

منظومة العقود التجارية في البيئة الإلكترونية

د. أحمد رجب عبد الخالق قرشم

منظومة العقود التجارية في البيئة الإلكترونية

د. أحمد رجب عبد الخالق قرشم

مقدمة

تمهيد وتقسيم:

تمنحنا العقود القدرة على الدخول في اتفاقيات مع الآخرين بثقة أننا قد نطلب القانون، وليس فقط حسن نية الطرف الآخر وللتأكد من احترام تلك الاتفاقيات تضمن التزامات على أراف التعاقد، ويتيح لنا التعاقد إنشاء نوع من القانون الخاص تتضمن شروطاً التي يبرمها الأطراف، وهي التي تحكم العلاقة بين المتعاقدين.

تسهل العقود التخطيط الضروري في مجتمع صناعي حديث. من الذي قد يستثمر في الأعمال التجارية إذا لم يستطع الاعتماد على حقيقة أن بناء وموردي المرافق والمعدات، وموردي المواد الخام اللازمة لتصنيع المنتجات، والعملاء الذين يوافقون على شراء هذه المنتجات سيحترمون جميعاً التزاماتهم؟ كيف يمكننا تقديم قروض أو بيع البضائع بالائتمان أو تأجير العقارات ما لم تكن اتفاقيات القروض واتفاقيات البيع المشروطة وعقود الإيجار مدعومة بقوة القانون؟ العقد إذن ضروري للعالم كما نعرفه. مثل هذا العالم، تميل تفاصيله إلى التغيير بمرور الوقت، بينما تظل خصائصه العامة مستقرة إلى حد كبير.

فكرة العقد قديمة منذ آلاف السنين، اعترف المصريون وبلاد الرافدين بأجهزة تشبه العقود؛ وبحلول القرن الخامس عشر، طورت محاكم القانون العام في إنجلترا مجموعة متنوعة من النظريات لتبرير تنفيذ وعود معينة. ومع ذلك، لم يكتسب قانون العقود أهمية كبيرة في نظامنا القانوني حتى القرن التاسع عشر، عندما أوجدت الثورة الصناعية الحاجة إلى مزيد من التخطيط الخاص واليقين في المعاملات التجارية.

كان المبدأ المركزي لقانون العقود الذي نشأ عن هذه الفترة هو حرية التعاقد، وحرية التعاقد هي فكرة وجوب إنفاذ العقود لأنها نتاج الإرادة الحرة لمبدعيها، الذين ينبغي أن

يكون ضمن حدود واسعة، أن يكونوا أحراراً في تحديد مدى التزاماتهم. كان الدور المناسب للمحاكم في مثل هذا النظام من العقود هو فرض هذه المكاسب التي تمت بحرية ولكن بخلاف ذلك اتخاذ موقف عدم التدخل، وتحمل تلك العقود حرية عقد صفقات جيدة معها مخاطر عقد صفقات سيئة.

وقد أدى ظهور منظمات الأعمال الكبيرة بعد الثورة الصناعية إلى ظهور تفاوتات واضحة في القدرة على المساومة في العديد من حالات العقود. وجدت هذه المنظمات الكبيرة أنه من الأكثر كفاءة توحيد معاملاتها العديدة من خلال استخدام العقود النموذجية القياسية، والتي يمكن أيضاً استخدامها لاستغلال قوتها التفاوضية الأكبر من خلال إملاء شروط اتفاقياتها، وتطوير قانون العقود ليعكس هذه التغييرات في الواقع الاجتماعي.

وخلال القرن العشرين، كانت هناك زيادة كبيرة في التنظيم الحكومي للعلاقات التعاقدية الخاصة. وعادة ما تملّي الهيئات التشريعية العديد من الشروط الأساسية لعقود التأمين، حيث تخضع عقود العمل لمجموعة من القوانين المتعلقة بالحد الأقصى لساعات العمل، والحد الأدنى للأجور المدفوعة، ومسؤولية صاحب العمل عن الإصابات أثناء العمل، وتعويضات البطالة، ومزايا التقاعد، وكان الغرض من معظم هذه اللوائح هو حماية الأشخاص الذين يفتقرون إلى القدرة التفاوضية الكافية لحماية أنفسهم.

