانون على المعاملات والتصرفات بجميع أنواعها، كما تسري أحكامه على سندات الملكية والصكوك القابلة للتداول التي تكون في شكل إلكتروني، وذلك بمراعاة الأحكام الخاصة في شأن هذه السندات والصكوك في القوانين ذات العلاقة. ب-لا تخل أحكام هذا القانون بأي حكم مقرر وفقًا لأي قانون آخر لحماية المستهلك).

واستنادًا إلى ذلك يحدد نطاق سريان القانون، وترى الباحثة أنه يمكن إثبات جميع التصرفات من دون استثناء، وأن سندات الملكية والصكوك القابلة للتنفيذ التي لها دروها في الإثبات يمكن أن تكون إلكترونية أيضا.

ولا شك في أن موقف المُشرّع يعبر عن مواكبة تكنولوجيا المعلومات وخلق بيئة رقمية ذات أساس قوي ومتين لتسهيل عمليات الاستثمار الدولي أمر إيجابي ويسهم في تطور الدولة ووضعها بمصاف الدول المتقدمة، وبذلك تكون الخطوات التي اتخذها المُشرّع البحريني متقدمة بشأن تنظيم سندات الملكية والصكوك القابلة للتداول إلكترونيًا بإصدار قانون السجلات الإلكترونية القابلة للتداول[2] وخاصة أن الغرض من وجود أي قانون هو تنظيم المعاملات ووضعها بإطارها القانوني الصحيح وذلك يعني بأن أهمّ ميزة يجب أن تتوافر فيه هي المرونة ومواكبة التطورات حتى يتحقق الهدف المرجو من وجوده.

ومع ذلك فإن إثبات المعاملات الخاصة بالأحوال الشخصية تستثنى في غالبية التشريعات من مبدأ التكافؤ، وهي تلك المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق وما يترتب على ذلك من مسائل

---

(1) On 29 November, Bahrain enacted the UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records (the "MLETR") by adopting the Electronic Transferable Records Law, Bahrain is the first State to enact the MLETR, Bahrain also adopted a revised Electronic Transactions Law, which updates the existing Electronic Transactions Law by, inter alia, incorporating substantive provisions of the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, The UNCITRAL Secretariat cooperated with Bahrain in drafting the Electronic Transferable Records Law and the revised Electronic Transactions Law", retrieved from: https://2u.pw/5kSjR, last visited February 2020.

(2) مرسوم بقانون رقم (55) لسنة 2018م، بشأن السجلات الإلكترونية القابلة للتداول، متاح على موقع هيئة التشريع والرأي القانوني: https://2u.pw/aqCwm، آخر زيارة: فبراير 2020م.

فرعية مثل: النفقة، الميراث، النسب، الوصية وما إلى ذلك من الموضوعات المرتبطة بالأحوال الشخصية والشرعية، بالإضافة إلى تلك المعاملات التي تتعلق بالأموال غير المنقولة، وهي العقارات سواء بطبيعتها أو بالتخصيص، لأن إثبات هذه النوع من التصرفات يحتاج إلى توثيق خاص عندما تقدم الوثائق للتسجيل في دائرة المساحة والتسجيل العقاري.

عليه يرجح التوسع في نطاق الإثبات لإكساب المحرر الإلكتروني قوة الإثبات في المعاملات التي يمكن إبرامها عبر شبكة الإنترنت، بشرط أن ينظم ذلك بنصوص واضحة وصريحة سواء في القانون المنظم للمعاملات التي تم استثناؤها أو في قانون المعاملات الإلكترونية نفسه، مع الموازنة مع القوانين الأخرى وتحديد الموقف من الاستثناءات من الإثبات الإلكتروني بدقة.

وبعد تحليل موقف القانون المدني ثم المقارنة مع قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني وقانون الأسرة وقانون التنظيم العقاري لم نجد أي موجب ممكن أن يبرر جواز إثبات المعاملات المستثناة إلكترونيا، ولا ترى الباحثة ضرورة إلى الميل إلى الإطلاق مثلما ورد في المادة (2) من قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية – آنفة الذكر – وما نصت عليه المادة (4) من ذات القانون بالقول: (أ- يشترط لقبول أي من الجهات العامة للتعامل الإلكتروني، أو إرسال أو تسلم خطابات إلكترونية، أو قبول أو استخدام أي من خدمات الثقة، أن **يصدر بذلك قرار من الوزير المعني بتلك الجهة أو رئيسها بحسب الأحوال، ويبين القرار نطاق ومجال قبول إرسال وتسلم الخطابات الإلكترونية، وقبول واستخدام خدمات الثقة، والاشتراطات التنظيمية التي يتعين مراعاتها.**

ب- تخضع الموافقة المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة للاشتراطات **الفنية التي يصدر بها قرار عن وزير أو رئيس الجهة الحكومية المسؤولة عن شبكة وأنظمة تقنية المعلومات لأجهزة الدولة...).**

فمسألة الإثبات الإلكتروني على التصرفات بجميع أنواعها أمر في غاية التعقيد، يجب أن يمر بمراحل عديدة وإجراءات لتحديد إمكانية قبول التعامل الإلكتروني للتصرفات بحسب نوعها بالإضافة إلى عمل دراسات مكثفة تتعلق بكيفية إدخال التصرفات إلى المنظومة الإلكترونية والنتائج المترتبة على ذلك وربط أكثر من جهة ببعض وأخذ موافقات الجهات المعنية.

وإذا لم يتمّ ذلك بناء على دراسة وافية وبالطريقة الصحيحة من الممكن أن تزداد الأمور تعقيدًا ويترتب على ذلك تعطيل مصالح المواطنين، وخاصة فيما يتعلق بأمور الأحوال الشخصية، لذلك تحث الدراسةُ المُشرّعَ البحريني أن يختار بين أمرين:

الأمر الأول: أن يتمّ إصدار قرارات من الجهات المختصة كلن بحسب اختصاصه، يتمّ من خلالها توضيح موقف الجهات الحكومية إزاء التعامل الإلكتروني والإثبات طبقا له، ومدى جاهزيتها لذلك، وخاصة تلك التي ترتبط أعمالها بمعاملات الأحوال الشخصية وما يتفرع عنها من موضوعات أو تلك المتعلقة بالأموال غير المنقولة وأن يتمّ تنظيم ذلك مع الجهات ذات العلاقة.

الأمر الثاني: النصّ صراحة على استثناءات بشأن الموضوعات الشرعية والمتعلقة بالأحوال الشخصية أو تلك التي تتعلق بالتصرف في الأموال غير المنقولة في القانون الخاص بالمعاملات الإلكترونية[1].

ثانيًا: الإشكالية في مواجهة المُحَرّر التقليدي

لم يكن من المتوقع حدوث تنازع بين أدلة الإثبات الكتابية بشكلها التقليدي، حيث إن لكل منها قوتها الثبوتية الخاصة بها ودرجتها المحددة بنصوص واضحة في القانون، فالمحررات الرسمية تأتي في المرتبة الأولى من ناحية القوة، تليها المحررات العرفية المعدة للإثبات وأخيرًا المحررات العرفية غير معدة للإثبات[2].

ومع ظهور شبكة الإنترنت وسنِّ القوانين المنظمة لها، وجواز التعامل من خلال شبكة الإنترنت وظهور المحررات الإلكترونية وإعطائها حجية مساوية للمحرر التقليدي إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك، أصبح من الوارد أن يحدث تنازع ما بين المحررات الورقية التقليدية والمحررات الإلكترونية، والإشكالية التي تطرح في هذه الحالة: **إذا ثار نزاع بين طرفين وقدّم أحدُ الخصوم محررا تقليديا وقدّم الآخر محررا إلكترونيا للإثبات، فبأيهما يأخذ القاضي؟**

وعلى الرغم من اعتراف غالبية التشريعات بحجية المحررات الإلكترونية، فإنها لم تشر إلى مسألة التنازع بين محرر إلكتروني ومحرر تقليدي في الإثبات، وبالبحث في الأحكام القضائية لم تقف الباحثة على أي حكم يتطرق إلى هذه الحالة، ولكن المُشرّع الفرنسي نص في المادة (1368) من القانون المدني الفرنسي على أنه: (ما لم ينص القانون على أحكام أخرى وفي حالة عدم وجود

---

(1) مرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001م، بإصدار القانون المدني، متاح على موقع هيئة التشريع والرأي القانوني: https://n9.cl/4idr، قانون رقم (19) لسنة 2017م، بإصدار قانون الأسرة، متاح على موقع هيئة التشريع والرأي القانوني: https://cutt.us/EXvFI، وقانون رقم (27) لسنة 2017م، بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري متاح على موقع هيئة التشريع والرأي القانوني: https://cutt.us/Y69OB.

(2) د. عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص207.

اتفاق ساري المفعول بين الأطراف، يفصل القاضي في التنازع القائم بين الأدلة الكتابية بكل الوسائل الممكنة بواسطة ترجيح الدليل الأقرب إلى الحقيقة)[1].

إذاً فدور القاضي هو الاخذ بالأدلة التي يطرحها الخصوم ولا يجوز له أن يستحدث دليلًا من نفسه، ولكنه من جانب آخر، يمتلك سلطة تقديرية في الترجيح بين الأدلة واختيار الدليل الأقرب بغض النظر عن طبيعة الدعامة من دون رقابة عليه من محكمة التمييز[2].

وقد يواجه القاضي ثلاث حالات تتعلق بتنازع الأدلة وهي كالتالي:

أولًا: حالة وجود نصّ قانوني ينظم تنازع الأدلة

إذا كان هناك نصّ قانوني يحكم الموضوع ويعطي الأفضلية لأحد المحررين على الآخر فعلى القاضي أن يطبقه على الحالة، فعلى سبيل المثال لو كان النزاع بين محرر رسمي ومحرر عرفي، فاستنادًا إلى القانون للمحرر الرسمي حجية أقوى في الإثبات، وبالتالي على القاضي أن يعتمد بما هو ثابت في المحرر الرسمي، بغض النظر عن نوع الدعامة، والقصد أنه حتى لو كان المحرر الرسمي إلكترونيا فهو يملك حجة في الإثبات، فالمحرر الرسمي يقع بأعلى هرم الأدلة الكتابية متى توافرت الشروط التي تمنحه "الرسمية"[3].

---

(1) Article 1368: "A défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable.", Disponible sur: https://cutt.us/dawbB, p. consultée: Avril 2020.

(2) راجع في ذلك: منية نشناش، منية نشناش، مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات، مرجع سابق، ص14. ومحكمة النقض المصرية تقرر هذه السلطة التقديرية للقاضي بالنسبة للقضايا التي يفصل فيها إذ جاء في حكم لها: (المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وفي بحث الدلائل والمستندات المقدمة إليه وتقدير قيمتها وترجيح ما يطمئن إليه منها واستخلاص ما يرى أنه واقع الدعوى، ومتى أقام قضاءه على ما استخلصه من أدلة اطمأن إليها وكان من شأن هذه الأدلة أن تؤدى إلى ما انتهى إليه كان تقدير كفايتها أو عدم كفايتها في الاقتناع من شأن قاضى الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه)، محكمة النقض المصرية – مدني – الطعن رقم (984) لسنة 58 قضائية، بتاريخ 1990/02/28م مكتب فني41، ج1، ص665، الحكم متاحة على شبكة قوانين الشرق: https://cutt.us/ROUwQ، آخر زيارة: مارس 2020م.

(3) رامي علي وشاح، الصعوبات المادية التي تعترض الإثبات بالمحررات الإلكترونية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف – الجزائر، 2010م، ص44 وما بعدها.

ثانيًا: وجود اتفاق ينظم تنازع الأدلة

تنقسم قواعد الإثبات إلى قسمين: قواعد إجرائية وهي التي تتعلق بتنظيم إجراءات الإثبات وهي من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فهي مرتبطة بتنظيم العمل أمام القضاء[1]، وقواعد موضوعية اتفق الفقهاء على عدم تعلقها بالنظام العام، وهي تلك التي تتعلق بمحل الإثبات وعبئه، وتأسيسًا عليه يجوز الاتفاق على مخالفة هذه القواعد، حيث يملك المتعاقدين الحرية الكاملة في الاتفاق على تقديم نوع من أنواع الأدلة على الآخر في حالة نشوب نزاع بينهم، أو تفضيل دعامة على أخرى، فعلى سبيل المثال من الممكن إدراج بند في العقد يعطي القيمة القانونية للدليل الكتابي ويسقط أي قيمة قانونية من الدليل الإلكتروني أو العكس، فالقاضي يلتزم بما توجهت إليه إرادة المتعاقدين، إذ ثبت صحة الاتفاق وعد مخالفته للنظام العام[2].

---

(1) جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976م، ص26.

(2) جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية: "...أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنا كما يجوز لصاحب الحق في التمسك بها أن يتنازل عنه، ويعتبر سكوت الخصم عن الاعتراض على الإجراء مع قدرته على إبدائه قبولا ضمنيا له..."، محكمة النقض المصرية – مدني – الطعن رقم (6872) لسنة 85 قضائية – الدائرة المدنية والتجارية – بتاريخ 2017/03/26م، متاح على شبكة قوانين الشرق: https://cutt.us/wUt6s، آخر زيارة: مارس 2020م، وجاء كذلك في حكم محكمة التمييز الكويتية: "لما كان لما كان من المقرر أن قواعد الإثبات من النظام العام فيجوز الاتفاق صراحة أو ضمنًا على مخالفتها كما يجوز لصاحب العمل الحق في التمسك أن يتنازل عنه وكان من الثابت من الأوراق أن الطاعن ارتضى حكم الإحالة إلى التحقيق الصادر عن محكمة الاستئناف ونفذه بإحضار شهوده وسماعهم وليس في الأوراق ما يدل على اعترافه عليه فلا يجوز له التحدي لأول مرة أمام محكمة التمييز بنقل عبء الإثبات ومخالفة قواعد الإثبات..." ينظر: حكم محكمة التمييز الكويتية – الأحكام المدنية والتجارية– الطعن رقم 926 لسنة 2013م قضائية، بتاريخ 6 أغسطس 2018م، الحكم متاح على موقع قوانين الشرق: https://cutt.us/i6i5I، آخر زيارة إبريل 2020م، وجاء في حكم المحكمة الاتحادية العليا: "...والنعي في وجهيه الثاني والثالث مردود ذلك أن لمحكمة الموضوع سلطة استخلاص الصفة في الدعوى متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة ومن المقرر أن القواعد التي تنظم كيفية إثبات الحقوق المتداع بشأنها وما يجوز إثباته بالبينة والكتابة لا تمس اعتبارات تتعلق بالنظام العام، بل هي تتصل بمصلحة الخصوم، فيجوز لهم الاتفاق على مخالفتها، كما يجوز لصاحب الحق في التمسك بها النزول عنها نزولا صريحا أو ضمنيا..." المحكمة الإتحادية العليا – الأحكام المدنية والتجارية – الطعن رقم (240) لسنة 13 قضائية – الدائرة المدنية والتجارية – بتاريخ 1992/06/23م، مكتب فني14، ج1، ص409، الحكم متاح على موقع قوانين الشرق: https://2u.pw/D3V31، آخر زيارة: إبريل 2020م.

ثالثًا: عدم وجود قانون أو اتفاق ينظم تنازع الأدلة

يكون في هذا الفرض أمام القاضي محرر تقليدي وآخر إلكتروني، وكلاهما مرتبطان بذات الموضوع وتتوافر فيهما الشروط كافة التي يتطلبها القانون، أي متساويان من حيث القوة الثبوتية، ولا يوجد نصّ يفضل اتفاقا على آخر، أو اتفاقا ينظم مسألة الإثبات.

في هذه الحالة يكون لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في الترجيح بين الأدلة بكل الطرق المتاحة لتكوين عقيدته وتحديد السند الأقرب للإثبات بغض النظر عن نوع الدعامة شريطة أن يكون مستوفيًا الشروط المطلوبة – كما ذكرنا أعلاه – حتى يتمّ الاعتداد به كدليل منتج لآثاره كأن تكون الكتابة ذات دلالة واضحة على المقصود منها وأن يكون الدليل موقعًا من قبل الأطراف، إلى جانب وضع ما تتطلبه التشريعات من شروط شكلية في إثبات بعض المسائل بعين الاعتبار[1].

---

(1) Chiheb GHAZOUANI, Le Contrat de Commerce Electronique International, Thèse pour le doctorat en droit, Université PANTHEON-ASSAS (PARIS II) Droit – Economie – Sciences Sociales, 16 Mai 2008, P84, disponible sur: https://cutt.us/0Sihm, p. consultée: Avril 2020.

وجاء في حيثيات حكم لمحكمة النقض المصرية: "...أن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى، وبحث الأدلة والمستندات المقدمة فيها وموازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه وهو غير ملزم بالرد على كلّ ما يقدمه الخصوم من مستندات وحسبه أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق ويكفي لحمله ولا عليه أن يتتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم ويرد استقلاله على كلّ قول أو حجة أو دليل أو طلب أثاروه ما دام في قيام الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليلها الرد الضمني على تلك الأقوال والحجج والطلبات..."، محكمة النقض – مدني – الطعن رقم (486) لسنة 88 قضائية – الدائرة المدنية – بتاريخ 2019/02/04م، حكم منشور على موقع قوانين الشرق: https://cutt.us/2J6SX، آخر زيارة: إبريل 2020م، وجاء في حيثيات حكم محكمة تمييز إمارة رأس الخيمة: "...حيث إن هذا النعي في جملته مردود؛ ذلك أن المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وبحث الأدلة والمستندات المقدمة فيها وموازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه وهو غير ملزم بالرد على كلّ ما يقدمه الخصوم من مستندات، وحسبه أن يقيم قضاءه على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق وتكفي لحمله..."، محكمة التمييز – الأحكام المدنية – الطعن رقم (11) لسنة 2019م قضائية – الدائرة المدنية – بتاريخ 2019/03/31م، حكم منشور على موقع قوانين الشرق: https://cutt.us/xdEN8، آخر زيارة: إبريل 2020م.

المبحث الثاني

إشكالية التوقيع الإلكتروني

لما كان يعتد بالكتابة الإلكترونية في الإثبات، فإنه يجب أن تتوافر فيها موجبات قوة الإثبات ومن أهمّ العناصر التي لا يمكن الاستغناء عنها سواء في المحرر التقليدي أم المحرر الإلكتروني هو التوقيع، وإذا كانت قواعد التوقيع قد استقرت بالنسبة إلى المحرر التقليدي، فإن انعكاس مخاطر البيئة الإلكترونية على المحرر يثير إشكالية بشأن هذا التوقيع كي يكسب المحرر الإلكتروني قوته في الإثبات، وأن مواجهة إشكالية التوقيع مهمة مادام التحول الرقمي يتطور بصورة مستمرة بل قامت الدول بتأسيس بنية تحتية متطورة في مجال تكنولوجيا المعلومات وهي التي تملك القدرة على مواكبة التطورات واللحاق بركب الدول المتقدمة ومواجهة الأزمات[1].

وعليه ستتناول الدراسة في هذا المبحث مسألة التوقيع الإلكتروني والإشكاليات التي يثيرها في التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية في دول مجلس التعاون خاصة، وذلك بتوزيع موضوع التوقيع على مطلبين، نحدد في الأول مفهوم التوقيع الإلكتروني، ثم نحدد إشكالية هذا التوقيع في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني

يجب أن يكون المحرر متضمنًا – أيًا كان نوعه – بالإضافة إلى الكتابة التي تثبت التصرف القانوني، توقيعًا ممن صدرت عنه، ولا شك في أن للتوقيع أهمية كبيرة في إقرار حجية المحررات في الإثبات، فالتوقيع هو الذي يعطي للمحرر قيمته في مجال الإثبات، ولا يختلف الأمر في العالم الإلكتروني، حيث يقوم التوقيع الإلكتروني مقام التوقيع التقليدي، وتكمن خطورة التوقيع الإلكتروني في آلية التوقيع حيث تتم عبر وسائط إلكترونية تتسم بمرونة الدعامة قياسا بالدعامات التقليدية، والإشكالية الحقيقية تتمثل في مدى صحة التوقيع الإلكتروني، وهل يكفي وجود توقيع إلكتروني في

---

(1) جائحة فيروس كورونا المستجد (Covid-19) كانت سببًا رئيسيًا في تسريع التحول الرقمي للدول، ومملكة البحرين كانت مستعدة لمواجهة هذا التحدي بفضل توافر البنية التحتية والتشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية، ولولا ذلك لما استطاعت الجهات الحكومية والخاصة تسيير أمورها بالمستوى المطلوب، فكان كلّ شي يتمّ عن بعد بسهولة ومن دون مواجهة أي عراقيل، وهذا يؤكد أهمية الاهتمام بالتحول الرقمي والقيام بالبحوث والدراسات بهذا الشأن هو الاستثمار الأكبر.

المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، للإجابة عن هذا التساؤل يتعين علينا تناول ماهية التوقيع الإلكتروني[1].

ولتوضيح إشكالية التوقيع الإلكتروني نقسمه إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: تحديد التوقيع الإلكتروني

يعد التوقيع ظاهرة اجتماعية تلعب دورا جوهريًا في حفظ الحقوق، فلكل فرد توقيعه الخاص به الذي يميزه عن غيره، ويحدد هويته، وهو الوسيلة التي يعبر بها عن إرادته في التصرفات القانونية، فوظيفة التوقيع[2] بشكل عام هي بيان رضا الموقع عن التصرف القانوني وتحديد هويته، وبما أن التوقيع يظهر إرادة صاحبه، فيجب أن تتوافر فيه شروط صحة الرضا من تمتعه بالأهلية الكاملة وأن لا يشوب رضاه أي عيب من عيوب الرضا، والتوقيع هو الركن الثاني من أركان الدليل الكتابي وهو الذي ينسب المحرر أو المستند إلى من وقّعه، ومن دون التوقيع يفقد الدليل حجيته[3]، ولبيان إشكالية التوقيع ومعالجتها نبحث في تحديد مفهوم التوقيع في شكله التقليدي ثم في مفهوم التوقيع الإلكتروني.