كما أصبحت المحاكم مهتمة بشكل متزايد بوضع قواعد تعاقدية تؤدي إلى نتائج عادلة، أفسحت القواعد الفنية الدقيقة التي ميزت القانون العام التقليدي الطريق للسماح ببعض المعايير الأوسع نطاقاً وغير الدقيقة مثل حسن النية والظلم والمعقولية وانعدام الضمير. على الرغم من الاهتمام المتزايد بالعدالة في قانون العقود، لا يزال الاتفاق بين الطرفين هو قلب كل عقد.

ومع دخول عصر المعاملات الإلكترونية، وخاصة التجارية منها أصبح الاعتراف بالعقد الإلكتروني قانوناً وتطبيقه عملياً أمراً في غاية الأهمية، لأنه أصبح أداة التعاملات المستقبلية في التعاملات الإلكترونية بين الناس والهيئات الاقتصادية، حيث سهلت لهم

تبادل المعلومات مع ضمان توثيقها مما أضفى ضماناً شرعية على تبادل المستندات والمعاملات التجارية، خصوصاً في ظل صدور التشريعات الوطنية والدولية التي اهتمت بوضع تشريعات تنظم منظومة العقد الإلكتروني.

وهذا النوع من العقود التي تتطلبها التجارة الإلكترونية، تتم من خلال التفاعل بين الأساليب الإلكترونية المختلفة كالبريد الإلكتروني، وقد يتم التعامل في العقود الإلكترونية فيما بين شخص طبيعي مع عميل إلكتروني، أو فيما بين عميلين إلكترونيين، وتعتبر العقود التجارية الإلكترونية هي إحدى أدوات التجارة الإلكترونية، والتي يمكن تعريفها بأنها "عملية بيع وشراء بضاعة ذات قيمة مالية من خلال منصة إلكترونية مخصصة للتجارة يديرها وسطاء تجارة متواجدون في كل لحظة ليساعدوا أي شخص ينوي أن يتاجر من خلال تلك المنصة".

والعقود التجارية الإلكترونية تتطلب تلاقى الإيجاب والقبول بطريقة سمعية بصرية عن بعد، عبر الإنترنت، دون الحاجة إلى تلاقى الأطراف مادياً، أو التقاءهم في مكان معين، فمجلس العقد في العقود الإلكترونية مجلس افتراضي حكمي، ومن هنا تنصدر لنا مشكلة القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، وهذا راجع لصعوبة تطبيق قواعد تنازع القوانين التقليدية فما بلك صعوبة تحديد ذلك في العالم الافتراضي، المر الذي مهد لظهور آليات جديدة لحل منازعات العقود الإلكترونية.

أهمية هذا البحث:

ترجع أهمية البحث إلى حاجة الناس إلى الثقة والأمان في المعاملات التي تتم عبر الإنترنت، خاصة وأن المعاملات عبر الإنترنت مازالت حديثة خاصة في مجال العقود الإلكترونية، ولا شك أن الثقة في الأشخاص الذين تتعامل معهم عبر الإنترنت تكاد تكون منعدمة فأنت غير متأكد من شخصية ونوايا من يرأسلك عبر البريد الإلكتروني حيث أنك في الغالب لا تكون بينك وبينهم معرفة شخصية قبل ذلك فما هو موقفك إذا كانت تلك المراسلات بشأن تعاملات مالية حول صفقة تجارية... لا شك أن أزمة الثقة هذه هي ما تثير قلق الكثير من الناس.