أولًا: مفهوم التوقيع بشكله التقليدي

تتناول الدراسة في هذا السياق تعريف التوقيع وعناصره، وذلك بغية الموازنة مع التوقيع بصورته الجديدة.

1- تعريف التوقيع التقليدي

على الرغم من الأهمية الكبيرة التي يتمتع بها التوقيع، فإن قوانين الإثبات العربية وعلى وجه التحديد قوانين دول مجلس التعاون - بصورة عامة - لم تورد تعريفا للتوقيع في قوانينها فيما يتعلق بالإثبات، وإنما بينت أشكال التوقيع كالإمضاء والختم وبصمة الإصبع، فعلى سبيل المثال نصّ المُشرّع البحريني في المادة (13) على أنه: (يعتبر المحرر العرفي صادرًا ممن وقعه ما لم ينكر

---

(1) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، مرجع سابق، ص182.

(2) التوقيع كلمة اشتقت من الفعل الثلاثي (وقع)، ووقع العقد، أو الصك كتب في أسفله اسمه إمضاء له، أو إقرارًا به، ينظر: لسان العرب أبي فضل جمال الدين بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، ص475.

(3) Xavier Linant de Bellefonds et Alain Hollande, Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet, Op.cit., p. 425 et S.

صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة)، فكما هو واضح من النص لم يتعرض المُشرّع البحريني لتعرف التوقيع وإنما حدد صور التوقيع التي يعتد بها من ناحية قانونية[1].

والعبرة من ذلك رغبة المُشرّع في عدم حصر التوقيع بشكل أو صورة معينة بل فتح المجال لما يستجد في المستقبل، ويرجح فقهًا بالنسبة إلى نهج القوانين عدم الخوض بمسألة تعريف التوقيع والاكتفاء بشرح عناصره وصوره، ومع ذلك حاول بعض الفقه إيجاد تعريف للتوقيع، من ذلك على سبيل المثال تعريفه بأنه: (كل علامة توضع على سند تميز هوية وشخصية الموقع وتكشف عن إرادته بقبول التزامه بمضمون هذا المحرر وإقرارًا له)[2]، وعرف عند بعض آخر بأنه: (علامة مخطوطة مختصة بشخص اعتاد أن يستعملها للدلالة عن رضاه)[3] وعرف كذلك بأنه: (كل علامة مرتبطة ارتباطا وثيقا بتصرف ما، تسمح بالتعرف على صاحب هذا التصرف والتعبير عن رغبته الصريحة في الالتزام بهذا التصرف)[4].

أمّا القضاء[5] فيكتفي بوضع صور وأشكال التوقيع من دون تعريفه، مثال ذلك ما جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية: (...ويقصد بالتوقيع العلامة التي توضع على المحرر بالخط أو الإمضاء أو بصمة الختم أو بصمة الإصبع لتدل على أن صاحب هذا التوقيع قد أقر ما جاء في متن المحرر من بيانات...)[6]، وجاء في حيثيات حكم لمحكمة التمييز البحرينية قولها: (...فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذا أنكرها الخصم إذ هي لا تحمل توقيع من نسبت إليه، ذلك أن التوقيع

---

(1) تقابلها المادة (220) من قانون الإثبات القطري، المادة (13) من قانون الإثبات الكويتي، المادة (15) من قانون الإثبات العماني، المادة (11) من قانون الإثبات الإماراتي.

(2) د. عمرو محمد المارية، عقد البيع الإلكتروني- أحكامه وآثاره: دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مرجع سابق، ص466 وما بعدها.

(3) القاضي وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، لبنان، 2002م، ص133.

(4) "La signature est" :tout signe intimement lié à un acte permettant d'identifier et d'authentifier l'auteur de cet acte et traduisant une volonté non équivoque de consentir à cet acte "Virginie Etienne, Le Développement de la Signature Electronique, Master 2 Recherche Droit des affaires, Université Paris 13 Nord, 2011, p.7 et S.

(5) جاء في حكم للقضاء في دولة الإمارات: "...مما مفاده بأن الأصل أن الورقة العرفية تكون حجة بما دون فيها على من نسب إليه توقيعه عليها إلا إذا أنكر الإمضاء أو الختم الموقع به عليها فالتوقيع بالإمضاء أو بصمة الختم هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية ويكفي لدحض هذه الحجية أن ينكر من يحتج عليه بالمحرر ما هو منسوب إليه..." ينظر: المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم (467) لسنة 2009م قضائية - الدائرة المدنية - بتاريخ 2009/12/23م، ص413.

(6) محكمة النقض المصرية - مدني - الطعن رقم (6974) لسنة 70 قضائية، بتاريخ 2006/04/23م، مكتب فني57، ص392.

بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الأصبع هي المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق...)[1].

ونستنتج من ذلك أن للتوقيع وظيفتين، الأولى تتمثل بتعيين هوية من قام بفعل التوقيع على المحرر سواء بالإمضاء أو الختم أو البصمة، أمّا الوظيفة الثانية فتتمثل في التعبير عن الرضا بمضمون ما جاء في المحرر[2].

2- عناصر التوقيع

لكي يحقق التوقيع الهدف الذي وضع من أجله وليعتد به من ناحية قانونيًا، يجب أن تتوافر عناصر به ومن دونها لا يكون التوقيع منتجًا لأثره القانوني.

أ- أن يكون التوقيع شخصيًا

من العناصر الجوهرية للتوقيع أن يكون معبرًا عن صاحبه، أي أن يكون من صنعه وبخط يده من دون تدخل من أي شخص آخر، جاء في حكم لمحكمة التمييز الكويتية: (إن التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو بصمة الإصبع هو المصدر الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية وفقًا لما تقضي به المادة (13) من المرسوم بالقانون رقم (39) لسنة 1980م، بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وإذ كان المقصود بالإمضاء هو الكتابة المخطوطة بيد من تصدر منه...)[3]، لذلك يجب أن يكون التوقيع معبرًا عن شخصية صاحبه، أي أن يكون علامة شخصية خاصة به ويتميز بها عن غيره، ولا يشترط بالتوقيع أن يكون باسم صاحبه بل ممكن أن يكون بالأحرف الأولى منه أو الاسم الثلاثي، أو حتى اسم الشهرة[4].

1- أن يترك التوقيع أثرًا متميزًا غير قابل للزوال

لما كان التوقيع يرتبط بالكتابة، لا بُدّ من أن يتميز بالديمومة، بأن يترك أثرًا متميزًا يستمر وجوده ولا يزول مع مرور الزمن، فالعبرة من وجود التوقيع هو الإفادة برضا صاحبه عن مضمون

---

(1) محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم (158) لسنة 2014م قضائية، بتاريخ 2016/11/22م.

(2) د. حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص318 وما بعدها، راجع كذلك: نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص226 وما بعدها.

(3) محكمة التمييز - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم (769) لسنة 2002م قضائية - الدائرة التجارية - بتاريخ 2005/03/02م.

(4) م. أمير فرج يوسف، الجديد في التوقيع الإلكتروني لدول الخليج العربي: دراسة قانونية مقارنة بالدول العربية والأجنبية، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2016م، ص227 وما بعدها.

المحتوى الذي وقع عليه، ولتحقيق ذلك يجب أن يكون في مكان واضح وأن يكون مستقلًا عن المحتوى ودائمًا ما يكون التوقيع بنهاية الورقة لمنع الوقوع في الخطأ أو اللبس[1].

2- ارتباط التوقيع بالمحرر الكتابي

التوقيع هو وسيلة للتعبير عن رضا الموقع وموافقته عما هو ثابت في المحرر، وهذا ما يعطي للمحرر القيمة القانونية اللازمة للإثبات، ولهذا السبب جرت العادة على أن يكون التوقيع في أسفل المحتوى أي في نهايته واضحا لا يختلط بشيء يجعله غامضا، وذلك لضرورة منع الوقوع في الخطأ أو اللبس[2].

ثانيًا: مفهوم التوقيع بشكله الإلكتروني

مع انتشار التعامل عبر شبكة الإنترنت، ظهرت حاجة ملحة إلى إيجاد بديل للتوقيع التقليدي في إثبات التصرفات التي تتم عبر استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة، شريطة أن يؤدي الوظيفة نفسها التي يؤديها التوقيع بشكله التقليدي، حتى لا تقف مسألة إثبات التصرفات التي تتم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة عقبة أمام مسيرة التطور في مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية، مما أسفر عنه ظهور التوقيع الإلكتروني بمميزاته المختلفة التي تتناسب مع الوسط الذي يتمّ التعامل بالتوقيع فيه[3].

1- التعريف بالتوقيع الإلكتروني

توضيح تعريف التوقيع الإلكتروني فقهًا، فيما يأتي:

أ- تعريف الفقه للتوقيع الإلكتروني

حاز التوقيع الإلكتروني على اهتمام فقهي كبير، كونه وسيلة متطورة لها دورها في منح المعاملات الإلكترونية الحجية المطلوبة عند إجراء المعاملات على شبكة الإنترنت، ولم يتوانَ الفقه في طرح تعاريف لهذا النوع من التوقيعات، فقد عرَّف بعضُ الفقه التوقيع الإلكتروني بأنه:(إجراء

---

(1) نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 226 وما بعدها.

(2) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص135 وما بعدها، راجع كذلك: د. نافان عبد العزيز رضا، حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات المعاملات الإلكترونية: دراسة تحليلية في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012م، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسة، جامعة كركوك - العراق، د.ت، ص190.

(3) Olivier d'Auzon, Le droit du commerce électronique, op.cit., p. 68 et voir aussi: Alexandra Mendoza- Caminade, Droit Commerce Électronique Sites web, blockchains, Publicité digitale, contrat électroniques et données personnelles, op.cit., p. 317.

معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر سواء أكان هذا الإجراء على شكل رقم أو إشارة إلكترونية معينة أو شفرة خاصة تعطي الثقة في أن صدور هذا التوقيع يفيد بأن بالفعل صدر عن صاحبه)[1].

ويمكن انتقاد هذ التعريف من جهة أنه ركز على وظيفة واحدة من وظائف التوقيع وهو الكشف عن هوية صاحبه.

وعُرّف من جانب آخر بأنه: (مجموعة من الإجراءات التقنية التي تمكن من تحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بشأنه)[2].

وتلافى هذا التعريف القصور في التعريف السابق، حيث حدد الوظيفتين التي يضطلع بهما التوقيع سواء كان إلكترونيًا أو بصورته التقليدية.

وعرف التوقيع الإلكتروني أيضا بأنه: (إشارات أو رموز أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع، ومرتبط ارتباط وثيقًا بالتصرف القانوني، تسمح بتمييز شخص صاحبها وتحديد هويته، ويعبر دون غموض عن رضائه بهذا التصرف القانوني)[3].

وينتقد هذا التعريف أنه أدخل الإجراءات أو الشروط المتطلبة لاعتماد التوقيع في التعريف واشترك أن يكون صادرًا عن جهة مختصة، وهذه التفاصيل ليس شأن التعريف الذي يفترض أن يكون عامًا مجردا لا يدخل في التفاصيل إلى جانب أنه ركز على صورة واحدة فقط من صور التوقيع العديدة.

ب- تعريف الاتفاقيات وبعض القوانين المقارنة للتوقيع الإلكتروني

عرَّف قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني، بأن هذا التوقيع هو: (بيانات في شكل إلكتروني، مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها منطقيًا، ويجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، والإشارة إلى موافقته على المعلومات الواردة فيها)[4].

---

(1) م. أمير فرج يوسف، الجديد في التوقيع الإلكتروني لدول الخليج العربي: دراسة قانونية مقارنة بالدول العربية والأجنبية، مرجع سابق، ص231 وما بعدها.

(2) د. محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص186.

(3) ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني- ماهيته - مخاطره، كيفية وكيفية مواجهتها ومدى حجيته في الإثبات، مرجع سابق، 49.

(4) "Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit=

ويلاحظ على هذا التعريف أنه وضّح الشكل العام للتوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن بيانات في شكل إلكتروني، وأن من بين وظائفه تعيين هوية الموقّع، وبيان رضاه على المعلومات الواردة في رسالة البيانات، وذلك يتوافق مع الهدف الذي وضع من أجله وهو المساواة الوظيفية أو تحقيق التكافؤ بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي.

أما التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 بشأن التوقيعات الإلكترونية، فعرّف التوقيع الإلكتروني في المادة الثانية منه على أنه: (معطيات إلكترونية، والتي يتمّ إرفاقها أو ربطها منطقيًا بمعطيات إلكترونية أخرى والتي تعمل كطريقة للتصديق أو التوثيق عليها)[1].

وجاء هذا التعريف عاما يحدد صورة معينة من صور التوقيع واكتفى بذكر أنه عبارة عن معطيات إلكترونية، وهو بذلك لا يختلف عن التعريف الخاص باليونسترال، ولكنه أشار إلى عملية التوثيق والتصديق والغرض من ذلك تحقيق متطلبات الثقة والأمان في التوقيع.

وقدّم الاتحاد الأوروبي لائحة (EIDAS)[2] التي ألغت التوجيه الأوروبي السابق بشأن التوقيعات الإلكترونية، ووضعت هذه اللائحة من أجل تنظيم عملية التوقيع الإلكتروني بما يعزز الثقة فيها عن طريق توفير الأمن والحماية للتوقيع الذي يتمّ بوسائل إلكترونية، وقد قسمت هذه اللائحة التوقيع الإلكتروني إلى ثلاث فئات:

1- **التوقيع الإلكتروني:** يعني البيانات ذات الشكل الإلكتروني المرفقة أو المرتبطة منطقيًا ببيانات أخرى في شكل إلكتروني التي يستخدمها الموقع للتوقيع[3].

2- **التوقيع الإلكتروني المتقدّم:** وهو الذي يوفي بالمتطلبات الآتية:

- يجب أن يكون مرتبطًا بصورة متميزة بالموقّع.

=message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue..." disponible sur: https://cutt.us/DEjbU, p. consultée: Octobre 2020

(1) (Article 2): "Aux fins de la présente directive, on entend par:

(1) "signature électronique", une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification..."

(2) وهو اختصار لـ "خدمات تحديد الهوية والمصادقة والائتمان الإلكترونية":

Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC: https://www.eid.as/, last consulted: October 2020.

(3) Article (3-10): "electronic signature, means data in electronic form which is attached to or logically associated with other data in electronic form and which is used by the signatory to sign;"

- يجب أن يكون قادرًا على تحديد هوية الموقّع.
- يجب أن يتمّ إنشاؤه باستخدام البيانات المتاحة للاستخدام من قبل الموقّع بموجب سيطرته الوحيدة وبمستوى عالٍ من الثقة.
- يجب أن يكون مرتبطًا بالبيانات الموقّعة بطريقة يمكن من خلالها الكشف عن أي تغيير لاحق في البيانات[1].

3- **التوقيع الإلكتروني المؤهل:** (يعني توقيعًا إلكترونيًا متقدمًا يتمّ إنشاؤه بواسطة جهاز إنشاء توقيع إلكتروني مؤهل، ويستند إلى شهادة مؤهلة للتوقيعات الإلكترونية)[2].

وما تتسم به هذه اللائحة أنها تتدرج من حيث القوة في تحديد التوقيع الإلكتروني المؤهل الذي يتمتع بالحجية في الإثبات إلى أن يستند إلى شهادة تؤكد صحته.

ولم يصدر المُشرّع الفرنسي تشريعًا خاصًا بالتوقيع الإلكتروني ولكنه أدخل تعديلًا على القانون المدني الفرنسي، وجاء في نصّ المادة المستحدثة رقم (4/1316) أن: (التوقيع اللازم لإتمام تصرف قانوني هو الذي يحدد هوية الشخص الذي وضعه، ويفصح عن رضا الأشخاص بالالتزامات الناشئة عن هذا التصرف، وعندما يتمّ وضع التوقيع من قبل موظف عام، فإن هذا التوقيع يسبغ العقد بالصفة الرسمية.

وعندما يكون التوقيع إلكترونيًا، فإنه يتمثل في استخدام وسيلة موثوق بها للتعريف عن هوية الموقع وضمان ارتباط التوقيع بالمحرر القانوني الذي وضع عليه، ويفترض موثوقية تلك الوسيلة حتى إثبات العكس...)[3].

---

(1) Article (26): "An advanced electronic signature shall meet the following requirements:
(a) It is uniquely linked to the signatory;
(b) It is capable of identifying the signatory;
(c) It is created using electronic signature creation data that the signatory can, with a high level of confidence, use under his sole control; and
(d) It is linked to the data signed therewith in such a way that any subsequent change in the data is detectable".
(2) Article (12): qualified electronic signature, means an advanced electronic signature that is created by a qualified electronic signature creation device, and which is based on a qualified certificate for electronic signatures.
(3) "Art, 1316-4, - La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose, Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte, Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache, La fiabilité=

ونستنتج من هذه المادة بأن المُشرّع الفرنسي جمع بين التوقيع بصورته التقليدية، والتوقيع الإلكتروني في مادة واحدة[1]، مع اختلاف آلية إنشاء كلّ منهما فالأول يتمّ بصورة يدوية والثاني عبر تقنيات حديثة، ولم يحدد المُشرّع في هذه المادة نوع التقنيات رغبة منه في فتح المجال أمام أي تطور ممكن أن يحدث في عالم تكنولوجيا الاتصال، بالإضافة إلى ضرورة أن يعين التوقيع هوية الموقع، وارتباط التوقيع بالمحرر، واعتقد أن القصد من عبارة ارتباطه بالمحرر، هو دليل رضائه بما جاء فيه، بالإضافة إلى افتراض دقة وصحة البيانات التي تم التوقيع عليها[2].

ج- تعريف بعض التشريعات العربية ودول مجلس التعاون للتوقيع الإلكتروني

عُرِّفَ التوقيعُ الإلكتروني في القانون المصري الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني، في المادة(1/ج) بأنه: (كل ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره).

وعَرَّف المُشرّعُ العراقي التوقيع الإلكتروني في المادة (1-4) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية بأنه: (علامة شخصية تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أصوات أو غيرها وله طابع متفرد يدل على نسبته إلى الموقع ويكون معتمدًا من جهة التصديق).

وعَرَّف المُشرّعُ البحريني في قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية، التوقيعَ الإلكتروني في المادة (1-19) على أنه: (بيانات في شكل إلكتروني ضمن سجل إلكتروني أو ملحقة أو مرتبطة به، تستخدم للتعريف بموقع السجل ولبيان قصده بشأن المعلومات التي يتضمنها السجل).

أمّا قانون المعاملات الإلكترونية العُماني، فقد نصّ في المادة (1- 19) على تعريف التوقيع الإلكتروني على أنه: (التوقيع على رسالة أو معاملة إلكترونية في شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع وتمييزه عن غيره).

وعَرّفه نظام التعاملات الإلكترونية السعودي في نصّ في المادة (1-14) بأنه: (بيانات إلكترونية، مدرجة في تعامل إلكتروني، أو مضافة إليه، أو مرتبطة به منطقيًا، تستخدم لإثبات هوية الموقع وموافقته على التعامل الإلكتروني، واكتشاف أي تعديل يطرأ على هذا التعامل بعد التوقيع عليه).

=de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire..." Disponible sur: https://cutt.us/bGAfb, p. consultée: Octobre 2020.

(1) Florence Mas, La conclusion des contrats du commerce électronique, Op.cit., p. 236 et S.

(2) Nathalie BESLAY, La légalisation de la signature électronique, disponible sur: https://cutt.us/ZrRmZ, mise en ligne à 29 Août 2000: p. 5.

وقد نصّ قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي في المادة (1-12) على أن التوقيع الإلكتروني هو: (لبيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في مستند أو سجل إلكتروني أو مضافة عليها أو مرتبطة بها بالضرورة ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره).

أمّا قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي فنص في المادة (1-11) على أن التوقيع الإلكتروني هو: (توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقيًا برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة).

وعرَّفه المُشرّع القطري في المادة (1-13) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية بأنه: (ما يوضع على رسالة البيانات، ويتخذ شكل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع متفرد، يستخدم لتحديد هوية الموقع، ويميزه عن غيره، وبغرض بيان موافقة الموقع على رسالة البيانات).

بعد عرض مفصل لتعريف التوقيع الإلكتروني، نصل إلى نتيجة مفادها بأن هناك تشابها بين التعريفات في تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني وبما ينطوي عليه من جانب التقني والوظيفي له، ويتبين من خلال تحليل تلك التعريفات أنها تجمع على نقاط معينة هي:

1- عدم شرح الجانب التقني بشكل مفصل والاكتفاء بأنها بيانات إلكترونية ممكن تكون على أكثر من صورة، والسبب في ذلك أن العالم التكنولوجي لا يثبت على حال، وممكن أن يتغير بشكل دائم.
2- التركيز على مسألة الثقة والأمان بالنسبة إلى الوسائل المستخدمة في تشغيل التوقيع، حتى يمكن أن يعتد به كدليل إثبات.
3- التركيز على ضرورة ارتباط التوقيع بما هو مدون أو موجود على المحرر الإلكتروني، والقصد من ذلك هو توافر عنصر الرضا.

وعمومًا فإن تلك التعريفات تبين لنا وظيفة التوقيع الإلكتروني والغرض من إنشائه، وهو لا يختلف عن التوقيع التقليدي من حيث الغرض منه في الكشف عن هوية الموقع، والتعبير عن رضا الموقع بمضمون ما جاء في المحرر الإلكتروني، بقي أن نبين صور التوقيع الإلكتروني، وذلك في الفرع الآتي:

الفرع الثاني: صور التوقيع الإلكتروني

من مميزات التكنولوجيا الحديثة في مجال الاتصال أنها لا تثبت على حال فهي ذات طبيعة متغيرة ومتطورة، وبناء عليه لا يمكن حصر التوقيع الإلكتروني بصور معينة، ولا يسع الأمر لذكر جميع أنواع التوقيع الإلكتروني حيث إنها تتنوع وتختلف بحسب التقنية التي استخدمت في إنشائها، ونحاول عرض الصور السائدة في الوقت الراهن على النحو الآتي:

أولًا: التوقيع البيومتري (Biometric Signature)

وهو التوقيع الذي يعتمد على الصفات الجسمانية للشخص أو الخصائص الذاتية له، مثل بصمة الإصبع، مسح العين، خواص اليد، التحقق من نبرة الصوت، والتوقيع الشخصي – كما هو موضح في صورة الملحق رقم (3) – ويتم استخدام وسائل حديثة للتأكد من شخصية المتعامل عن طريق التقاط صورة لعين المستخدم أو مسحة ضوئية ليده أو التحقق من صوته...إلخ، ويتم تخزين الخواص في ذاكرة الحاسب ليتمكن من إجراء عملية المطابقة، ومن عيوب هذا التوقيع عدم إمكانية استخدامه في جميع أجهزة الحاسوب بل يجب أن يكون الحاسوب من النوع الذي يتميز بمواصفات تقنية عالية وتطبيق التوقيع يتطلب مبالغ مالية ضخمة، إلى جانب أن عملية تخزين البيانات الخاصة بالموقع في ذاكرة الحاسوب، يمكن أن يعرضها للقرصنة الإلكترونية[1].

ثانيًا: التوقيع باستخدام القلم الإلكتروني (Digital Pen)

هو قلم حساس، له خواص تمكنه من الكتابة على لوحة إلكترونية خاصة بقلم إلكتروني، ومن ثم يتمّ نقلها على جهاز الحاسوب عن طريق برامج معينة تتحكم في العملية، ويكون لهذه العملية وظيفتان الأولى تتمثل في التقاط التوقيع عن طريق قياس الحجم والشكل والانحناءات وغيرها من السمات التي تعطي للتوقيع شكله النهائي، بعد ذلك تعرض التوقيع ويكون الخيار للمستخدم باعتماده أو إعادة المحاولة، أمّا الوظيفة الثانية فهي التحقق من صحة التوقيع ومطابقته ومن ثم يتمّ نقل التوقيع بواسطة ماسح ضوئي إلى المحرر الإلكتروني، لمنحه الحجية في الإثبات[2].

وعيوب هذا التوقيع أنه ذو كلفة عالية جدًا حيث يتطلب وجود جهاز حاسوب قابل للكتابة على شاشته وقلم إلكتروني ونوع برامج معينة وللتوضيح راجع ملحق رقم (4).

---

(1) م. أمير فرج يوسف، الجديد في التوقيع الإلكتروني لدول الخليج، مرجع سابق، ص229 وما بعدها.

(2) أ.د نوال طارق إبراهيم، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين – العراق، ج20، العدد1، 2018م، ص131.

ثالثًا: التوقيع بواسطة الرقم السري أو البطاقة الممغنطة (Magnetic card or password)

ابتُكر هذا النوع من التوقيع -وهو التوقيع الأكثر انتشارًا- لغرض الإسراع في إنجاز المعاملات المصرفية، فقد دَرَجتِ المصارفُ على إصدار بطاقات إلكترونية مصحوبة برقم سري تمنحها لعملائها ليتم استخدامها في عمليات سحب وإيداع النقود، وكذلك تستخدم كوسيلة لسداد الثمن بالنسبة إلى السلع والخدمات سواء عند التسوق من المتاجر بالصورة التقليدية أو إلكترونيًا عبر شبكة الإنترنت[1]، وللإيضاح راجع ملحق رقم (5).

وعيبُ هذه الطريقة أنها أكثر طريقة محفوفة بالمخاطر، حيث تنتشر عمليات سرقة البيانات الخاصة بالبطاقة، لذا يجب اختيار مواقع آمنة للتسوق منها، وتوجد مواقع إلكترونية تصنف المواقع التجارية بحسب الثقة بها ودرجة الأمان التي توفرها.

رابعًا: التوقيع الرقمي أو الكودي (digital signature)

هو التوقيع الذي يتمّ الاعتماد فيه على تحويل الكتابة العادية إلى معادلات حسابية باستخدام معادلات لا يتمكن من إعادتها إلى حالتها الأصلية إلا من يملك المعادلة الخاصة التي تلعب دور المفتاح، فعلى سبيل المثال لو أراد شخص إرسال رسالة بيانات عبر البريد الإلكتروني، يقوم بإعداد ملخص مشفر[2] باستخدام مفتاح خاص، وإرسالها إلى الشخص المعني الذي يستخدم المفتاح العام للتأكد من صحة التوقيع الرقمي، ثم يقوم بدوره، بإعداد ملخص باستخدام برامج التشفير نفسها ويقارن بين الاثنين، فإذا كانا متطابقين فهذا يدلّ على أنها وصلت من دون تحريف أو تعديل وللتوضيح راجع ملحق رقم (6)، وتعد هذه الطريقة من أكثر الطرق أمانًا وثقة، كونها تمر بمراحل

---

(1) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، مرجع سابق، ص198، راجع كذلك: د. سامح عبدالواحد التهامى، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص396.

(2) عرف التشفير استنادا إلى قانون رقم (1170) لسنة 1990م، بشأن تنظيم الاتصالات في فرنسا، خدمات التشفير بأنها: "أية خدمات الغرض منها تحويل معلومات أو إشارات واضحة إلى معلومات وإشارات غير مفهومة للغير باستخدام اتفاقيات سرية، أو تنفيذ عكس العملية بفضل برامج متخصصة لهذا الغرض".

(On entend par prestations de cryptologie toutes prestations visant à transformer à l'aide de conventions secrètes des informations ou signaux clairs en informations ou signaux inintelligibles pour des tiers, ou à réaliser l'opération inverse, grâce à des moyens, matériels ou logiciels conçus à cet effet, on entend par moyen de cryptologie tout matériel ou logiciel conçu ou modifié dans le même objectif), disponible sur: https://2u.pw/PI1y7, p. consultée: Octobre 2020.

على درجة كبيرة من الدقة، ولكن ذلك لا ينفي بأن عمليات القرصنة الإلكترونية يديرها ناس على مستوى عالٍ من الخبرة يمكن أن يفكوا الشفرات الخاصة بالتوقيع والقيام بنسخها[1].

وبعد أن تناولنا تعريف التوقيع الإلكتروني وصوره في هذا المطلب، اتضح لنا أن الاختلاف الجوهري يكمن في الوسيلة الإلكترونية التي يتمّ بها التوقيع، وتدخل نظام بيانات لإنشاء التوقيع، وبذلك تظهر لا تتحقق فكرة سيطرة الموقع الإلكتروني على توقيعه، وعليه الالتزام بالمحافظة على المعلومات السرية الخاصة بالتوقيع الإلكتروني وعدم مشاركتها مع أحد لكيلا يتمّ استغلال التوقيع الخاص به، ومع ذلك تبقى إشكالية أساسية تتعلق بحجية هذا التوقيع وهذا ما تتناوله الباحثة في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

إشكالية حجية التوقيع الإلكتروني

يكمن الاختلاف الجوهري بين التوقيع التقليدي والإلكتروني، في أن الأخير منفصل عن صاحبه بعكس الأول الذي يكون لصيقًا به ويعبر عن شخصيته، فعندما نقوم بالتوقيع على المحررات التقليدية تكون الوسيلة التي نستخدمها في التوقيع تحت سيطرتنا الكاملة، سواء كان التوقيع بواسطة قلم، ختم، أو حتى بصمة أصبع، وعلى العكس من ذلك تمامًا يكون التوقيع الإلكتروني الذي يتمّ من خلال وسائل إلكترونية، حيث يلزم وجود أداة بيانات لإنشاء التوقيع وحتى نفرض سيطرتنا على التوقيع يجب أن نمتلك الوسائل التي تمكنا من ذلك، فهل يتعارض ذلك مع وظائف التوقيع الإلكتروني؟

في هذا المطلب تتناول الباحثة أهمّ إشكالية تواجه التوقيع الإلكتروني، وهي حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات وقدرته على أداء الوظيفة المنوطة به، ونحاول في بحث إشكالية حجية التوقيع الإلكتروني وفيما إذا كانت التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية عالجتها على النحو المطلوب، وبناء عليه نوزع هذا المبحث على فروع ثلاثة نخصصها لإشكالية الحجية من حيث مخاطر التوقيع الإلكتروني، وتحقق شروط التوقيع الإلكتروني ومدى قوة التوقيع على المحرر.

---

(1) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص139 وما بعدها، راجع كذلك: أ.د محمود عبد الرحمن محمد، مدى حجية الوسائل الإلكترونية في إثبات المعاملات المدنية والتجارية والإدارية طبقاً لقانون المعاملات الإلكترونية الكويتي: دراسة مقارنة، منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الأول، السنة السادسة، مارس 2018م، ص173.

الفرع الأول: مخاطر التوقيع الإلكتروني

يحوز التوقيع الإلكتروني على أهمية بالغة في مجال الإثبات بشكل عام، فاستنادًا إلى قواعد الإثبات لا تقبل المحررات العرفية بشكل عام – سواء كانت تقليدية أو إلكترونية – كدليل إثبات إلا إذا كانت مذيلة بتوقيع من تنسب إليه الواقعة القانونية الثابتة على المحرر[1].

وبالنسبة إلى الإثبات التقليدي حددت أنواع التوقيع المعتد بها قانونًا على سبيل الحصر، وهي الإمضاء، الختم أو بصمة الإصبع، وما دون ذلك لا يعتد به قانونًا ولا ينتج أثره، أمّا بالنسبة إلى مسألة الإثبات الإلكتروني فالأمر يختلف نتيجة لطبيعة البيئة التي ينشأ فيها التوقيع الإلكتروني، وقد بينت الدراسة آنفا أمثلة من صور التوقيع الإلكتروني، التي لا يمكن حصرها بعدد معيّن كما هو الحال بالنسبة إلى التوقيع التقليدي، فكل ما تطورت تكنولوجيا الاتصالات ظهرت أنواع جديدة من التوقيع الإلكتروني[2].

ومع ظهور التوقيع الإلكتروني بإشكال مختلفة، زاد الجدل حول مدى صلاحية التوقيع الإلكتروني لإداء الوظيفة التي يقوم بها التوقيع التقليدي، ووجهت إلى التوقيع الإلكتروني كثير من الانتقادات تتعلق بالمخاطر التي تحيط به، وتتلخص أهمها في عدم توافر الثقة والأمان وإمكانية العبث به بالإضافة إلى عدم قدرته على أداء الوظائف التي يؤديها التوقيع كون التوقيع الإلكتروني -كما مرّ سابقا- منفصلا عن شخص الموقع، ورد على هذه الانتقادات من شجع للتطور التكنولوجي ومن ثم اعتماد التوقيع الإلكتروني، بأن مسألة العبث بالتوقيع تكون أكثر سهولة بالنسبة إلى التوقيع التقليدي حيث لا يتطلب ذلك دراية ومعرفة كما هو الحال بالنسبة إلى التوقيع الإلكتروني، وتوفير درجة الأمان والثقة التامة أمر لا يمكن بلوغه سواء بالنسبة إلى التوقيع التقليدي أو الإلكتروني، ولكن في المقابل تجرى الدراسات والبحوث بشكل مستمر لتوفير الحماية للتوقيع الإلكتروني[3].

ويرى الفقه أن المخاطر تقوم على فكرة الخطأ وهي تنقسم إلى مخاطر غير عمدية وأخرى عمدية، الأولى هي تلك المخاطر التي يكون سببها البرامج التي تُنشئ التوقيع الإلكتروني وتتحكم فيه، أو قد يكون سببها جهة التوثيق أو التصديق التي قد تصدر شهادات تتضمن بيانات خاطئة،

---

(1) د. خالد حسن أحمد لطفي، المستند الإلكتروني ووسائل إثباته وحمايته، مرجع سابق، ص166.

(2) د. باسم محمد فاضل، التعويض عن إساءة استعمال التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018م، ص34 وما بعدها.

(3) م. أمير فرج يوسف، الجديد في التوقيع الإلكتروني لدول الخليج العربي: دراسة قانونية مقارنة بالدول العربية والأجنبية، مرجع سابق، ص504 وما بعدها.

أو قد يكون الخطأ هو بسبب الموقع نفسه بإهماله في المحافظة على سرية المعلومات الخاصة بالتوقيع من دون العناية بعدم مشاركتها مع الآخرين[1]، أمّا المخاطر العمدية فهي تلك المخاطر التي تهدد تكنولوجيا المعلومات بشكل عام، التي تهدد النظام المعلوماتي للتوقيع، حيث يقوم محترفون بهذا المجال باختراق الأنظمة المعلوماتية للموقع أو جهة التصديق، واستغلال التوقيع[2].

والسؤال الذي يثور: **كيف واجهت التشريعات هذه المخاطر التي تحيط بالتوقيع الذي ينشأ في بيئة إلكترونية؟** لقد تم ذلك بالنص على شروط معينة يجب توافرها في التوقيع الإلكتروني حتى يعتد به من ناحية قانونية، وهذا ما تتناوله الدراسة في الفرع الآتي:

الفرع الثاني: مدى تحقق شروط التوقيع الإلكتروني

تمَّ التعرض لتعريف التوقيع الإلكتروني، وتم توريد أمثلة من صوره، والوصول إلى نتيجة مفادها بأنه من الممكن قبول التوقيع الإلكتروني إذا قام بالوظائف نفسها التي يؤديها التوقيع الإلكتروني، فمنح الحجية في الإثبات للتوقيع الإلكتروني لم يكن مطلقًا من دون قيد أو شرط، بل وضعت التشريعات المنظمة للتوقيع الإلكتروني شروطًا يجب توافرها في التوقيع حتى يكون صالحًا للاعتداد به.

فقد نصت المادة (3/6) من قانون اليونسترال للتوقيع الإلكتروني على وجوب توافر شروط معينة حتى يعتد بالتوقيع[3]، وهذه الشروط هي:

1- أن تكون بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة بالموقع.
2- أن تكون بيانات إنشاء التوقيع خاضعة لسيطرة الموقع.

---

(1) Ivan Mokanov, La Teneur du Standard de Fiabilité des moyens électronique de signature, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade LL.M, dans le programme de maîtrise en droit,2002, p. 106 et S.

(2) د. خالد حسن أحمد لطفي، جرائم الإنترنت بين القرصنة الإلكترونية وجرائم الابتزاز الإلكتروني، مرجع سابق، ص39 وما بعدها.

(3) Article (6-3): (...3- Une signature électronique est considérée fiable en ce qu'elle satisfait à l'exigence indiquée au paragraphe 1 si:
a) Les données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire;
b) Les données afférentes à la création de signature étaient, au moment de la signature, sous le contrôle exclusif du signataire;
c) Toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature est décelable; et
d) Dans le cas où l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, toute modification apportée à cette information après le moment de la signature est décelable).

3- إمكان اكتشاف أي تغيير في التوقيع الإلكتروني.
4- أن يكون الغرض من التوقيع هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع وكان أي تغيير يجرى على تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلا للاكتشاف.

ونصَّ المرسوم رقم (272) لسنة 2001، المؤرخ في 30 مارس 2001م، الصادر بشأن المادة (1316-4) من القانون المدني الفرنسي[1]، على الشروط الواجب توافرها في التوقيع ليتمتع بحجيته في الإثبات، وهي:

(1- أن يكون خاصًا بالموقع.
2- أن يتمّ إنشاؤه من خلال وسائل يمكن أن تظل تحت سيطرة الموقع بشكل حصري.
3- أن يضمن وجود ارتباط بالمحرر المتصل به، بحيث يستطيع أن يكتشف أي تغيير لاحق يطرأ عليه).

وقد ألغيت أحكام المرسوم السابق بموجب المرسوم رقم (1416) لسنة 2017م، المؤرخ في 28 سبتمبر 2017، بشأن التوقيع الإلكتروني الذي تم اعتماده في ضوء لائحة الاتحاد الأوروبي لائحة eIDAS رقم (2014/910) المؤرخة 23 يوليو 2014م، تم تقسيم التوقيع فيها إلى ثلاث فئات لكل فئة شروطها، وتم الإشارة على ذلك في الفرع الخاص بالتعريفات، وخلاصة ذلك هو أن التوقيع المؤهل هو الذي يتمتع بالحجية الكاملة[2].

ونصَّ قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني المادة (7)، على أنه: (أ- إذا تم توقيع سجل إلكتروني باستخدام شهادة توقيع إلكتروني آمنة، قامت القرينة على صحة التالي، إلى أن يثبت العكس:

1- أن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني هو توقيع صاحب الشهادة.
2- أن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني قد وُضِع من قِبَل صاحب الشهادة بغرض توقيع هذا السجل.
3- أن السجل الإلكتروني لم يطرأ عليه تغيير منذ وضع التوقيع الإلكتروني عليه...).

وفي المادة الأولى الخاصة بالتعريفات، وضحتْ أن التوقيع الآمن هو الذي تتوافر فيه الشروط الآتية:

---

(1) Décret no 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, disponible sur: https://2u.pw/vu5YI, p. consultée: Octobre 2020.
(2) Décret n° 2017-1416 du 28 septembre 2017 relatif à la signature électronique, disponible sur: https://2u.pw/mjjJw, p. consultée: Octobre 2020.

(1- يكون مقرونًا على نحو مميز بالموقع.
2- يمكن من خلاله إثبات هوية الموقع.
3- يتمّ إنشاؤه باستخدام بيانات إنشاء توقيع إلكتروني يكون باستطاعة منشئ التوقيع استخدامها بدرجة عالية من الثقة تحت سيطرته وحده.
4- يرتبط بالسجل الإلكتروني المتعلق به بحيث يمكن من التعرف على أي تغيير لاحق يطرأ على هذا السجل.
5- يتمّ إنشاؤه باستخدام أداة إنشاء توقيع آمن صادرة عن مزود خدمات الثقة المعتمد لذلك الغرض ومستندة على شهادة توقيع آمنة).

ونص المُشرّع الكويتي قانونه الخاص بالمعاملات الإلكترونية في المادة (19) منه على أنه: (يعامل التوقيع على أنه توقيع إلكتروني محمي إذا توافرت الشروط الآتية:

1- إمكانية تحديد هوية الموقّع.
2- ارتباط التوقيع بالموقع نفسه دون غيره.
3- تنفيذ التوقيع باستخدام أداة توقيع آمنة وتقع تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره وقت التوقيع.
4- إمكانية كشف أي تغيير في البيانات المرتبطة بالتوقيع المحمي أو في العلاقة بين البيانات والموقع)[1].

أمّا نظام التعاملات الإلكترونية السعودي فقد نصّ في المادة (9) على أنه: (1- يقبل التعامل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني دليلًا في الإثبات إذا استوفى سجله الإلكتروني متطلبات المادة الثامنة...).

وتنصّ المادة الثامنة على: (يعد السجل الإلكتروني أصلًا بذاته عندما تستخدم وسائل وشروط فنية تؤكد سلامة المعلومات الواردة فيه من الوقت الذي أنشئ فيه بشكله النهائي على أنه سجل إلكتروني وتسمح بعرض المعلومات المطلوب تقديمها متى ما طلب ذلك وتحدد اللائحة الوسائل والشروط الفنية المطلوبة)[2].

---

(1) تنص اللائحة التنفيذية للقانون في المادة (6) منه، على أنه: (يعامل التوقيع على أنه محمي إذا تحقق ما يأتي: 1- إذا كانت أداة إنشاء التوقيع المستخدمة مقصورة على الموقع دون غيره 2- إذا كان ممكنًا كشف أي تغيير للتوقيع يحدث بعد التوقيع 3- إذا كان ممكنا كشف أي تغيير في المعلومات المرتبطة بالتوقيع يحدث بعد وقت التوقيع 4- إذا كان لا يمكن نسخه من الدعامة الإلكترونية التي انشئ بها).

(2) تنص المادة (10) من اللائحة على أنه: (تنعقد حجية التوقيع الإلكتروني إذا: 1- أن يكون التوقيع مرتبطًا بشهادة تصديق...2- أن تكون شهادة التصديق المرتبطة بالتوقيع نافذة المفعول...3- الحفاظ على سلامة بيانات=

ويتبين موقف المُشرّع العماني، بما نصّ عليه في المادة (22) من قانون المعاملات الإلكترونية من أنه: (يعتبر التوقيع الإلكتروني محميا وجديرا بأن يعتمد عليه إذا تحقق الآتي:

أ- كانت أداة إنشاء التوقيع في سياق استخدامها مقصورة على الموقع دون غيره.
ب- كانت أداة إنشاء التوقيع في وقت التوقيع، تحت سيطرة الموقع دون غيره:
ج- كان ممكنا كشف أي تغيير للتوقيع الإلكتروني يحدث بعد وقت التوقيع.
د- كان ممكنا كشف أي تغيير في المعلومات المرتبطة بالتوقيع يحدث بعد وقت التوقيع).

ومع ذلك يجوز لكل ذي شأن أن يثبت بأية طريقة أن التوقيع الإلكتروني جدير بأن يعتمد عليه أو أنه ليس كذلك.

أمّا المُشرّع القطري فقد جاء في نصّ المادة (28) قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية منه على أن (يكون للتوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات، إذا استوفى الشروط الآتية:

1- أن تكون معلومات إنشاء التوقيع مرتبطة بالمُوَقّع وليس بأي شخص آخر.
2- أن تكون معلومات إنشاء التوقيع، وقت التوقيع، تحت سيطرة المُوَقّع وليس أي شخص آخر.
3- إمكانية اكتشاف أي تغيير يتمّ على التوقيع الإلكتروني بعد حدوث التوقيع.
4- إمكانية اكتشاف أي تغيير يتمّ على معلومات رسالة البيانات بعد وقت التوقيع، إذا كان الغرض من اشتراط التوقيع قانونًا، هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع.

ويصدر المجلس الأعلى القرارات اللازمة لتحديد أي من عمليات وتكنولوجيا التوقيع الإلكتروني تستوفي الأحكام السابقة).

ونصَّ المُشرّع الإماراتي، في المادة (17) منه: (يعامل التوقيع على أنه توقيع إلكتروني محمي إذا كان من الممكن التحقق من خلال تطبيق إجراءات توثيق محكمة، منصوص عليها في هذا القانون أو معقولة تجاريا ومتفق عليها بين الطرفين من أن التوقيع الإلكتروني كان في الوقت الذي تم فيه:

أ- ينفرد به الشخص الذي استخدمه.
ب- ومن الممكن أن يثبت هوية ذلك الشخص.

=هوية الموقع...إلخ)، للاطلاع على المادة كاملة، الرجاء الرجوع إلى اللائحة التنفيذية لنظام التعاملات الإلكترونية السعودي، متاح على: https://cutt.us/SBg5J، آخر زيارة: أكتوبر 2020م.

ج- وأن يكون تحت سيطرته التامة سواء بالنسبة إلى إنشائه أو وسيلة استعماله وقت التوقيع.

د- ويرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة به بطريقة توفر تأكيدا يعتمد عليه حول سلامة التوقيع. بحيث إذا تم تغيير السجل الإلكتروني فإن التوقيع الإلكتروني يصبح غير محمي.

هـ- يعتبر الاعتماد على التوقيع الإلكتروني المحمي معقولا ما لم يثبت العكس).

ويتضح من هذه النصوص أن مضمون المتطلبات واحدة تقريبًا لدى التشريعات المنظمة لمسألة التوقيع الإلكتروني وإن اختلفت المسميات أو أسلوب صياغة الشروط، وثمة إجماع على أن التوقيع المعتد به هو التوقيع الذي تتوافر فيه عناصر الثقة والأمان، وقد اختلفت تسميات هذا النوع من التوقيع، بين: توقيع مؤهل، متقدم، محمي وآمن، وجميع هذه المفردات تعني توافر شروط معينة في التوقيع لاعتباره توقيعا آمنا ولأن يكون صالحًا للاعتداد به من ناحية قانونية، ونتعرض للشروط التي أجمعت عليها تشريعات دول مجلس التعاون فما يأتي:

الشرط الأول: إمكانية تحديد هوية الموقّع

للاعتداد بالتوقيع الإلكتروني كدليل في الإثبات، يجب أن يكون علامة مميزة وخاصة بشخصية الموقع، بحيث يكون له طابع منفرد، ويتحقق ذلك باستخدام وسيلة آمنة تضمن صلة الموقع بالمحرر وأن يكون التوقيع قادرًا على الكشف عن هوية صاحبه، وذلك ينطبق على صور التوقيع التي أشرنا إليها أعلاه، فعلى سبيل المثال التوقيع بواسطة الرقم السري يكشف عن هوية الموقع، لأنه عند القيام بإدخال الرقم السري تنتقل إشارة إلى البنك بالدفع ويرسل إليك الأخير رقم تعريف تقوم بإدخاله لإكمال عملية الدفع ويتم إنهاء المعاملة إذا قبل النظام بها وكان الرقم السري صحيحًا.

ونذكر كذلك التوقيع البيومتري الذي يعتمد على الخصائص الذاتية للشخص، فهذا النوع من التوقيع يعبر عن هوية الموقع فقط، والتوقيع الإلكتروني بصوره المختلفة له القدرة على تحديد هوية الموقع وخاصة إذا دعم هذا التوقيع بوسائل حماية فعّالة لا تسمح بتعرضه لأية انتهاكات واستغلال الغير له[1].

---

(1) د. محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة إلكترونيًا في الإثبات: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2011م، ص99، راجع كذلك: د. خالد حسن أحمد لطفي، المستند الإلكتروني ووسائل إثباته، مرجع سابق ص157.

الشرط الثاني: ارتباط التوقيع بالمُحرّر

الهدف من التوقيع هو الإقرار بما جاء في المحرر الإلكتروني وإثبات صحته، ولكي يتحقق هذا الغرض يجب أن يتصل التوقيع بالمحرر الإلكتروني على نحو لا يمكن فصله، وأن يكون هذا الاتصال مستمرًا لمدة كافية لإمكانية استخدامه كدليل إثبات، وأن يكون المحرر قابلًا للحفظ والاسترجاع بطريقة آمنة، واليوم مع التطور التكنولوجي أصبحت هناك تقنيات متقدمة تكفل تحقيق ذلك[1].

الشرط الثالث: أن يكون أي تعديل أو تبديل في التوقيع الإلكتروني قابلًا للكشف

أثارت نصوص القوانين السابقة مسألة في غاية الأهمية وهي التي تتعلق بالسجل الإلكتروني، ونأخذ موقف المُشرّع البحريني كمثال على ذلك، حيث نصّ على أنه من شروط التوقيع الآمن: (أن يرتبط بالسجل الإلكتروني المتعلق به بحيث يمكن من التعرف على أي تغيير لاحق يطرأ على هذا السجل..).

وذلك يعني سلامة المحرر الإلكتروني الذي تم التوقيع عليه إلكترونيًا، من أي تغيير أو تعديل قد يطرأ عليه بعد القيام بعملية التوقيع، والغاية من ذلك توفير الحماية للمحرر والتوقيع معًا[2].

وفي سبيل تحقيق ذلك يمكن الاستعانة بالنظم التي تحافظ على المحرر الموقع ولا تسمح بإدخال تعديلات عليه، مثل جهات التوثيق أو التصديق الإلكتروني، التي تقع عليها مسؤولية ضمان صحة وسلامة البيانات الواردة فيها[3].

الشرط الرابع: سيطرة الموقّع على الوسيط الإلكتروني

وهذا يعني أن تكون بيانات إنشاء التوقيع تحت سيطرة وتحكم الموقّع دون غيره ويقصد ببيانات إنشاء التوقيع، المفاتيح السرية، والرموز والعناصر الأخرى التي تستخدم في إنشاء التوقيع،

---

(1) Valérie Sédallian, Preuve et signature électronique, disponible sur: https://cutt.us/zljyD, p. consultée: Octobre 2020.

(2) د. باسم محمد فاضل، التعويض عن إساءة استعمال التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص27 وما بعدها.

(3) Validation des signatures numériques, article sur: https://cutt.us/XgLZU, p. consultée: Octobre 2020.

أي أن يكون هو الوحيد الذي يستطيع فك رموز التوقيع الخاص به، أو الدخول إلى النظام الإلكتروني الخاص بإنشاء التوقيع الإلكتروني الخاص به[1].

بعد أن استعرضت الباحثة النصوص القانونية السابقة والشروط المتطلب توافرها في التوقيع الإلكتروني، نصل إلى أن التوقيع الإلكتروني يمكن أن يُعتد به، وأن يؤدي ذات الوظائف التي يؤديها التوقيع التقليدي، وأن التطور الرقمي الذي نعيشه يحتم علينا إيجاد وسيلة تمنح الثقة في المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، والتوقيع الإلكتروني يلعب دورًا جوهريًا في ذلك، وترى الباحثة أن نظام الإثبات الإلكتروني يتفاوت من حيث القوة في دول مجلس التعاون، ويرجع ذلك إلى حداثة قوانين بعض دول مجلس التعاون مقارنة بدول المجلس الأخرى، وخاصة أن مملكة البحرين والمملكة العربية السعودية طورا من التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية إلى حدّ كبير بإصدار تشريعات جديدة تواكب التطورات الحديثة، والسؤال الذي يُطرح هنا: **هل يمتلك التوقيع الإلكتروني الذي تتوافر فيه الشروط التي أشارت إليها نصوص القانون الحجية المطلوبة في الإثبات؟** هذا ما تجيب عنه الدارِسةُ عنه في الفرع الآتي:

الفرع الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

ظهرت الحاجة إلى تقنين حجية التوقيع الإلكتروني بعدما أصبح التوقيع الإلكترونية حقيقة إلى جانب الكتابة الإلكترونية في مجال إثبات المعاملات عبر شبكة الإنترنت، فالثقة والأمان أهمّ العناصر التي يجب توافرها في العقود المبرمة عن بعد عبر شبكة الإنترنت ومن دون وجودٍ ماديٍّ لأطرافه، ولكي تتوافر الثقة يستلزم وجود طرف ثالث محايد، يضطلع بمهمة التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني، ونسبته إلى الموقّع، ومنحه القوة الثبوتية، وهنا يظهر دور جهة التصديق وصولًا إلى الحجية الكاملة.

أولًا: دور جهة التصدّيق

يلاحظ عند الاطلاع على قوانين دول مجلس التعاون بالنسبة إلى خدمات التصديق، تنوع التسميات الخاصة بهذه الجهة وعدم الاتفاق على مسمى واحد حيث تتنوع بين مقدم خدمات تصديق، ومزود خدمات تصديق، ومزود خدمات الثقة[2].

---

(1) د. أسامة بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المجلد28، العدد56، ص164.

(2) القانون الإماراتي يطلق عليها مزود خدمات التصديق، أمّا القانون الكويتي فأطلق عليها الجهة المختصة بمزاولة خدمات التصديق، أمّا قطر فاستخدمت مسمى مقدّم خدمة التصديق، وسلطنة عمان كذلك استخدمت=

واعتنت قوانين دول مجلس التعاون ببيان جهة التصدّيق، ففي قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني، عرفت (خدمات الثقة) في مادة التعريفات من هذا القانون على أنها: خدمات إلكترونية خاصة بالتوقيع الإلكتروني والختم الإلكتروني ومهر إلكتروني للوقت والتوصيل الإلكتروني المسجل والتصديق الإلكتروني لموقع على شبكة الإنترنت، وعرف (مزود خدمات الثقة المعتمد)، على أنه: مزود خدمات ثقة يتمّ اعتماده لتقديم واحدة أو أكثر من خدمات الثقة طبقًا للمادة (20) و (21).

أمّا نظام المعاملات الإلكترونية السعودي، فقد نصّ في المادة (1-16) من اللائحة التنفيذية، الخاصة بالتعريفات على أنه: (16- شهادة التصديق الرقمي: وثيقة الكرتونية يصدرها مقدم خدمات تصديق، تستخدم لتأكيد هوية الشخص الحائز على منظومة التوقيع الإلكتروني، وتحتوي على بيانات التحقق من توقيعه)، ويلاحظ على هذا النظام أنه حدد خدمات التصديق بما يؤدي إلى بيان هوية الحائز.

والمُشرّع العماني نصّ في المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكتروني، على أن: (...مقدم خدمات التصديق: أي شخص أو جهة معتمدة أو مرخص لها بالقيام بإصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أية خدمات أخرى متعلقة بها وبالتوقيعات الإلكترونية).

والمُشرّع القطري في المادة الأولى من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري نصّ على: (...مقدم خدمة التصديق: شخص مرخص له بالاحتفاظ ببنية تحتية للمفاتيح العمومية وبإصدار شهادات التصديق وبتقديم خدمات ذات صلة بالتوقيع الإلكتروني).

والمُشرّع الكويتي نصّ في مادة الأولى الخاصة بالتعريفات من قانونه المنظم للمعاملات والتجارة الإلكترونية على أن: (...مزود خدمات التصديق هو الشخص الطبيعي أو المعنوي المعتمد والمرخص له من الجهة المختصة بإصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتوقيعات الإلكترونية المنظمة بموجب أحكام القانون).

وعرَّف المُشرّع الإماراتي مزودَ خدمات الثقة في المادة الأولى من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية: (...مزود خدمات الثقة هو أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتوقيعات الإلكترونية والمنظمة بموجب أحكام هذا القانون).

=مصطلح مقدم خدمات التصديق، أمّا المُشرّع البحريني فقد استخدم مصطلح مزود خدمات الثقة، والنظام السعودي استخدم مصطلح مقدم خدمات التصديق.

وتظهر مهمة هذه الجهة في تحديد هوية المتعاملين وتحديد أهليتهم والتأكد من مضمون هذا التعامل وجديته، كما تقوم بإصدار المفتاح العام والخاص الذي تتم من خلالهما عملية التشفير، وذلك إلى جانب مهمة التصديق على التوقيع الإلكتروني عبر إصدار شهادة التصديق التي تعطي قرينة على صحة البيانات الواردة فيها، وخاصة تلك التي تتعلق بهوية الموقع وتوقيعه الإلكتروني، فهذه الشهادة تثبت صحة التوقيع الإلكتروني[1].

ثانيًا: الحُجيّة الكاملة

تختلف حجية التوقيع الإلكتروني في قوانين دول مجلس التعاون بحسب القانون المنظم له، وأعطى قوانين مملكة البحرين ودولة الكويت والمملكة العربية السعودية، الحجية الكاملة للتوقيع الصادر عن جهة التصديق، وأطلقوا عليه التوقيع المحمي أو الآمن[2].

أمّا المُشرّع القطري فقد نصّ على شروط معينة في المادة (17) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لاعتبار التوقيع محميًا، ولم يوضح بشكل دقيق حجية التوقيع المحمي، واكتفى بالنصّ في هذه المادة، على أن: (الاعتماد على التوقيع الإلكتروني المحمي معقولًا ما لم يثبت العكس)، وهذه العبارة لا تعطي معيارا واضحًا، والقصد من ذلك أن يترك تقدير هذا الأمر إلى تقدير القاضي بحسب طبيعة المعاملة وظروفها.

ونص هذا المُشرّع أيضا في المادة (28) من ذات القانون على أنه تكون للتوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات إذا استوفى شروط التوقيع الإلكتروني، على أن يحدد المجلس الأعلى للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات أيًا من العمليات وتكنولوجيا التوقيع الإلكتروني تستوفي المتطلبات التي نصت عليها المادة.

أما بالنسبة إلى سلطنة عمان فقد نصت المادة (22) قانون المعاملات الإلكترونية على شروط اعتبار التوقيع محميا وهي شروط سبق بيانها، ونصت في المادة (23) من القانون ذاته على أنه: (1- يحق للشخص أن يعتمد على التوقيع الإلكتروني أو الشهادة إلى المدى الذي يكون فيه ذلك الاعتماد معقولا...) وعلى أن ترعى طبيعة المعاملة، أية اتفاقيات سابقة وأي عوامل أخرى

---

(1) كيوه حميد صالح المزروي، النظام القانوني لتوثيق المعاملات الإلكترونية: دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018م، ص108 وما بعدها، راجع كذلك: آلاء أحمد محمد حلج علي، التنظيم القانوني لجهات التصديق الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية – كلية القانون، نابلس – فلسطين، 2013م، ص9.

(2) ينظر المادة (7) من قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني، المادة (10) من اللائحة التنفيذية لقانون المعاملات الإلكترونية السعودي، المادة (5) من اللائحة التنفيذية لقانون المعاملات الإلكترونية الكويتي.

مؤثرة، ومن خلال ما تقدم نصل إلى نتيجة مفادها بأن دول مجلس التعاون قد انقسمت إلى فريقين بالنسبة إلى إشكالية حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات وهما:

الفريق الأول

وهي التشريعات التي نظمت حجية التوقيع الإلكتروني بنصوص واضحة وصريحة لا يشوبها أي غموض، وأعطت التوقيع الإلكتروني الموثق إذا ما روعيت الشروط الحجية في الإثبات، وهذه التشريعات وضعت بعين الاعتبار أهمية زرع الثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية ووضع تنظيم تشريعي متكامل بالنسبة إلى المسائل المتعلقة بالإثبات، وذلك إدراكًا منها بأهمية الإثبات في حفظ الحقوق، وهذا الفريق يضم كلّا من المملكة العربية السعودية ودولة الكويت ومملكة البحرين، وما يميز هذه التشريعات حداثتها، فدولة الكويت تأخرت في سنّ أول قانون للمعاملات الإلكترونية وكان ذلك عام 2014م، أمّا مملكة البحرين والمملكة العربية السعودية فجهودهم في التحول إلى الرقمية بخطى سريعة جهود واضحة حيث بادرا بتشريعات حديثة للمعاملات الإلكترونية رغبة منهما في تلافي القصور الذي شاب أول تشريعات منظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية.

الفريق الثاني

هو الفريق الذي اعتمد على توافر شروط معينة، ولكن التصدّيق على التوقيع ليس من ضمنهم بل جعل الاعتماد على جهة لتقديم خدمات التصديق أمرًا اختياريًا، وبالتالي يتمتع التوقيع بالنسبة إلى هذا الفريق بدرجة من الحجية "معقولة" ويعتمد ذلك على الظروف المحيطة بكل تعامل، من طبيعة التعامل ونوعه، وهذا الفريق يضم كلّا من سلطنة عمان، دولة الإمارات ودولة قطر.

وتنتهي الدراسة من كلّ ذلك إلى أن حجية التوقيع الإلكتروني تعتمد في مقدمة ما تعتمد عليه على توافر الشروط التي نصّ عليها القانون من عدمه، وأن التشريعات التي صنفت التوقيعات بحسب صدورها من جهة تصديق من عدمه، تهدف إلى توفير وسائل حماية وأمان للتوقيع الإلكتروني ومنحه الحجية اللازمة للإثبات بشكل واضح وصريح من دون غموض لتسهيل التعامل الإلكتروني والمساهمة في رفع الاقتصاد، وخاصة أن التعامل من خلال شبكة الإنترنت قد ازداد بشكل كبير، ومع ذلك فإن المواكبة التشريعية لتطور المعاملات الإلكترونية يستلزم مراجعة تستجيب للتغير في معطيات هذ المعاملات طبقا لما يتمّ التوصل إليه من مبتكرات تغير في واقع البيئة الإلكترونية.

خاتمة الباب الثالث

تناولتِ الدراسةُ في هذه الباب الإشكالية التي يثيرها تنفيذ العقد الإلكتروني في إطار مرحلة ما بعد التعاقد إلى جانب البحث عن القانون الواجب التطبيق، وخاصة أن المعاملات الإلكترونية تتجاوز الحدود بكل سهولة عبر شبكة الإنترنيت، وتوصلنا بشأن ذلك إلى أنه بالنسبة إلى مسألة تنفيذ العقد ما بعد إبرامه بالإمكان تطويع القواعد التقليدية لصورة التعاقد الإلكتروني الذي محله شيء مادي مما يترتب عليه أن يكون التنفيذ ماديًا، وكذلك فإن هذه القواعد غير كافية، لأن التنفيذ لا يمكن أن يتمّ بناء على معلومات مجردة في المواقع الإلكترونية فقط، وإنما حين يكون العقد بين حِرفيين لا بُدّ من وسيط، ومن الناحية العملية يتمّ الاتفاق مع هذا الوسيط من قبل أحد أطراف العقد، ومع ذلك ترى الباحثة ضرورة تشريع قاعدة جديدة في قوانين مجلس التعاون تنص على هذا الوسيط، وكيفية اختياره ودوره ومركزه بالنسبة إلى العقد، ونقترح ألا يعتبر من الغير وإنما يتصل بالعقد بما يشبه المجموعة العقدية على أن تكون علاقته مغايرة لمضمون العقد وتنظم بالقدر الذي تستلزمه الضرورة علاقته بالعقد الإلكتروني، كما بينت الدراسة خطورة الوفاء الإلكتروني ونقترح وضع قاعدة تشريعية في قوانين دول مجلس التعاون تنص على ضمانات لهذا الوفاء تحقق الأمان في مواجهة الاحتيال الذي يحتمل وجوده في نطاق التعاقد الإلكتروني، وخاصة أن دفع الثمن يتمّ مقدمًا مما يَحْرِم المشتري في عقود البيع الإلكتروني من الاستفادة من قاعدة (الدفع بعدم التنفيذ)، كما يمكن أن تتحقق هذه الضمانات بإدخال البنك وسيطًا وفقًا لنظام معين، وخاصة بالنسبة إلى العقود التجارية من النوع الذي يرد على محل ذي قيمة عالية جداً.

وبالنسبة إلى القانون الواجب التطبيق فقد طرحت بديلًا للقواعد التقليدية فكرة القواعد الموضوعية التي تطبق مباشرة على النزاع الإلكتروني، ولم ترجح الباحثةُ هذه الفكرة، وترى أن الإسناد المرن الذي يتمّ تبنيه في ظل القواعد التقليدية هو الأنسب في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية بمعنى أن تكون للقاضي سلطة تقديرية في اختيار ضابط الإسناد الأنسب لاختيار القانون الواجب التطبيق.

وعند البحث في أطار الإثبات الإلكتروني تم طرح فكرة الكتابة بصورة عامة وتتبع وجودها إلى آخر مرحلة وصلت إليها وهي الكتابة الإلكترونية التي هي مضمون المحرر الإلكتروني، ثم تمّ التعرض في الدراسة للمحرر الإلكتروني وحجيته، وتوصلت الباحثة بشأن ذلك إلى الحاجة إلى قواعد جديدة وعدم الاكتفاء بتطويع القواعد القائمة، وذلك نظرًا إلى الصعوبات التي تثور في البيئة الإلكترونية، وحددنا التقنية بشأن المحرر الإلكتروني وربطها بالمفاهيم القانونية، في مصطلح

إلكتروني يشمل الوسائل الإلكترونية الحديثة أيا كان نوعها سواء أكانت مرئية أم مسموعة أو كانت عبارة عن محتوى على دعامات إلكترونية.

ثم تبيّن لنا أن الكتابة يمكن أن تظهر في عالم افتراضي غير محسوس ولكن وفق ضوابط معينة، منها إمكانية إفراغها في دعامة ورقية أو إلكرتونية على نحو يصبح ممكنًا الرجوع إليها كلما دعت الحاجة إلى ذلك، ولكن لا يشترط أن تكون الدعامة ورقية، وبذلك يتبلور معنى المحرر الإلكتروني بتوفر هذه الكتابة، على يكون منضبطا بشروط القابلية على القراءة والديمومة وعدم القابلية على التعديل، كما أن حجية المحرر الإلكتروني تعتمد على الدعامة أيضا، وظهر من خلال ظهور المحرر الإلكتروني مبدأ التكافؤ الوظيفي الذي يعني بصورة عامة المساواة بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية، وبينت الدراسة أنه مع هذ المبدأ تكون الحجية للمحرر الإلكتروني، ولكن على هذه القاعدة استثناءات، من أبرزها ما تعلق الأحوال الشخصية والمعاملات العقارية، وتم تحليل موقف المُشرّع البحريني لنرجج ضرورة التخلي عن التعميم واختيار معيار مناسب لتحديد الاستثناء على مبدأ التكافؤ، وتقترح الباحثة تعديل قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية، وذلك بإضافة نصّ يؤخذ بنظر الاعتبار الاستثناءات طبقا لمعايير عملية.

ثم طرحت الدراسة فرض المواجهة مع المحرر التقليدي، وفي غياب نصّ يرجح بينه وبين المحرر الإلكتروني، وتوصلت إلى أن للقاضي سلطة تقديرية في ترجيح محرر على آخر، استنادًا إلى معطيات كلّ قضية بما يقرب الدليل إلى الحق، وبه يتمّ إثباته، ووفقا لمعطيات كلّ قضية بمكن أن يتوصل القاضي إلى القناعة في إعمال سلطته.

وفي مجال حجية التوقيع الإلكتروني تم التوصل إلى أن عناصر التوقيع تكون محددة، بأن يكون التوقيع شخصيا وغير قابل للزوال، وانتهت الدراسة إلى أن أبرز طريقة للتوقيع الإلكتروني هي التوقيع بواسطة الرقم السري أو البطاقة الممغنطة، وتم تحديد الكيفية التي يكتسب بها التوقيع الحجية من خلال الارتباط بالمحرر ودور جهة التصديق في اكتمال هذه الحجية بناء على هذا الارتباط، وتوصلت الباحثة إلى تحديد دور جهة التصديق وأن يكون هذا الدور هو الذي تكتمل به حجية التوقيع، وبناء عليه ترجح مبدأ الحجية الكاملة.

وقد تم التعرض لكلّ ذلك من خلال التركيز على قوانين دول مجلس التعاون، وتقديم المقترح بشأنها فيما يتعلق بما توصلت إليه الدراسة وبما رجحته في هذا الباب.

الخاتمة

تمَّ الانتهاء – بفضلٍ من اللهِ سبحانه وتعالى – من كتابة هذه الأطروحة التي تناولت فيها الباحثة موضوع إشكاليات التعاقد الإلكتروني في قوانين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، وهو موضوع يعد من الموضوعات التي تتعلق بمقتضيات التحول الرقمي وآثاره بوصفه واحدا من أخطر التطورات في العالم المعاصر، وبقي أن تُحدد النتائج التي توصلت إليها الدراسة، والتوصيات التي تبلورت من خلال التعمق في دراسة تلك الإشكاليات بُغية المساهمة في وضع الحلول القانونية لها، والت تتمثل في الآتي:

أولاً: النتائج

1- إن انعقاد العقد من خلال الوسيط الإلكتروني يثير إشكالات قانونية متغيرة، تقتضي مواكبة تشريعية مستمرة، لأن هذا الوسيط يغير من الوضع التقليدي لإبرام العقد سواء ما تعلق بالتفاوض بشأنه أو تكوينه أو تنفيذه أو إثباته.

2- إن البيئة الإلكترونية وإن تميزت بالسرعة وتوفير عروض مختلفة من دون أن تتقيد بالحدود كما هو الحال بالنسبة إلى التجارة التقليدية، فإن التعاقد الإلكتروني من خلال هذا الشبكة يمثل خطورة وتحديات تواجه العقد، ومن ثم تظهر الحاجة ملحة إلى تطويع القواعد القانونية أو تطويرها لتوفير حماية للمتعاقد الإلكتروني، وخاصة المستهلك حيث يتمّ التعاقد من دون حضور مادي بالدخول في عالم افتراضي قد لا تكون فيه هوية المتعاقد واضحة، أو من السهل أن تعرض بصورة وهمية.

3- نظمت دول مجلس التعاون المعاملات الإلكترونية، وهي بذلك واكبت التطور الحديث في نطاق المعاملات، إلا أنها تفاوتت في معالجة الإشكالات القانونية التي يثيرها التعاقد الإلكتروني سواء ما تعلق بتكوين العقد أو تنفيذه أو إثباته هذا من جانب، ومن جانب آخر بقي كثير من الإشكالات من دون معالجة، وهذا ما يستوجب العمل على توحيد القواعد القانونية في هذا المجال مادامت المشاكل تحدث في هذه الدول هي من نوع واحد وتحتاج إلى التنسيق بينها بغية وضع حلول بمستوى الإشكالات القائمة والمستحدثة.

4- لم يرد اهتمام في تشريعات دول مجلس التعاون التي نظمت التعامل الإلكتروني بمرحلة التفاوض الإلكتروني، على الرغم من أن هذه المرحلة على درجة كبيرة من الأهمية، وبذلك تركت للقواعد التقليدية التي لم تنطوِ على حلول تواكب تطور التفاوض الإلكتروني، هذا على الرغم من أن العقود ذات القيم العالية تعتمد على هذه المرحلة في بناء العقد وتحديد شروطه،

وقد أصبح تنظيم هذه المرحلة مُلِحّا في ظل انعكاس البيئة الإلكترونية على طبيعة التفاوض وإجراءاته، والمسؤولية عن الأخطاء التي تبرم في مرحلته.

5- إن مبدأ حسن النيّة على درجة كبيرة من الأهمية في نطاق التعاقد الإلكتروني قد تفوق أهميته في نطاق التعاقد التقليدي، وتنشأ عنه التزامات ضرورية لحماية عملية التعاقد برمتها وتحقق الأمن المعلوماتي، وهي الالتزام بالإعلام والالتزام بالمحافظة على السرية من الالتزامات الجوهرية في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، وخاصة في المرحلة السابقة على إبرام العقد، التي تهدف إلى تحقيق الثقة المتبادلة في التفاوض.

6- اشتملت نصوص تشريعات دول مجلس التعاون بشأن التعامل الإلكتروني على أحكام وسعت من نطاق جرائم المعلوماتية سواء كان ذلك بالنسبة إلى الجنح أو المخالفات، وهذا التوسع بحاجة إلى إعادة نظر على نحو تتم المواءمة بين خطورة الجريمة والمعالجة التشريعية المطلوبة.

7- يشترط في الإيجاب الإلكتروني أن يكون مشتملًا على العناصر الجوهرية للعقد، وتبين أن أهمّ معيار يمكن أن يعتمد هو المعيار الموضوعي في التمييز بين العناصر الجوهرية والعناصر الثانوية، كما لاحظنا وجود توجه لدى البعض بأن الإعلانات التجارية يمكن أن تكون إيجابا بمجرد شمولها على العناصر الجوهرية للتعاقد، ورجحت الدراسة أن يكون الإعلان التجاري الإلكتروني دعوة للتفاوض في جميع الأحوال، وذلك لصعوبة التحقق إلكترونيا من توافر العناصر الجوهرية، وخطورة التغيير في الإعلان التجاري الإلكتروني، وخاصة أن الإعلان الإلكتروني يفتقر إلى الوضع المادي الذي يتمّ به الإعلان التقليدي.

8- تبين بشأن القبول أن تطبق القاعدة العامة بأن لا ينسب إلى ساكت قول من دون استثناءات، وذلك لأن التعامل من خلال الوسيط الإلكتروني يستلزم دائما وجود فعل إيجابي ولا يمكن أن يفسر بالسكوت حتى لو تمّ ضمنياً.

9- لا يمكن الاعتماد على معلومات مجردة في تنفيذ الالتزامات في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت في التعاقد ما بين حرفيين بل يجب أن يكون ذلك من خلال وسيط وأن يتمّ تشريع قانون يبين وظيفة الوسيط وكيفية اختياره ومركزه بالنسبة إلى العقد والمسؤولية التي يتحملها بحال ارتكابه أي خطأ.

10- الوفاء الإلكتروني هو عملية دفع الثمن بأسلوب غير مادي لا يعتمد على دعامات ورقية أو معدنية بل يعتمد على دعامات إلكترونية، وظروف بيئة التعاقد الإلكتروني حتمت على المشتري أن يدفع كامل الثمن مقدمًا، مما يجعل قاعدة (الدفع بعدم التنفيذ) غير مجدية بالنسبة إليه.

11- لم ترجح فكرة القواعد الموضوعية كحل لاختيار القانون الواجب التطبيق عند تنازع القوانين، بل في ظل القواعد القائمة عن مواجهة القاعدة القانونية مع الإشكالية الإلكترونية أن يتمّ اختيار قاعدة الإسناد المرن بأن تكون للقاضي سلطة تقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق.

12- يمكن الاعتداد بالكتابة الإلكترونية وفق ضوابط معينة نصّ عليها القانون منها إمكانية إفراغها في دعامة ورقية أو الاحتفاظ بها على دعامة إلكترونية على نحو يصبح ممكنا الرجوع إليها كلما دعت الحاجة إلى ذلك، والقانون لا يشترط نوعا معينا من الدعامات بل صفات معينة إذا توافرت فيها ما يمكن الاعتداد بها كوسيلة إثبات.

13- أقرت دول مجلس التعاون مبدأ التكافؤ الوظيفي الذي يعني بصورة عامة المساواة بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية، ولكن هذا المبدأ ليس عامًا إذ ترد عليه بعض الاستثناءات من أبرزها ما يتعلق الأحوال الشخصية والمعاملات العقارية، وقد تبنى المُشرّع البحريني موقفًا مغايرًا إذ أجاز الإثبات بشكل عام من دون استثناءات على أن تحدد كلّ جهة مختصة الإجراءات اللازمة لذلك.

14- التوقيع الإلكتروني هو العنصر الثاني بعد الكتابة، والذي يجب أن يتوافر في المحرر بغض النظر عن نوعه، وللتوقيع الإلكتروني أشكال مختلفة منها ما يعتمد على الأرقام والأحرف ومنها ما يعتمد على خواص الإنسان الفيزيائية، وحتى يعتد به يجب أن يعبر عن إرادة الموقّع وأن يحدد هويته، وهذا ما يستلزم وجود جهة أو طرف ثالث يصادق على صحة التوقيع الإلكتروني، عن طريق إصدار شهادة تصديق بها يمكن الاعتداد بحجية هذا التوقيع.

15- في حالة تنازع المحررات رجحت الدراسة أن تكون للقاضي سلطة تقديرية في اختيار المحرر في الإثبات استنادا إلى معطيات كلّ قضية بما يقرب الدليل إلى الحق، وبه يتمّ إثباته، ووفقًا لمعطيات كلّ قضية يمكن أن يتوصل القاضي إلى القناعة في إعمال سلطته.

ثانياً: التوصيات

1- التوصيات العامة

أ- تشكيل هيئة أو لجنة قانونية مشتركة متخصصة بالتعامل الإلكتروني في إطار مجلس التعاون تقدم المقترحات التشريعية، كما تكون مهمتها مواكبة التطور في البيئة الإلكترونية بصورة مستمرة، على أن تعمل بالنحو الآتي:

- توحيد الحلول التشريعية في مواجهة إشكالات التعاقد الإلكتروني.

- اقتراح النصوص القانونية لمعالجة الإشكالات القائمة التي لم تتم لحدِّ الآن معالجتها في إطار قوانين المعاملات الإلكترونية.
- توحيد المصطلحات القانونية بشأن المعاملات الإلكترونية.

ب- عدم ترك أي إشكالية إلكترونية للحلّ طبقًا للقواعد التقليدية أو للاجتهاد، لأن عدم وجود قواعد تشريعية واضحة يفتح باب الاجتهاد مما يؤدي إلى خلق حالة من عدم التوازن والاستقرار بالنسبة إلى معالجة المسائل المتعلقة بالبيئة الإلكترونية على الرغم مما تنطوي عليه هذه البيئة من مخاطر وتحديات.

ج- العمل على سنّ ميثاق تحالف خليجي لحماية الأمن السيبراني أسوة بالتحالفات الدولية، والحرص على أن تكون التشريعات بالنسبة إلى مكافحة الجريمة الإلكترونية على وجه الخصوص مواكبة للتشريعات المقارنة العالمية وآخر التطورات التي وصلوا إليها في هذا المجال.

د- دراسة فكرة الانضمام إلى إتفاقية مجلس أوروبا المتعلقة بالجريمة الإلكترونية (المفتوحة) **(Convention on Cybercrime)** بوصفها أول وأهم مبادرة عالمية في هذا المجال واستقطبت كثيرًا من دول العالم الراغبة في المشاركة في هذه الجهود الدولية.

هـ- معالجة مسألة حماية المستهلك الإلكتروني في ظل النقص في التشريعات الحالية، ولا بُدَّ من وجود نصوص إمّا تلحق بقوانين المعاملات الإلكترونية، وإمّا تكون في إطار تشريع خاص توفر الحماية الإلكترونية للمستهلك، وذلك لأن ترك هذا الموضوع لنصوص غير محددة أو غامضة أو موزعة في قوانين تقليدية مختلفة يضر بهذه الحماية.

و- ضرورة قيام المشرع الخليجي بتنظيم الإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت تنظيماً قانونياً سليماً وفرض عقوبات على أصحاب الإعلانات الكاذبة والمضللة.

ز- إنشاء هيئة وطنية تختص بإعطاء التراخيص بعرض أي إعلان على شبكة الإنترنت، ومن الأفضل أن تكون تابعة للجهة التي تعنى بحماية المستهلك في الدولة أو تحت إشرافها، بحيث تقدم بيانات كاملة بشأن الإعلان عن السلع والخدمات ويتم دراسته وفحصه من قبل لجنة فنية مختصة والتأكد من صحته وتوافر جميع البيانات المطلوبة فيه، وبعد إتمام الإجراءات وصدور الموافقة على الإعلان يصدر الترخيص بالموافقة/ أو عدم الموافقة على عرض الإعلان

ح- تشجيع الدراسات والبحوث في المجالات الخاصة بالتعاقد والتجارة الإلكترونية

ط- عقد دورات تدريبة لمنتسبي السلك القضائي، تتناول مسألة الإثبات الإلكتروني، وذلك لأن تطبيق هذه القواعد يحتاج إلى خبرة علمية تسهم هذه الدورات في تكوينها بما يواكب التطور التكنلوجي في مجال التعامل الإلكتروني.

2- التوصيات الخاصة

وهي التوصيات التي تتعلق بالتّشريع البحريني، حيث توصي الدراسة بالآتي:

أ- تقترح الباحثة إدخال تعديل على المادة (129) من المرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001م، بإصدار القانون المدني البحريني لتصبح: **(يجب الالتزام بإعمال مبدأ حسن النيّة وما يرتبط به من التزامات تقضيها طبيعة العقد، وذلك بدءًا من المرحلة السابقة على التعاقد مرورًا بإبرام العقد وصياغته وانتهاءً بمرحلة التنفيذ)**، ولا ترى الباحثة ضرورة لعبارة (شرف التعامل) حيث إن مبدأ حسن النيّة مبدأ عام تتفرع منه جميع الالتزامات المرتبطة بالصدق والأمانة وشرف التعامل.

ب- ضرورة تشريع نصّ في نطاق المسؤولية في الفصل الثالث من القانون المدني، بموجبه يمكن أن يسأل المتفاوض عن الضرر الناجم عن فعله فيما لو تمَّ التفاوض عبر شبكة الإنترنت على أن تبنى المسؤولية على أساس الضرر، وذلك وفق الصياغة الآتية: **(يلتزم المتفاوض في البيئة الإلكترونية عن تعويض الضرر الناجم عن فعله ما لم يثبت وقوع الضرر نتيجة سبب أجنبي)**.

ج- تقترح الباحثةُ أن يتمّ تعديل المادة (12) من المرسوم بقانون رقم (54) لسنة 2018م بإصدار قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية لتصبح: **(عند الدخول في مفاوضات عبر شبكة الإنترنت بشأن عقد ما، يعتبر ذلك نظامًا للتفاوض، ويجب على أطراف التفاوض في ظله الالتزام بمبدأ حسن النيّة وما يترتب على ذلك من التزامات فرعية يتمّ تقديرها بحسب ظروف التعاقد ومحله، وعند إخلال أي طرف من الأطراف بأحد هذه الالتزامات فإنه يسأل على أساس الضرر الذي يتعرض له المتفاوض أو الغير)**.

د- ترى الباحثةُ أهمية إضافة مادة رقم (14) في قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية – ويعاد ترقيم المواد وفقًا لذلك – بشأن حماية أمن المعلومات التي يتمّ تداولها بين المتعاقدين عبر شبكة الإنترنت في جميع مراحل العقد ويتضمن ذلك المرحلة السابقة على التعاقد، ويكون النص على النحو الآتي: **(على كلّ طرف من أطراف العقد الإلكتروني اتخاذ جميع التدابير اللازمة لضمان أمن البيانات والمعلومات التي يتمّ تبادلها عبر شبكة الإنترنت بمناسبة العقد، ويشمل ذلك جميع مراحله بالإضافة إلى المرحلة السابقة على التعاقد التي يتمّ فيها التفاوض بشأن العقد)**.

هـ- اقتراح إضافة مادة (15) في قانون المخاطبات والمعاملات الإلكترونية – ويعاد ترقيم المواد وفقًا لذلك – تعالج مسألة الالتزام بالإعلام والمحافظة على سرية المعلومات الإلكترونية

المتبادلة خلال فترة التعاقد عبر شبكة الإنترنت بجميع مراحلها، وتكون صياغة المادة على النحو الآتي:

(في المفاوضات التي تتم عبر شبكة الإنترنت:

أ- **يلتزم كلّ طرف في التفاوض إعلام الطرف الآخر بما يتوافر لديه من معلومات ذات صلة بموضوع التعاقد إذا كان من شأن هذه المعلومات أن تؤثر في قراره بإبرام العقد.**

ب- **يلتزم كلّ طرف في التفاوض بالمحافظة على سرية البيانات والمعلومات التي حاز عليها أو وصلت إلى علمه نتيجة هذا التفاوض، ويحظر عليه إفشاؤها سواء تم إبرام العقد أو لم يتمّ إبرامه).**

و- إضافة فقرة إلى المادة رقم (400) في القانون المدني تعالج إشكالية مهمة في تنفيذ العقد، وتصاغ هذه المادة بشأن التعامل الإلكتروني على النحو الآتي: **(عند التعاقد إلكترونيا إذا تأخر البائع في تسليم المبيع عن الموعد المتفق عليه للتسليم أو ثلاثين يومًا من تاريخ إبرام العقد يكون للمشتري الحق في فسخ العقد).**

ز- إضافة بنود إلى قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني تعنى بحماية المستهلك في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت وتتبنى منهج المشرع المصري في ذلك خاصة بالنسبة لتقرير حق العدول عن العقد خلال مدة معقولة، لأهمية إقرار هذا الحق في العقود المبرمة عن بعد.

وأخيرًا الحمدلله الذي بنعمته تتم الصالحات، نحمده ونشكر فضله وآملُ أنْ أكونَ من خلال هذا الجهد قد وفقْتُ في إعطاء هذا الموضوع حقَّهُ من الدراسة والبحث والإضافة، وإن كانت قليلة، معتذرة عما قَصُرَ عَنْهُ عِلْمي، ففوقَ كلِّ ذي علمٍ عليم، فسبحان من تنزه عن النقص وله المَثلُ الأعلى في السَّماواتِ والأرضِ وهو العزيز الحكيم.

قائمة المراجع

أولًا: المراجع العربية

1- الكتب القانونية

- أحمد السيد لبيب إبراهيم، الدفع بالنقود الإلكترونية الماهية والتنظيم القانوني: دراسة تحليلية ومقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م.
- أحمد خليفة الملط، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005م.
- أحمد عبدالعليم العجمي، نظم الدفع الإلكترونية وانعكاساتها على سلطات البنك المركزي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2000م.
- أسامة أبو الحسن مجاهد: التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر – المحلة الكبرى، 2005م.
- الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية وفقًا لأحدث التشريعات في فرنسا مصر الأردن دبي البحرين، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007م.
- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005م.
- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013م.
- إسحاق عبيد، تاريخ الكتابة من التعبير التصويري إلى الوسائط الإعلامية المتعددة مكتبة الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2015م.
- إسماعيل يوسف حمدون، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة،2018م.
- آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت: دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2006م.
- أمير فرج يوسف، الجديد في التوقيع الإلكتروني لدول الخليج العربي: دراسة قانونية مقارنة بالدول العربية والأجنبية، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2016م.

- أنس محمد عبد الغفار، آلية مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان: دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2013م.
- أنور طلبة، الوسيط في شرح قانون الإثبات، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004م.
- أيمن أحمد الدلوع: التنظيم القانوني للتوثيق الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016م.
- المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016م.
- أيمن عبد الله فكري، الجرائم المعلوماتية: دراسة مقارنة في التشريعات العربية والأجنبية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، 2015م.
- باسم محمد فاضل، التعويض عن إساءة استعمال التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018م.
- بسام فنوش الجنيد، المسؤولية عن الإعلانات التجارية عبر الإنترنت، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، 2018م.
- بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015م.
- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني- ماهيته- مخاطره، كيفية وكيفية مواجهتها ومدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2007م.
- جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976م.
- جهاد محمود عبد المبدي، التراضي في تكوين عقود التجارة الإلكترونية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، 2017م.
- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، 1995م.
- حسن عبدالباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتمّ إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002م.
- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان – الأردن، الطبعة الأولى، 2012م.
- خالد العامري، كيف تجري مفاوضات ناجحة، دار الفاروق للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2000م.

- خالد حسن أحمد لطفي: المستند الإلكتروني ووسائل إثباته وحمايته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2019م.
- جرائم الإنترنت بين القرصنة الإلكترونية وجرائم الابتزاز الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2018م.
- نطاق المسؤولية المدنية في الاعتداءات على بيانات ومعلومات الكمبيوتر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 2019م.
- خالد حسن أحمد، الإرهاب الإلكتروني آفة العصر الحديث والآليات القانونية للمواجهة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018م.
- خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006م.
- الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2019م.
- حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية: دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007م.
- رامي علي وشاح، الصعوبات المادية التي تعترض الإثبات بالمحررات الإلكترونية، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، 2010م.
- رانيا صبحي محمد عزب، العقود الرقمية في قانون الإنترنت: دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والتشريعات العربية والأمريكية والأوروبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2012م.
- رشاد خالد عمر، المشاكل القانونية والفنية للتحقيق في الجرائم المعلوماتية: دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2017م.
- رضا المتولي وهدان، النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسئولية عن الاعتداءات الإلكترونية: دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون اليونسترال النموذجي والفقه الإسلامي، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2013م.
- سامح عبدالواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى – مصر، 2008م.
- سعد حسين عبد ملحم، التفاوض بالعقود عبر شبكة الإنترنيت، كلية الحقوق – جامعة النهرين، بدون تاريخ.
- سعيد جبير، الوعد بالتفضيل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.
- سمير حامد عبدالعزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.

- السيد أبو الحمد رجب، انعقاد العقد الإلكتروني وانتهاؤه، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2019م.
- شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م.
- شريف محمد غنام: أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م.
- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإشكندرية، 2006م.
- صبري حمد خاطر، الملكية الفكرية، جامعة البحرين، مملكة البحرين، الطبعة الثانية، 2015م.
- طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان – الأردن، الطبعة الأولى، 2016م.
- عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية الناشئة عن إساءة استخدام الحاسوب والإنترنت: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان – الأردن، 2009م.
- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 1997م.
- عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2)، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 2000م.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، 2000م.
- نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية الجديدة، 1998م.
- عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الأول في نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيًا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م.

- النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيًا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002م.
- عبدالفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من وجهة قانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1998م.
- عبدالله نوار شعت، العقد الإلكتروني في إطار التشريعات العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2017م.
- عز الدين الديناصوري و د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المجلد الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012م.
- علاء الدين محمد ذيب عبابنة: تنازع القوانين في العقد الإلكتروني الدولي، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، الطبعة الثانية، 2009م.
- دراسات في قانون التجارة الإلكترونية البحريني والمقارن، مؤسسة فخراوي للدراسات والنشر لصالح جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، الطبعة الأولى، 2008م.
- علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية: التراضي والتعبير عن الإرادة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2014م.
- عمرو محمد المارية، عقد البيع الإلكتروني "أحكامه وآثاره": دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017م.
- عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، الطبعة الثانية، 2012م.
- غالب كامل مهيرات، التزام المنتج بالتبصير قبل التعاقدي في العقود الإلكترونية، دار اليازوري العلمية، عمان، الطبعة الأولى، 2018م.
- فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت: دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002م.
- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م.
- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد، الرياض، 2009م.
- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، الطبعة الثالثة، 2017م.

- محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2012م.
- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004م.
- محمد حسام لطفي: الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2002م.
- المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض: دراسة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.
- دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2002م.
- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007م.
- محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004م.
- محمد حسين منصور: أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م.
- الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م.
- العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007م.
- المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006م.
- النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006م.
- محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
- محمد عبد الحسين الطائي، التجارة الإلكترونية المستقبل الواعد للأجيال القادمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2019م.
- محمد عبد المجيد إسماعيل، العقود الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012م.
- محمد عطية علي محمد الرزازي، الحماية القانونية لقواعد البيانات في القانون المصري والتشريعات المقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013م.
- محمد فتحي عبدالهادي، مقدمة في علم المعلومات، مكتبة غريب، الطبعة الأولى، 1984م.

- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2006م.
- محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة إلكترونيًا في الإثبات: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2011م.
- محمود عبدالرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، الطبعة الثانية، 2011م.
- محمود محمد الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2019م.
- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م.
- مرتضى البشير امين، التوثيق الإعلامي وتكنولوجيا المعلومات، أمواج للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2016م.
- مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م.
- مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر – المحلة الكبرى، 2010م.
- ممدوح محمد خيري المسلمي، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النيّة في مفاوضات عقود التجارة الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2016م.
- نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1982م.
- نصار محمد الحلالمة، التجارة الإلكترونية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان– الأردن، الطبعة الأولى، 2012م.
- نضال سليم برهم، أحكام التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، الطبعة الثالثة.
- هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية، بغداد، الطبعة الأولى، 2011م.

- هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م.
- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، 1995م.
- هشام فضلي، الاتجاهات الحديثة في تنظيم العقود التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013م.
- وائل أنور بندق، قانون التجارة الإلكتروني: قواعد اليونسترال ودليلها التشريعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009م.
- وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت – لبنان، 2002م.
- يوسف حسن يوسف، العقود التجارية الإلكترونية الدولية، المركز القومي للإصدارات، الطبعة الأولى، القاهرة، 2012م.

2- الرسائل العلمية

أ- رسائل الدكتوراه

- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006م.
- أزرو محمد رضا، إشكالية إثبات العقود الإلكترونية – رسالة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد – كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2016م.
- أمينة أحمد محمد أحمد، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، 2016م.
- بشار طلال أحمد المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، القاهرة، 2003م.
- رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، القاهرة، 2000م.
- سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة عين شمس – كلية الحقوق، القاهرة، 2011م.

- صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، الأحكام القانونية للعقود الإلكترونية: دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، جامعة القاهرة – كلية الحقوق، 2014م.
- عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة مولود معمري، الجزائر، 2014م.
- علي عبدالحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، 1996م.
- مراد يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة – مصر، 2007م.

ب- رسائل الماجستير

- أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2017م.
- آلاء أحمد محمد حلج علي، التنظيم القانوني لجهات التصدّيق الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية القانون، 2013م.
- برني نذير، العقد الإلكتروني، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2006م، متاحة على الموقع الإلكتروني: https://cutt.us/VSQzt
- تواتي أحمد نور الهدى، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2013م.
- سليمان براك، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق – جامعة النهرين، 1998م.
- محمد كمال مكاوي، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2015م.
- مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق – جامعة الشرق الأوسط.
- نواف محمد مفلح الذيبات، الالتزام بالتبصير في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق – جامعة الشرق الأوسط، 2013م.

- يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة لاستكمال درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح في نابلس– فلسطين، 2007م.

3- الأبحاث القانونية المنشورة في المجلات المتخصصة

- أبو العلا علي أبو العلا النمر، الإلزام بالمحافظة على الإسرار في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة – عين شمس، العدد14، السنة48، 2006م.
- أحمد السيد البهي الشوبري، التفاوض التعاقدي: إطاره القانوني وأثره في الالتزام، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، دمنهور، العدد الرابع، الجزء الأول، 2019م.
- أحمد بوقرط، إشكالية التراضي في العقود الإلكترونية، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، مجلة دولية متخصصة في العلوم الإنسانية والدولية، المجلد الثاني، العدد السادس، الجزائر، إبريل 2019م.
- أسامة بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد28، العدد56.
- إستبرق محمد حمزة، التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السادسة، جامعة بابل، 2014م.
- أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد57، 2001م.
- أقدس بهاء الدين رشادي، التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، دراسة قانونية منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد13، العدد الأول، 2016م، منشور بتاريخ 2 مايو 2016م.
- أكرم محمود حسين البدو و محمد صديق محمد عبدالله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد13، العدد49، السنة16، 2011م.
- أمجد محمد منصور، صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في مجال عقد البيع، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، مجلة سنوية، العدد الثامن، الأردن.
- أمير طالب هادي، فاعلية مبدأ حسن النيّة في اتفاقية فيينا عام 1980م: دراسة تحليلية، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد26، العدد السابع، 2018م.

- إيناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني: دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد21، العدد الثالث، 2013م.
- إيناس هاشم رشيد، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، كلية القانون – جامعة كربلاء، 2009م.
- جودت هندي، التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980م، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد28، العدد الثاني، 2012م.
- حسان علي مسلم الطائي، دور الإرادة في مرحلة المفاوضات العقدية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد16، 2016م.
- حمدي محمود بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد "الطبيعة العقدية وآثارها": دراسة تحليلية تأصيلية، مجلة جامعة الأزهر، المجلد12، العدد الأول، غزة، 2010م.
- ذكرى محمد حسين وإستبرق محمد حمزة، التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الرابع، السنة السادسة، 2014م.
- رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، مبدأ حسن النيّة في تنفيذ المعاهدات الدولية، مقال منشور في مجلة جامعة ديالي، كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة ديالي، 2014م.
- زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد13، العدد الثاني، ديسمبر 2016م.
- سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النيّة في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة تبوك، العدد23، فبراير 2013م.
- سعود عبد العزيز الكعبي، التعاقد الإلكتروني، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل، دولة قطر، العدد الأول، 2009م.
- صبري حمد خاطر: قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في كلية الحقوق – جامعة النهرين، المجلد الأول، العدد الثالث، بغداد، 1997م.
- وظائف حسن النيّة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الأول، السنة الخامسة، العدد التسلسلي17، مارس 2017م.

- ضاري تمران طلاق الشمري، الجوانب القانونية لتنفيذ وإثبات العقد الإلكتروني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الرابع، السنة الخامسة العدد 2017م.
- طارق كاظم عجيل المعلومات غير المفصح عنها: ماهيتها والحماية القانونية لها، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين، كلية الحقوق – جامعة النهرين، المجلد11، العدد21، 2008م.
- عبدالعزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التقليدي: دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة المنوفية، المجلد10، العدد20، مصر، 2001م.
- عبدالمنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في التشريع المصري، بحث منشور بمجلة الأمن والقانون، المجلد الرابع، العدد الأول، أكاديمية شرطة دبي، دبي، يناير 1996م.
- علاء عبد الأمير موسى، المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السابعة، جامعة بابل، 2015م.
- عمر سالم محمد، الطبيعة القانونية للمسئولية السابقة على التعاقد، بحث منشور على موقع المكتبة القانونية العربية: https://www.bibliotdroit.com/
- محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي: صورها وأحكامها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس – القاهرة، المجلد74، العدد الأول.
- محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة22، العدد الثاني، الكويت، يونيو 1998م.
- محمد مجيد كريم الإبراهيمي، معوقات التجارة الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لمواجهتها: دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، جامعة بابل، 2017م.
- محمد مصطفى التونسي، الطبيعة القانونية للمحررات الإلكترونية ومدى حجيتها في الإثبات، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية – سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد40، العدد6، 2018م.
- محمود عبدالرحمن محمد، مدى حجية الوسائل الإلكترونية في إثبات المعاملات المدنية والتجارية والإدارية طبقا لقانون المعاملات الإلكترونية الكويتي: دراسة مقارنة، منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الأول، السنة السادسة، مارس 2018م.

- محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النيّة في مرحلة التفاوض، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة27، العدد54، الإمارات، إبريل 2013م.
- منهل عبد الغني قلندر، الإذعان بين العقد والنظام القانوني، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد16، العدد59، السنة18، 2013م.
- منية نشناش، مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات، مجلة دراسات، كلية علوم الشريعة والقانون، المجلد45، العدد4، 2018م.
- مها نصيف جاسم و د. رشا عامر صادق، التفاوض الإلكتروني، بحث منشور في مجلة مداد الآداب، كلية القانون والعلوم السياسية – الجامعة العراقية، العدد15، 2018م.
- مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد41، العدد الثاني، 2014م.
- نافان عبد العزيز رضا، حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات المعاملات الإلكترونية: دراسة تحليلية في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012م، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسة، بدون تاريخ.
- نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية المسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد: دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد29، العدد الثاني، 2013م.
- نهى خالد عيسى الموسوي وإسراء خضير مظلوم الشمري، النظام القانوني للنقود الالكترونية، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد22، العدد الثاني،2014م.

نوال طارق إبراهيم، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين، الجزء20، العدد1، 2018م.

- نور الدين الناصري، المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد12، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2007م.
- هادي سعيد عرفه، حسن النيّة في العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة الأولى، القاهرة، 1986م.
- هشام نظمي حسن إبراهيم الشيمي، التراضي في العقود الإلكترونية، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد51، جامعة عين شمس، سبتمبر 2019م.

- وعود كاتب الأنباري، المفاوضات العقدية عبر الإنترنت، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، كلية القانون – جامعة كربلاء، 2009م.
- يونس عرب، الدراسة الشاملة للتجارة الإلكترونية، مجلة البنوك الأردنية، العدد 8-9، جمعية البنوك الأردنية، عمان، 1999م.

4- المؤتمرات والندوات والمحاضرات

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، منظم المؤتمر أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، تاريخ الانعقاد 2003/4/26م، دبي – الإمارات العربية المتحدة.
- أبو العلا علي أبو العلا النمر، انعكاسات الطابع الدولي للحماية القانونية في مجال التجارة الإلكترونية، بحث مقدم للدورة التدريبية التي ينظمها مركز الدراسات القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة عين شمس بعنوان: "الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية"، 8-13 مارس 2003م.
- إسماعيل عبد النبي شاهين، أمن المعلومات في الإنترنت بين الشريعة والقانون، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، 1-3 مايو 2000م، المجلد الثالث، الطبعة الثالثة، كلية الشريعة والقانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2004م.
- باسم محمد صالح، محاضرات مطبوعة ألقيت على طلبة الدراسات العليا: مادة التجارة الإلكترونية، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، تاريخ 2007/4/7م.
- سميحة القيلوبي، وسائل الدفع الحديثة، بحث مقدم ضمن أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2000م.
- طارق الحموري، قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، 25-29 ديسمبر 2007م.
- عادل الأبيوكي، التجارة الإلكترونية في التشريع البحريني، ورقة بحثية مقدمة للمنتدى الخليجي الأول للتجارة الإلكترونية، المنامة – مملكة البحرين، الفترة من 26-27 نوفمبر 2007م.
- عبدالله الخشروم، عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت وفقًا لأحكام الشريعة الأردنية، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، منظم المؤتمر أكاديمية شرطة دبي – مركز البحوث والدراسات، تاريخ الانعقاد 26-28 إبريل 2003م، دبي – الإمارات العربية المتحدة.

- مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة السادسة، من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 14-20 آذار مارس 1990م، جدة - المملكة العربية السعودية: https://2u.pw/25WUl
- مصطفى محمد عرجاوي، الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر في القوانين الوضعية، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت الذي نظمته كلية الشرطة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 1-3 مايو 2000م.
- نبيلة إسماعيل رسلان التأمين، في مجال المعلوماتية والشبكات، بحث منشور في مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، الطبعة الثالثة، 2004م.
- نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، بحوث مؤتمر المعاملات الإلكترونية: التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبو ظبي- دولة الإمارات العربية المتحدة، 19-20 مايو 2009م، المجلد الأول.
- هدى حامد قشقوش - كلية الحقوق - جامعة عين شمس، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المجلد الثالث، 1-3 مايو 2000م، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة.

5- التقارير

- تقرير بعنوان "دول الخليج وإدارة أزمة كورونا"، صادر عن مركز البحرين للدراسات الاستراتيجية والطاقة "دراسات"، المقال منشور على موقع جريد أخبار الخليج الإلكتروني، 30 مايو 2020م: https://2u.pw/F7Epf
- تقرير عن الدورة التاسعة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، 21-25 أكتوبر 2013، متاح على موقع الأمم المتحدة: https://cutt.us/2c0OH

6-المواقع الإلكترونية

- بوابة حكومة دولة الإمارات العربية المتحدة: https://cutt.us/T5KOA
- غرفة التجارة الدولية (ICC): https://iccwbo.org
- الموسوعة القانونية: Dalloz: https://www.dalloz.fr/
- سماحة الشيخ ابن باز رحمه الله: https://binbaz.org.sa/
- المعهد الدولي لتوحيد القانون: https://www.unidroit.org
- الموسوعة الحرة للمعلومات: http://ar.wikipedia.org/wiki
- دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية: https://cutt.us/yyKKE

- قوانين شبكة الشرق الأوسط: www.eastlaws.com
- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري والدولي: https://cutt.us/GoDtV
- منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية: https://cutt.us/kdqCL
- هيئة التشريع والرأي القانوني البحرين: http://www.legalaffairs.gov.bh/
- وزارة التجارة السعودية: https://cutt.us/YQehw
- وزارة الشؤون القانونية العمانية: https://cutt.us/KhDxw
- اليوم السابع: https://cutt.us/rjPPA

7- القوانين والمواثيق الدولية

- الاتفاقية الاقتصادية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.
- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.
- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا) 1980م.
- الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام 2010م.
- التوجيه الأوروبي (7/97) المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد.
- التوجيه الخاص بالتجارة الإلكترونية رقم (31-2000) الاتحاد الأوروبي.
- الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية، وفقًا لنظام التجارة الإلكترونية السعودي 2019م.
- قانون اتحادي رقم (1) لسنة 2006م، بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.
- قانون اتحادي رقم (10) لسنة 1996م، بشأن قانون الاثبات الاماراتي.
- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004م.
- قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012م.
- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000م.
- القانون المدني الأردني رقم (43) لعام 1976م.
- القانون المدني الإيطالي رقم (262) لعام 1942م.
- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني - الملغي- رقم (85) لسنة 2001م.
- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لعام 2015م.
- قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996م.
- قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني عام 2002م.
- قانون اليونسترال النموذجي بشأن السجلات الإلكترونية القابلة للتحويل لعام 2017م.
- قانون رقم (1) لسنة 2020م بشأن الموافقة على انضمام مملكة البحرين إلى اتفاقية الأمم المتحدة.

- القانون رقم (1170) لسنة 1990م بشأن تنظيم الاتصالات في فرنسا.
- قانون رقم (131) لسنة 1948م بإصدار القانون المدني المصري.
- قانون رقم (14) لسنة 2014م بإصدار قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية القطري.
- قانون رقم (181) لسنة 2018م بإصدار قانون حماية المستهلك المصري.
- قانون رقم (19) لسنة 2017م بإصدار قانون الأسرة البحريني.
- قانون رقم (2) لسنة 2202م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.
- قانون رقم (20) لسنة 2014م في شأن المعاملات الإلكترونية الكويتي.
- قانون رقم (22) لسنة 2004م بإصدار القانون المدني القطري.
- قانون رقم (25) لسنة 1968م بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري.
- قانون رقم (27) لسنة 2017م بإصدار قانون تنظيم القطاع العقاري البحريني.
- قانون رقم (28) لسنة 2002م بشأن المعاملات الإلكترونية البحريني (الملغي).
- قانون رقم (35) لسنة 2012م بشأن حماية المستهلك البحريني.
- قانون رقم (6) لسنة 2015م بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي البحريني.
- قانون رقم (60) لسنة 2014م بشأن جرائم تقنية المعلومات البحريني.
- قانون رقم (9) لسنة 2013م بالموافقة على انضمام مملكة البحرين إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.
- قانون كويتي رقم (5) لسنة 1961م بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.
- اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/126).
- مبادئ لاهاي لعام 2015م.
- مرسوم بالقانون رقم (39) لسنة 1980م بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي.
- مرسوم بالقانون رقم (67) لسنة 1980م بإصدار القانون المدني الكويتي.
- مرسوم بقانون رقم (12) لسنة 1971م بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني.
- مرسوم بقانون رقم (14) لسنة 1996م بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية وتعديلاته.
- مرسوم بقانون رقم (16) لسنة 2010م بإصدار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري.
- مرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001م بإصدار القانون المدني البحريني.
- مرسوم بقانون رقم (5) لسنة 2012م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي.

- مرسوم بقانون رقم (54) لسنة 2018م بإصدار قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني.
- مرسوم بقانون رقم (55) لسنة 2018م بشأن السجلات الإلكترونية القابلة للتداول البحريني.
- المرسوم رقم (10) لسنة 2016م المعدل لقانون العقود والنظرية العامة الفرنسي.
- مرسوم سلطاني رقم (2011/12) بإصدار جرائم تقنية المعلومات العماني.
- مرسوم سلطاني رقم (29) لسنة 2013م بإصدار قانون المعاملات المدنية العماني.
- مرسوم سلطاني رقم (2008/68) بإصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني.
- مرسوم سلطاني رقم (69) لسنة 2008م بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية العماني.
- النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية عام 1412هـ.
- نظام التجارة الإلكترونية السعودي لعام 1440هـ.
- نظام التعاملات الإلكترونية السعودي لعام 1431هـ.
- نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي لعام 1428 هـ.
- وثيقة الرياض للنظام (القانون) الموحد لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 2013م.
- وثيقة الكويت للنظام (القانون) المدني الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1998م.
- وثيقة الكويت للنظام (القانون) الموحد لتنفيذ الأحكام القضائية لدول مجلس التعاون لعام 2011م.
- وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للإثبات بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 2002م.

8- الأحكام القضائية

- حكم المحكمة الاتحادية العليا – الأحكام المدنية والتجارية – الطعن رقم (306) لسنة 12 قضائية – الدائرة المدنية – 1991/10/09م.
- الطعن رقم (17689) لسنة 89 قضائية، الدائرة التجارية والاقتصادية، تاريخ 2020/3/10م.
- محكمة النقض المصرية – مدني – الطعن رقم (984) لسنة 58 قضائية بتاريخ 1990/02/28م، مكتب فني41، ج1، ص665، الحكم متاحة على شبكة قوانين الشرق: https://cutt.us/ROUwQ

- حكم محكمة التمييز الكويتية- الأحكام المدنية والتجارية- الطعن رقم 926 لسنة 2013م قضائية، بتاريخ 6 أغسطس 2018م، الحكم متاح على موقع قوانين الشرق: https://cutt.us/i6i5I
- محكمة النقض المصرية – مدني – الطعن رقم (6872) لسنة 85 قضائية – الدائرة المدنية والتجارية – بتاريخ 2017/03/26م، متاح على شبكة قوانين الشرق: https://cutt.us/wUt6s،
- المحكمة الاتحادية العليا – الأحكام المدنية والتجارية – الطعن رقم (240) لسنة 13 قضائية – الدائرة المدنية والتجارية – بتاريخ 1992/06/23م، مكتب فني14، ج1، ص409، الحكم متاح على موقع قوانين الشرق: https://2u.pw/D3V31
- محكمة النقض المصرية – مدني – الطعن رقم (486) لسنة 88 قضائية – الدائرة المدنية – بتاريخ 2019/02/04م، حكم منشور على موقع قوانين الشرق: https://cutt.us/2J6SX
- محكمة تمييز رأس الخيمة – الأحكام المدنية – الطعن رقم (11) لسنة 2019م قضائية – الدائرة المدنية – بتاريخ 2019م-03-31، حكم منشور على موقع قوانين الشرق: https://cutt.us/xdEN8
- المحكمة الاتحادية العليا – الأحكام المدنية والتجارية – الطعن رقم (467) لسنة 2009م قضائية – الدائرة المدنية – بتاريخ 2009/12/23م، ص413،
- محكمة النقض المصرية – مدني – الطعن رقم (6974) لسنة 70 قضائية بتاريخ 2006/04/23م، مكتب فني57، ص392.
- محكمة التمييز – الأحكام المدنية – الطعن رقم (158) لسنة 2014م قضائية، بتاريخ 2016/11/22م.
- محكمة التمييز الكويتية – الأحكام المدنية والتجارية – الطعن رقم (769) لسنة 2002م قضائية – الدائرة التجارية – بتاريخ 2005/03/02م.
- محكمة النقض المصرية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم (2256) لسنة 65 قضائية، بتاريخ 1996/05/08م، مكتب فني 47، الجزء الأول.
- محكمة التميز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم (88) لسنة 2006م قضائية، الدائرة التجارية، بتاريخ 2020/01/26م، مكتب فني 38، الجزء الأول.
- الطعن رقم (338) لسنة 19 قضائية، الدائرة المدنية والتجارية، بتاريخ 1998/12/08م، مكتب فني 20، الجزء الثالث، ص1330.

- محكمة التمييز القطرية، الأحكام المدنية، الطعن رقم (120) لسنة 2008م، تاريخ 2008/12/3م.
- المحاكم الاقتصادية المصرية- الحكم رقم (228) لسنة 2010م قضائية، بتاريخ 2010/05/31م.
- محكمة التمييز القطرية – الأحكام المدنية الطعن رقم 426 لسنة 2017 قضائية – الدائرة المدنية والتجارية – بتاريخ 2017/12/26م.
- محكمة النقض المصرية – مدني – الطعن رقم (1114) لسنة 52 قضائية، بتاريخ 1989/04/12م، مكتب فني 40، ج3، ص244، الأحكام متاحة على موقع قوانين الشرق: https://cutt.us/iIqrP
- الطعن رقم (167) لسنة 33 قضائية، جلسة 1967/01/09م، المكتب الفني 18، الجزء الأول، ص334.
- الطعن رقم (27) لسنة 46 قضائية بتاريخ 1978/05/31م، مكتب فني29، ج2، متاح على موقع شبكة قوانين الشرق:/https://www.eastlaws.com
- الطعن رقم (71) لسنة 1989م، بتاريخ 15 نوفمبر 1989م، دولة الكويت، متاح على موقع قوانين الشرق: www.eastlaws.com
- الطعن رقم (8240) سنة 65 قضائية، جلسة 1997/6/23م، مكتب فني48، الجزء الثاني، ص952، منشور على شبكة قوانين الشرق الأوسط: www.eastlaws.com
- الطعن رقم (154) لسنة 2003م قضائية، بتاريخ 2004/03/15م، مكتب فني 15، ص249، الحكم متاح على موقع قوانين الشرق:https://cutt.us/4epQu
- الطعن رقم (569) لسنة 2008م قضائية، بتاريخ 2010/01/18م، مكتب فني 21، الجزء الأول، ص63، الحكم متاح على موقع قوانين الشرق: https://2u.pw/VciCT
- محكمة النقض- مدني- الطعن رقم (1228) لسنة 56 قضائية، بتاريخ 1990/02/15م، مكتب فني 41، ج1، ص503.

9- المعاجم والقواميس

- أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان، 1997م.

- فيليب ط، أبو فاضل، قاموس المصطلحات القانونية، فرنسي – عربي، قاموس موسع في القانون والتشريع والاقتصاد، مكتبة لبنان– بيروت، الطبعة الأولى، 2004م.
- مجمع اللّغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 2008م.

ثانيًا: المراجع الأجنبية

1- الكتب

أ- الكتب الإنجليزية

- Abdulhadim M Alghamdi, the law of e-commerce, Author House, Bloomington-Indiana, 2011.

ب- الكتب الفرنسية

- André Vitalis, Informatique, Pouvoir et Libertés, Paris, Collection Politique Comparée, Economica, 2me Éd, 1981.
- Bizeul Bruno et Champenois Gérard, Le Téléachat et le droit des contrats, CNRS-Editions, Paris, 1998.
- Delphine Gardey, Écrire, calculer, classer, Comment une révolution de papier a transformé les sociétés contemporaines (1800-1940), Editions La Découverte, Paris, 2008.
- Denis Alland, Dominique Berlin et François Bloch, Les Contras de Communications Électronique, Éditions du Moniteur, Paris, 2006.
- Didier Gobert et Étienne Montero, Commerce électronique: de la théorie à la pratique, Emile Bruylant, 2003.
- Dominique Inchauspé, L'innocence judiciaire Dans un procès, on n'est pas innocent - on le devient, Presses Universitaires de France, Paris, 2012.
- Élie Chakthoura, Le Droit International Privée à L'Épreuve Du Commerce Électronique, Mémoire Présenté Comme Exigence Partielle De La Maîtrise En Droi, Université du Québec à Montréal, 2011.
- Etienne Cornut, Théorie critique de la fraude à la loi, Étude de droit international privé de la famille, Defrénois, 2006.
- Etienne Montero, Les contrats de l'informatique & de l'Internet (Français) Broché, Larcier, France, 16 mars 2005.
- Florence Mas, La conclusion des contrats du commerce électronique, L.G.D.J, Paris, 2005.
- Florian Maume, Essai Critique Sur La Protraction Du Consentement De La Partie Faible En Matière Contractuelle, THESE pour l'obtention

du grade de Docteur en droit présentée et soutenue publiquement, Université d'Evry-Val-d‹ Essonne, le 1 er juillet 2015.
- Henri Courivaud, La concession de service public «à la française» confrontée au droit Dans Revue internationale de droit économique, De Boeck Supérieur, 2004.
- Henri Courivaud, La concession de service public «à la française» confrontée au droit Dans Revue internationale de droit économique, De Boeck Supérieur, 2004.
- Ivan Mokanov, La Teneur du Standard de Fiabilité des moyens électronique de signature, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade LL.M ‹dans le programme de maîtrise en droit,2002.
- Jean Claude Hallouin et Hervé Causse, Le contrat électronique, au cœur du commerce électronique et le droit de la distribution droit commun ou droit spécial? Collection de la Faculté de DRIT et des Science Sociales Université de Poitiers – France, LGDJ, 2006.
- Jean-Pierre Clavier et Alexandra Mendoza- Caminade, Droit Commerce Électronique Sites web, blockchains, Publicité digitale, contrat électroniques et données personnelles, 1re édition, Éditionnes Bruylant, Bruxelles, 2019.
- Joanna Schmidt - Szalewski, La période précontractuelle en droit français, Revue internationale de droit comparé ‹Vol ‹42 N°2, Avril-Juin 1990.
- Judith Rochfeld, L'acquis communautaire – Le contrat électronique, Études juridiques, Economica, Paris 2010.
- Judith Rochfeld, Les nouveaux Defis du Commerce Electronique, L.G.D.J, Lextenso Editions, Paris, 2010.
- Julie Boyer, Les effets du scepticisme du consommateur face à la publicité sur le processus de persuasion, L'harmattan, 2010.
- Kamel Mehdaoui, La Formation du Contrat Électronique International: Le Formalisme au Regard de la Convention CNUDCI 2005, Mémoire Présenté Comme Exigence Partielle de la Maîtrise en Droit International, Université du Québec à Montréal, 2010.
- Kawtar Benchekroun, les droits du patient au Maroc: quelle protection?, thèse présentée pour obtenir master 2 en droit médical et de la santé, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, université Mohamed V, 2009.
- Le contrat électronique, Denis Mazeaud, Association Henri Capitant des amis de La culture juridique français, Panthéon- Assas Paris II, 2002.

- Luc Grynbaum, Caroline Le Goffic, Lydia Morlet-Haïdara Droit des activités numériques, Dalloz, Paris, 2em Édition, 2020.
- Lucile Archambault, La Formation du Contrat de Vente en Ligne et La Protection du consommateur, Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne DESS Droit de L'Internet, Administration et Entreprise, 2004.
- Marine Naimi Charbonnier, La formation et l'exécution du contrat électronique, Thèse de Doctorat, Université Panthéon - Assas, Paris II,2003.
- Meryem Edderouassi, Le contrat électronique International, THÈSE Pour obtenir le grade de Docteur de la Communié Université Grenoble Alpes, 2017.
- -Michel Vivant, Les Contrats du commerce électronique (ancienne éd) (Français) Broché – 22 décembre 1999.
- Michelle Jean-Baptiste, Créer et exploiter un commerce électronique, Litec, 1998.
- Murielle - Isabelle Cahen, La formation Des Contrats De Commerce Electronique, avocat au barreau de Paris Septembre 1999.
- Nadia Piffaretti, Monnaie Electronique, Monnaie et Intermédiation Bancaire, Thèse présentée à la Faculté des sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg (Suisse) par Nadia Piffaretti pour l'obtention du grade de docteur ès sciences économiques et sociales, FRIBOURG 2000.
- Nicolas Brault, Le droit applicable à Internet De l'abîme aux sommets, Victoires éditions,1996.
- Olivier Cachard, La régulation internationale du marché électronique, Thèses, L.G.D.J, Paris, 2002.
- Olivier d'Auzon, Le droit du commerce électronique, Éditions du puits fleuri, France, 2004.
- Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves - Marie Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations-Commentaire article par article, 2e édition, LexisNexis, 2018.
- Pierre Mayer, Droit international privé, Montchrestien, Montchrestien Précis Domat Droit Privé, 2004.
- Ronald Labonte, Marie - Claude Lamarre, Du marché mondial au village planétaire, Dans Santé Publique 2003/3 (Vol ‹15).
- Sampath HEL, Le formalisme du contrat électronique dans l'ASEAN Définition et interprétation des notions d'écrit et de signature, Thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit de la faculté de droit, Université de Montréal, Mai 2013.

- Stéphane Caïdi, La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information, Mémoire présenté pour la Faculté des Études supérieures en vue de l'obtention du grade Maîtrise en droit (L.L.M.), Université de Montréal - Faculté de droit.
- Stéphane Vial, La structure de la révolution numérique, Philosophie de la technologie, Université Paris Descartes (Paris 5), 2012, Français.
- Sylvette Guillemard, Le Droit International Privé Face au Contrat de Vente Cyberspatial, Thèse de doctorat présentée en cotutelle à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval Québec, pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.), Faculté de Droit, université Laval Québec et université Panthéon- Assas Paris.
- Sylvette Guillemard,Le droit international prive face au contrat de vente cyberspatial, Thèse de doctorat, sous la direction de Catherine Kessedjian et Alain Prujiner, Université Panthéon - Assas (Paris), 2002.
- Virginie Etienne, Le Développement de la Signature Electronique, Master 2 Recherche Droit des affaires, Université Paris 13 Nord, 2011.
- Windpagnangdé Dominique Kabre, La Conclusion Des Contrats Électroniques - Etude De Droits Africains Et Européens, Editions L'Harmattan, 2013.
- Xavier Linant de Bellefonds et Alain Hollande, Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet, Delmas, Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 6e édition, Paris, 2008.
- XAVIER LINANT DE BELLEFONDS Professeur à l'Université de Paris XII Preuve et signature électroniques, Collection: Que sais-je? Presses Universitaires de France, 2005.
- Xavier Linant De Bellefonds, Le droit du commerce électronique, Collection: Que sais-je?, Presses Universitaires de France.
- Yves Poullet, La Conclusion du Contrat Par Un Agent Electronique, La conférence internationale organisée par l'Académie de droit comparé allemande, les 22 et 23 septembre 1999 à Freiburg.

2- المصادر الإلكترونية

- (EU) Definition of E-commerce: retrieved from: https://cutt.us/T0OJC.
- (OECD) Definition of E-commerce, retrieved from: https://cutt.us/9Qcas.
- (WTO) Definition of E-commerce: retrieved from": https://cutt.us/SY2mV.
- A Short History of Writing, Marketing Team, 3 May 2019, retrieved from: https://2u.pw/nbsz8.

- Adam Gatt, The Enforceability of click - wrap Agreements, University of Melbourne, Australia, available online: https://cutt.us/D42c1.
- Alain Rallet, Commerce électronique ou électronisassions du commerce? disponible sur: https://cutt.us/wn2WI.
- Brigitte Lefebvre, Le Contrat D'Adhésion, disponible sur: https://2u.pw/d4XXR.
- Chiheb GHAZOUANI, Le Contrat de Commerce Electronique International, Thèse pour le doctorat en droit, Université PANTHEON-ASSAS (PARIS II) Droit – Economie – Sciences Sociales, 16 Mai 2008, P84, disponible sur: https://cutt.us/0Sihm.
- Claude Fabien- Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et avocat, La preuve par document technologique, Université de Montréal ‹Faculté de droit,2004, disponible sur: https://cutt.us/NP7BV.
- Loi n° 86-1067 du 30 Septembre 1986 relative à la liberté de communication, disponible sur: https://www.legifrance.gouv.fr/.
- Directive 2000/31 / CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridique des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur commerce électronique) ‹(disponible sur: https://cutt.us/93qn6.
- Directive 97/7/CE du parlement Européen et du Conseil du 20 Mai 1997, Concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, disponible sur: https://cutt.us/SOLLl.
- E-commerce: avantages et inconvénients, Disponible sur: https://cutt.us/lQio5.
- European Central Bank, 1998, Report on Electronic Money, Frankfurt am Main, August, First Virtual, 1999, https://2u.pw/qRZr9.
- Feldman v, Google, Inc, Case Brief for Law students, available online: https://cutt.us/Zh3Pw.
- Florent Suxe, La Preuve du Contrat Électronique, Master 2 – Droit des Contrats, Université Jean Monnet, Paris,2012, P.9, Disponible sur: www.memoireonline.com.
- Groff v, America Online, Inc., PC 97-0331 و (1998) Caspi v ‹the Microsoft Network 323 N.J ‹Super ‹118 (N.J), Super, 1999: https://casetext.com.
- Ivan Barreau, L'écrit comme meilleure preuve: toujours une vérité à l'ère numérique ? Disponible sur: https://2u.pw/15N2K.
- Jean-Michel Yolin - Jean-Claude Merlin - André Nizery, Internet et PME: mirage ou opportunité?: pour un plan d'action: rapport au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, Rapport public, Date de remise: 1 janvier 1998, disponible sur: https://2u.pw/Gy86J.

- La Directive 2011/83/UE suit les contrats à distance: Disponible sur: https://eur-lex.europa.eu/homepage.html.
- La directive du 8 Juin 2000 sur Le commerce Electronique Un Cadre Juridique Pour L'internet, disponible sur: https://2u.pw/0YbVw.
- Le contrat international: Les contrats commerciaux internationaux: problématique du 21ème Siècle, sur le site d'internet: https://2u.pw/Hv8BF.
- Ludovic Hamal, L'information précontractuelle dans le cadre d'un contrat de franchise: comment trouver un juste équilibre entre les parties? Master en droit, UCL Université catholique de Louvain Faculté de droit et de criminologie, Année académique 2012-2013, disponible sur: https://cutt.us/Ilai8.
- M, Yves Chagny, La détermination de la loi applicable au contrat de travail par la chambre sociale de la cour de cassation, Travaux du comité français de droit international privé,2011, p. 199 et S, disponible sur: https://cutt.us/IqYJu.
- Maître Thibault Verbiest, Droit international privé et commerce électronique: état des lieux, p. 1, disponible sur: https://2u.pw/Xra2Z.
- Marshall McLuhan‹ village global, 17/10/2013, Disponible sur: https://2u.pw/BoIuj.
- Michel Aglietta, Laurence Scialom, Les risques de la monnaie électronique, 2002, disponible sur: abo.alternatives-economiques.fr.
- Mickael Boutros, Le droit du commerce électronique: (Une approche de la protection du cyber consommateur) Université de Grenoble, 2014, p. 34, disponible sur: https://2u.pw/reLs0.
- Mona Jamal, Le contrat d'adhésion- Etude comparée des droits français et koweïtien, Pour obtenir le grade de: Docteur de l'université de Strasbourg, Droit privé, La phase de négociation contractuelle: les avant-contrats, 4 Avril 2019, un article publié sur le site: cours de droit net: https://cours-de-droit.net/.
- Nathalie BESLAY, La légalisation de la signature électronique, disponible sur: https://cutt.us/ZrRmZ.
- Nicole Martins Ferreira, Les 20 avantages et inconvénients de l'e-commerce à connaître, Disponible sur: https://cutt.us/2z5su.
- Principes d'Unidroit disponible sur: https://cutt.us/bkbqb.
- Raphael Yende, Télématique et Protocoles de Communication, 26 Déc 2018, disponible sur: https://hal.archives-ouvertes.fr/cel-01965883/document.
- Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC: https://www.eid.as/.

- Rochelle Forrester, History of Writing and Record Keeping, Second Edition, 31October 2016, retrieved from: https://cutt.us/jhfFv.
- Rudolf von Jhering «Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté», Disponible sur: https://data.bnf.fr/12182958/rudolf_von_jhering/.
- Rudolf von Jhering (souvent Ihering) principe essentiel: «Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté», Disponible sur: https://data.bnf.fr/12182958/rudolf_von_jhering/.
- Sylvette Guillemard, Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi, Disponible sur: https://2u.pw/qAwYU.
- Cia Mathilda Dadjo, Les contrats dans le cyberespace à l'épreuve de la théorie générale: problèmes et perspectives, Université d'Abomey
- Calavi - BENIN - Maîtrise en droit des affaires et carrières judiciaires, 2003, Disponible sur: https://cutt.us/ssZOR.
- Valérie Sédallian, Preuve et signature électronique, disponible sur: https://cutt.us/zljyD.
- Validation des signatures numériques, article sur: https://cutt.us/XgLZU.
- Vie publique, À quoi sert un témoignage, Disponible sur: https://cutt.us/xWBv8.
- Yousef Shandi, La formation du contrat à distance par voie électronique, Thèse de doctorat en Droit privé, Sous la direction de Georges Wiederkehr, Université Robert Schuman Strasbourg III Faculté de droit, 2005, p. 285, Disponible sur: https://2u.pw/pHDKQ.

3- الأحكام القضائية الفرنسية

- Cass ‹civ, 1re, 18 mars 1878, disponible sur: https://2u.pw/PgIEZ.
- Cass.Com, 11 Janv 1984, No 8213259, disponible sur: https://2u.pw/DXbqG.
- Cass.Com, 26 nov 2003, 18600-10.243 00-10.949, disponible sur: https://cutt.us/LncDX.
- Cass.Com, 6 Mars 1990, 00-14.239, Inédit, disponible sur: https://cutt.us/pRNbi.
- Cass.Crime, Chambre Criminelle, 12 Nov 1986, 85-95.538, Publié au bull.
- Cass.com, 6 nov, 2012, 11-26.582, Inédit, disponible sur: https://cutt.us/0Pw16
- Cass ‹1re civ., 25 févr ‹1997, n° 94-19685: Bull ‹civ, I, n° 75
- Cass.Com, 26 nov 2003, 18600-10.243 00-10.949, disponible sur: https://cutt.us/LncDX

- Cass.Com, 11 Janv 1984, No 8213259, disponible sur: https://2u.pw/DXbqG
- Cass.Com, 6 Mars 1990, 00-14.239, Inédit, disponible sur: https://cutt.us/pRNbi
- Cass.Crime, Chambre Criminelle, 12 Nov 1986, 85-95.538, Publié au bull
- Cass ‹5 déc ‹1910, American trading company, S, 1911, 1, 129, note Lyon-Caen
- Cass, civ, 1re, 18 mars 1878, disponible sur: https://2u.pw/PgIEZ
- Cass.Com, 2 Déc, 1997, D, 1998, p.192, note D, R Martin

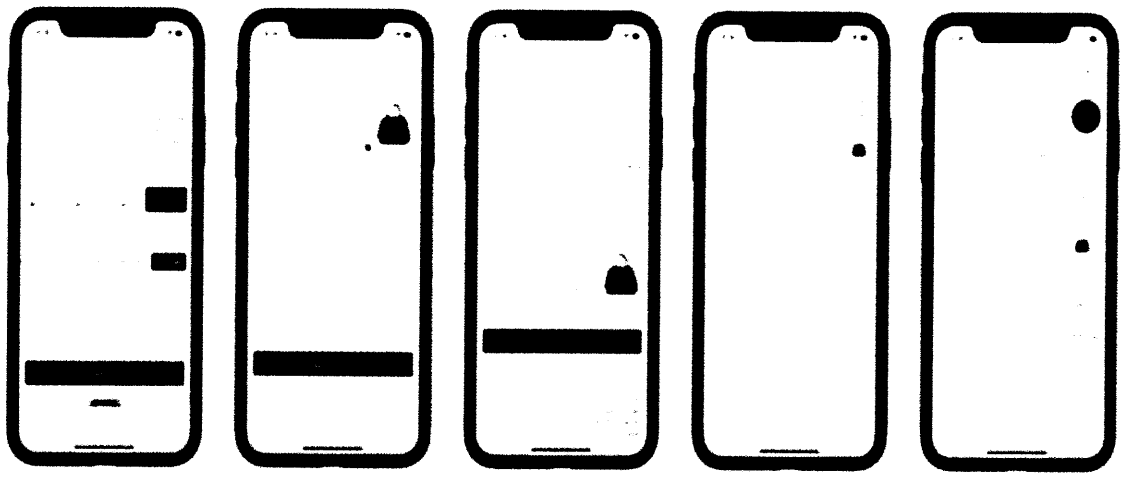
الملاحق

ملحق (1)

سياسة العدول عن العقد بعد تنفيذه في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت

إرشادات عملية الإرجاع

نأمل أن تكون الطلبية قد راقت لكم، إذا لم تكن بالضبط ما كنتم ترغبون به،
باستطاعتكم طلب إرجاع الطلبية خلال 30 يوماً من تاريخ التوصيل، بإتباع الخطوات التالية:



استرداد مبلغ الطلبية بعد الإرجاع

سيتم البدء في عملية رد مبلغ الطلبية فقط بعد إكمال عملية الإرجاع والموافقة على إرجاع المنتج/المنتجات المرغوب في إرجاعها، بعد الموافقة، سيتم رد كامل المبلغ المدفوع للمنتج/المنتجات الغير تالفة التي تم إرجاعها (باستثناء مصاريف الشحن ورسوم الدفع نقدًا عند الاستلام، إذا وجدت).

سيتم رد مبلغ الطلبية للمرتجعات بالطرق الآتية:

- سيتم رد المبلغ المدفوع عن طريق بطاقة الائتمان إلى نفس البطاقة التي تم استخدامها في عملية الدفع.
- سيتم رد المبلغ المدفوع نقدًا عند الاستلام كرصيد في الحساب الشخصي على أُناس.
- سيتم رد نقاط أمبر كرصيد في الحساب الشخصي على أُناس.
- في حالة الدفع باستخدام أكثر من طريقة في الطلبية الواحدة، سيتم رد رصيد الحساب الشخصي الذي تم استخدامه بالكامل قبل رد المبلغ المتبقي الذي تم دفعه بطرق الدفع الأخرى، سيتم رد المبلغ بالترتيب التالي: (i) سيتم رد رصيد الحساب الشخصي المستخدم إلى حسابكم على أُناس (ii) سيتم رد المبلغ المتبقي بنفس طريقة الدفع الأخرى: سيتم رد المبلغ المدفوع ببطاقات الائتمان إلى البطاقة التي تم استخدامها عند الدفع، سيتم رد المبلغ المدفوع عن طريق باي بال إلى حساب باي بال الخاص بكم، وسيتم رد نقاط أمبر والمبلغ المدفوع نقدًا عند الاستلام كرصيد في حسابكم الشخصي على أُناس.

نقاط أمبر

أي نقاط مستحقة من برنامج "أمبر" على منتج تم إرجاعه سيتم خصمها من حسابكم على موقع أمبر، وستكون النقاط مستحقة عند استبدال المنتجات، حيثما ينطبق، أمّا عند إرجاع المنتجات التي تم دفع ثمنها باستخدام نقاط أمبر، فستحصلون على رصيد في حسابكم على موقعنا لطلبياتكم القادمة، بقيمة تعادل نقاط أمبر التي تم استخدامها، بدلًا من إرجاع تلك النقاط إلى حسابكم، يُرجى العلم بأنه لأسباب خاصة بالأنظمة المتبعة، وليتم استلام الرصيد في الحساب على الموقع، سيحتاج العملاء الزائرون إلى إنشاء حساب على الموقع وتسجيل بياناتهم لدينا.

سياسة إرجاع المنتجات

المنتجات التالفة / الطلبات التي لم يتمّ تنفيذها بصورة صحيحة

في حال استلام طلبكم تالفًا أو كان أيًا من المنتجات مختلف عما طلبتموه، فعندئذٍ يُرجى الاتفاق على إرجاع المنتج إلينا باستخدام عملية الإرجاع المذكورة، يجب إرجاع المنتج في نفس حالته التي تم استلامه بها خلال 30 يوم من استلامكم الطلبية لنعيد لكم المبلغ المدفوع بالكامل، بما في ذلك – أن وجدت – مصاريف توصيل الطلبية الأصلية، الضرائب وأي رسوم جمركية، قد تتوافر إمكانية استبدال المنتجات، أيضًا قد تتمتع المنتجات التالفة بضمان ضد عيوب الصناعة، يُرجى الاتصال بنا على الرقم المجاني في البحرين (80006994) في حال اعتقادكم أن المنتج الذي تم استلامه به عيب صناعة.

الأحذية

سيتم قبول إرجاع الأحذية فقط إذا كان الحذاء جديد تمامًا وفي حالة جيدة ومن دون أي تلف للمنتج نفسه أو التغليف، لتجنب أي تلف، يُرجى تجربة الحذاء على أرضيات مغطاة بالسجاد، في حالة إرجاع أي حذاء به تلف، خدوش، أي ضرر أو أي آثار لارتدائه مسبقًا، لن يتمّ قبول طلب الإرجاع وسيتم إعادة المنتج للعميل ورفض طلب إعادة المبلغ المدفوع للطلبية.

المنتجات غير القابلة للإرجاع

لا يمكن إرجاع المنتجات التالية إلا في حالة وجود تلف بها: الملابس الداخلية، أقنعة الوجه والكمامات، الأقراط ومستحضرات العناية والجمال (بما يشمل مستحضرات العناية بالبشرة، العطور، المكياج ومستحضرات العناية بالشعر)، يُرجى العلم بأن جميع طلبيات المفروشات لا يمكن إلغاؤها وغير قابلة للإرجاع.

التغليف

يُرجى الحفاظ على التغليف الأصلي للمنتج في حالة جيدة، فمثلًا صناديق الأحذية التالفة تعوق دون إمكانية بيعها مرة أخرى وهذا قد يعني أنه لن يمكننا رد المبلغ المدفوع بالكامل إليكم، قد يحتاج موظفينا إلى التحقق من حالة المنتج المرغوب في إرجاعه عند الاستلام، لكن هذا سيكون كشفًا مبدئيًا ولا يعتبر ضمان للموافقة على الإرجاع أو رد المبلغ المدفوع بالكامل.

المنتجات المهداة

يمكن إرجاع المنتجات التي تم شراؤها كهدايا فقط عن طريق رد المبلغ المدفوع إلى العميل الذي قام بعملية الشراء.

الاستبدال

لا يمكننا في الوقت الحالي توفير خيار الاستبدال، عوضًا عن ذلك ينبغي اتباع إجراءات الإرجاع، لجميع المنتجات، وتسجيل طلبية جديدة للمنتجات البديلة.

ونحن، في أُناس، نفخر بكوننا نقدم منتجات فاخرة تتمتع بأعلى مستويات الجودة، لذلك ففي حالة كان المنتج المطلوب عبر موقعنا تالفًا أو به عيب يُرجى الاتصال بفريق خدمة عملائنا من الساعة 10 صباحًا إلى 10 مساءً على رقمنا المجاني في مملكة البحرين (80006994)، أو مراسلتنا عبر البريد الإلكتروني customercare@ounass.com، أو ملء نموذج عبر الإنترنت من هنا.

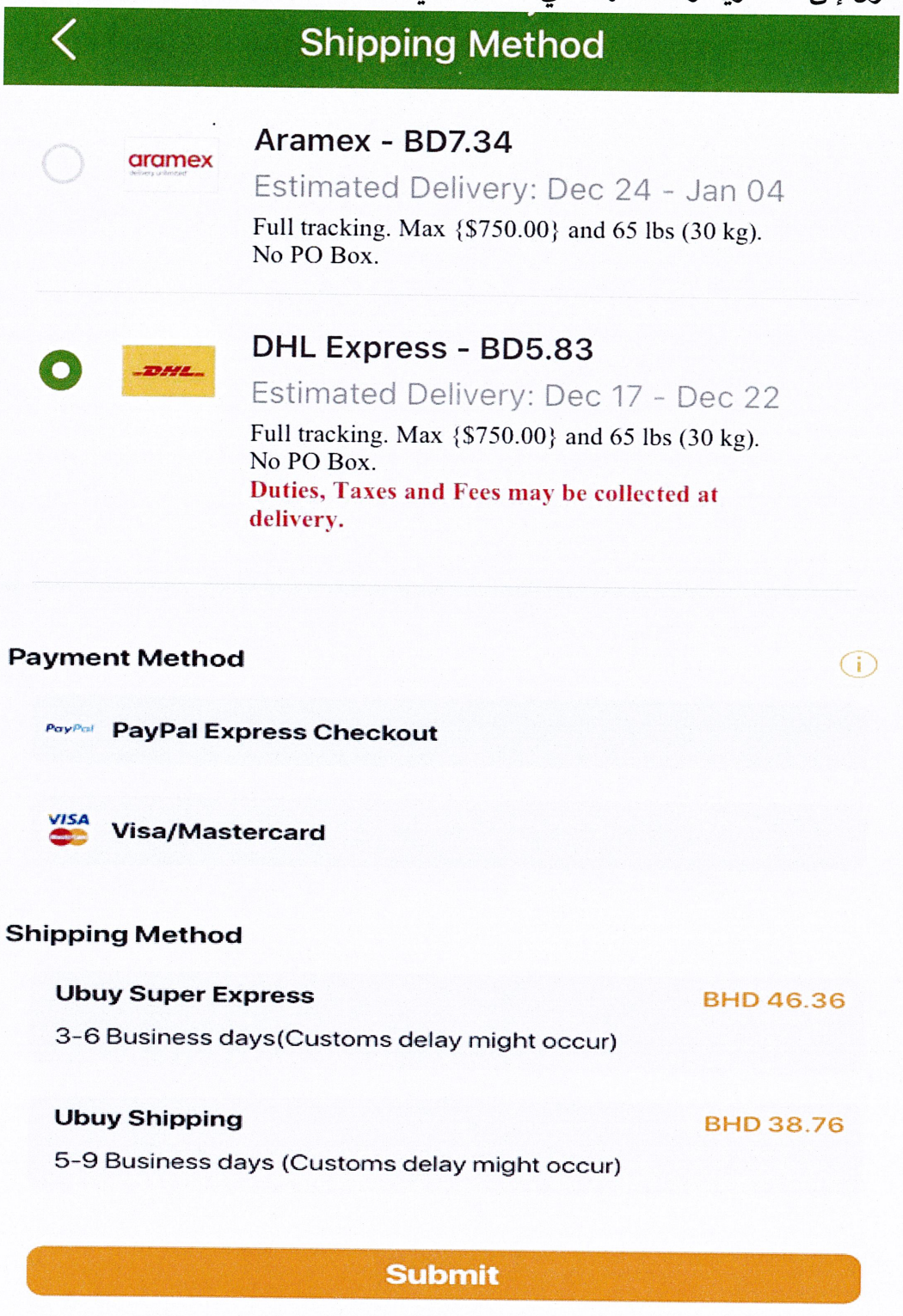
نحن نحتفظ بالحق في متابعة المرتجعات ورفض الطلبات من العملاء الذين لديهم مستويات مرتفعة من تكرار إرجاع المنتجات، إلا أنه لا يوجد في قسم الإرجاع لدينا ما هو مقصود منه الإضرار بأي حقوق للمستخدم والتي قد يتمتع بها بموجب قانون مملكة البحرين.

جميع ما سبق منسوخ من المصدر الرئيسي، وهو موقع "أناس" التجاري، متاح على: https://cutt.us/z5FCN

الملحق رقم (2)

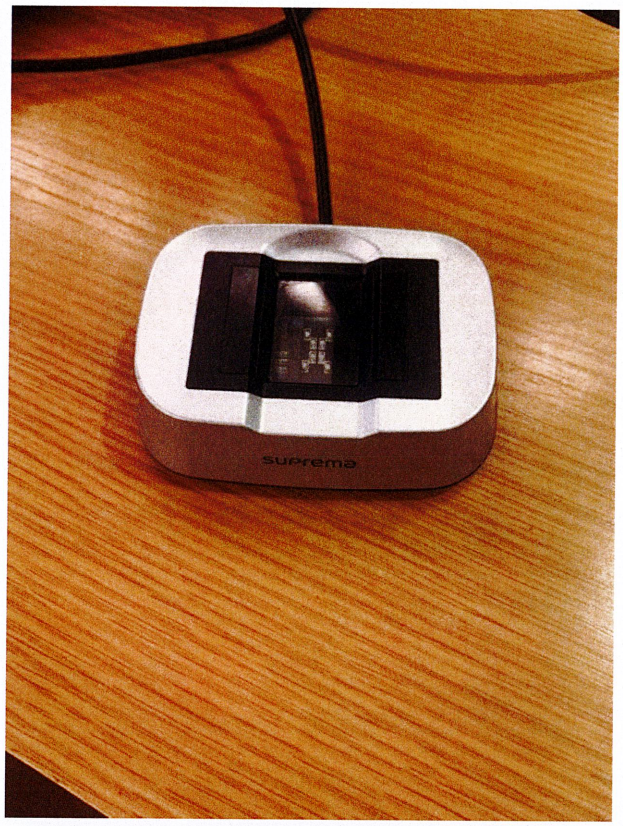
الخطوة الخاصة باختيار شركة الشحن

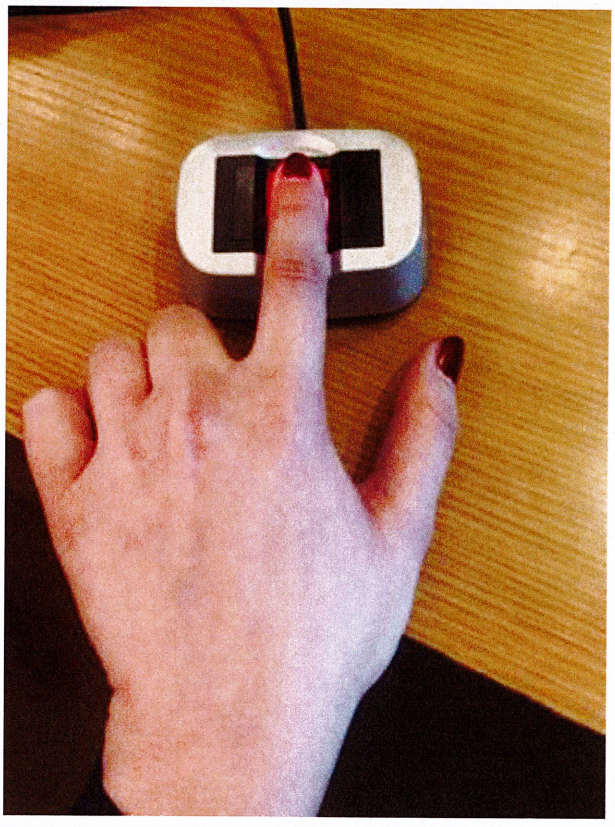
يلاحظ أن أسعار كل شركة تختلف، وينعكس ذلك على المدة التي تستغرقها السلعة للوصول إلى المشتري أو المستهلك في المكان الذي يختاره.



ملحق (3)

التوقيع البيومتري

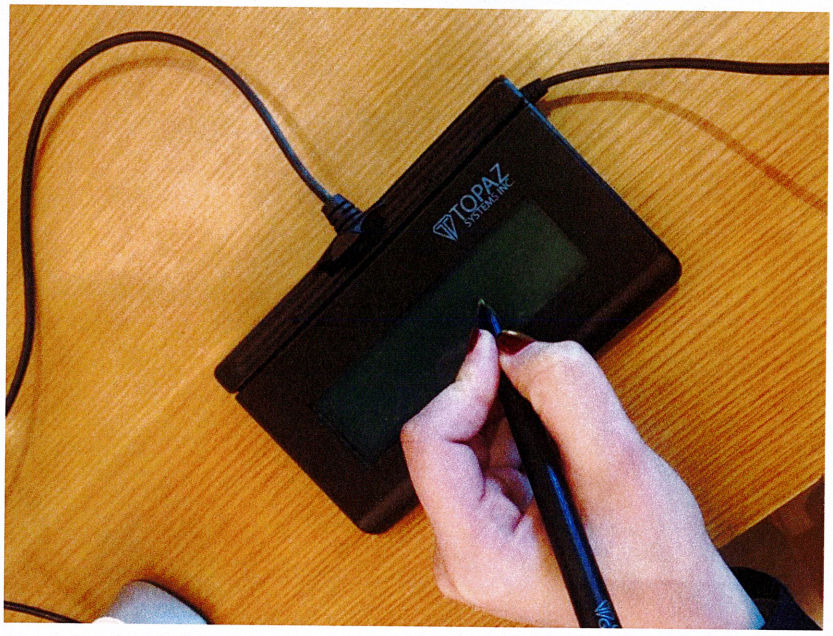




ملحق (4)

التوقيع بالقلم الإلكتروني





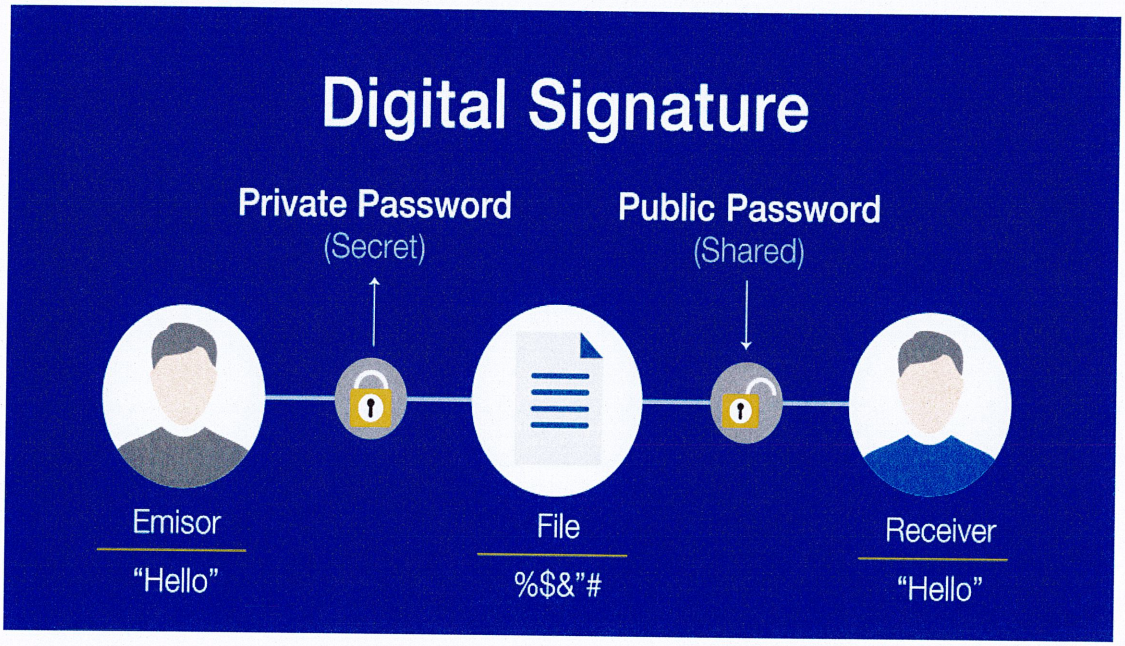
الملحق رقم (5)

التوقيع بواسطة الرقم السري أو البطاقة الممغنطة



الملحق رقم (6)

التوقيع الرقمي أو الكودي



الرابط الإلكتروني للصورة: https://cutt.us/geT5j، آخر زيارة 20 ديسمبر 2020م

An abstract of the study

Under the title of **The Problematic Issues of Electronic Contracting in the Legislation of the State Members of the Cooperation Council for the Arab States of the Gulf,** this study aims to look at the legislation governing e-commerce transactions in the GCC, and the legal problems that it raises, in order to highlight the weaknesses and shortcomings in them ‹The success of digitization in any area, whether for commercial transactions or otherwise, lies in the existence of a solid infrastructure, including an integrated legislative regulation that addresses all problematic issues that electronic contracting may raise ‹The existence of such a regulation would create confidence in the same online client, which would contribute to its further spread.

Defining the problem issues in electronic contracting requires visualizing all the stages of internet contracting, whether the pre-contracting, the contract formation, or the post-contracting phase in general, then extracting the most important challenges faced by the GCC legislation in this area ‹Accordingly, the study was divided into three chapters, preceded by an introductory section ‹The first topic of the introductory section dealt with what e-commerce is and its definition, from a legislative and jurisprudential aspect ‹Then we moved to the advantages and problems of e-commerce ‹In the second topic, we defined the e-contract from a jurisprudential and legislative point of view, and then addressed the characteristics and nature of the electronic contract.

We then moved on to the first chapter, and discussed the problems before concluding an electronic contract, by dividing it into two sections ‹ The first section examines the general problems raised by electronic contracting in the pre-contract phase in two topics ‹In the first topic, we first look at the problem of the concept of electronic negotiation ‹We had to define the idea of negotiation in itself and its importance, then we dealt with the problem in terms of the characteristics of electronic negotiation, since each characteristic of negotiation raises issues ‹The second topic then presents the problem of the concept of information security in the pre-contract phase, by presenting the idea of information security, and subsequently to indicate the obligations imposed by this idea as a solution to the problem, We devoted the second section of the first chapter to explaining the problems of the pre-e-contracting phase, by dividing it into two topics, First, we deal with the problem of legal adaptation and the consequent effect on liability, and then we address in the second topic the

problem of breaching information security, focusing on the legal treatment in the legislation of the GCC countries.

The second chapter discusses the problems of forming an electronic contract by dividing it into two sections ‹In the first section, we deal with the problem of electronic expression of the will in two topics ‹The first of these topics discusses the problem of electronic expression in general, in which we address the general rule regarding electronic expression, and then refer to the exceptions to it ‹In the second topic we look at electronic terms in the legislation of the GCC countries ‹The second section deals with the most important problems of offer and acceptance in the formation of contracts concluded through the internet in two topics ‹In the first topic, we discuss the electronic offer, commercial offers on the Internet, and their legal adaptation in the legislation of the GCC countries, and comparative legislation ‹The second topic deals with electronic acceptance, the validity of pressure on the button to express acceptance, and the validity of electronic contracts concluded through it ‹This topic will also address the issue of "silence" and whether silence can be an indication of whether or not to express the consent of the acceptor to conclude the contract.

In the third and final chapter, we study the problematic issues related to another phase, after the conclusion of the contract, and we highlight the most important issue that raises problems during this phase, which is the widespread use of the internet in commercial activity, and the conclusion of commercial transactions on a large international scale ‹This causes many problems which relate to the subsequent period after the conclusion of the contract ‹Accordingly, we deal with these problems in two sections ‹We devote the first section to the problems of executing the contract that was concluded by electronic means, and the law to be applied to it upon the arising of a dispute ‹The second section deals with, firstly, the problem of the electronic document, and secondly the problem of electronic signature ‹ Finally, the study ends with the most important findings and recommendations.

UNIVERSITY OF BAHRAIN

Collage of Law **Department of private Law**

The Problematic Issues of Electronic Contracting in the Legislation of the State Members of the Cooperation Council for the Arab States of the Gulf

(A Comparative analytic study)

A Thesis submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Ph.D. Degree in Philosophy of Law

Submitted by

Noof Rashed Al Khalifa

University number: 19942284

Supervised by

Dr. Sabri Hamad Khater

Professor of Civil Law

University of Bahrain

Kingdom of Bahrain

December 2020