الأمر الذي حدا بنا إلى ضرورة دراسة منظومة العقود التجارية، لأهميتها في العلاقات التجارية الدولية الحديثة، خاصة في ظل التقدم التكنولوجي، ومن خلال تلك التكنولوجيا يتم الحفاظ على سرية المعلومات والرسائل المتبادلة بين الأشخاص عبر شبكة الإنترنت وذلك عن طريق التأكد من شخصية المرسل والمستلم إلكترونياً والتأكد من مصداقية هذه الشخصيات مما يسمح بكشف أي تلاعب أو تحايل يتم من قبل الغير، كما لا يمكن لأي شخص آخر تعديل أو تحريف تلك الرسائل.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى ما يلي:

- ١- التعريف بمفهوم العقد الإلكتروني.
- ٢- التطرق إلى وظيفة العقد الإلكتروني.
- ٣- معرفة أنواع العقود الإلكترونية.
- ٤- مدى الاعتراف القانوني للعقود الإلكترونية.
- ٥- التعرف على التشريعات التي أقرت بالعقد الإلكتروني.

إشكالية البحث:

أصبح الاستثمار هو عصب كل القطاعات في الدولة، لأنه بتضاعف الاستثمارات يؤدي ذلك إلى زيادة الدخل القومي الذي يعتبر هو الممول الرئيسي لأغلب قطاعات الدولة، وعليه فيجب أن تتسم السياسة التشريعية الاستثمارية للدولة بالمرونة وبالتطور الذي يحض على جذب المزيد من الاستثمارات، الأمر الذي حذى بالدول إلى تطوير منظومة المعاملات التجارية والاستثمارية عبر الإنترنت، ومن ثم كان من الضروري تنظيم منظوم العقود الإلكترونية وبما يتناسب مع التطور التكنولوجي، وتطور المعاملات التجارية.

منهجية البحث:

تتمحور هذه الدراسة حول التعريف بالعقد الإلكتروني في ظل المعاملات التجارية الإلكترونية والتعريف بفوائدها وأنواعها، والأهمية التي أولتها التشريعات الدولية من أجل حث الدول على تطوير تشريعاتها من أجل أن تتضمن وضع النظم القانونية للعقد

الإلكتروني، من خلال وضع الأسس اللازمة لمساعدة الدول على أن تنظم في تشريعاتها العقود الإلكترونية، وإضفاء الثقة في العقود الإلكترونية خاصة في المعاملات التجارية الإلكترونية.

ولقد اعتمدت في تلك الدراسة على استخدام المنهج الاستقرائي لمعرفة الجهود الدولية والفقهاء القانونية في تأصيل العقود الإلكترونية، كما الاعتماد على المنهج التحليلي في تحليل النتائج المتولدة عن تلك الجهود السابقة.

خطة البحث:

نظراً لحدثة التجارة الإلكترونية وحدثها تنظيم العقود الإلكترونية خاصة في مصر، بالإضافة إلى أن المنظومة الإلكترونية في المعاملات التجارية وما يستتبع ذلك من تنظيم العقود الإلكترونية لم تصل بعد إلى مستوى المعاملات التجارية التقليدية، الأمر الذي جعلنا نظراً لأهمية التطبيق العملي للتوقيع الإلكتروني وخاصة في المعاملات التجارية الإلكترونية نحاول في بحثنا التعريف بالإمضاء الإلكتروني وفهم خواصه ووظائفه وأهميته من خلال تقسيم دراستنا إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم العقود وأنواعها.

المبحث الثاني: تعريف العقد الإلكتروني.

المبحث الثالث: وقت إبرام العقد الإلكتروني.

المبحث الأول

مفهوم العقود وأنواعها وضوابط تكوينها

تمهيد وتقسيم:

يتعامل قانون العقود مع تنفيذ الوعود، ومن المهم أن ندرك منذ بداية دراستنا للعقود سواء العادية أو الإلكترونية، أنه ليس كل وعد قابل للتنفيذ قانوناً. (إذا كان كل وعد قابل للتنفيذ، فقد يكون هذا الفصل طويلاً بجملة واحدة!) لقد قطعنا جميعاً وعودنا وحنثنا بها دون خوف من المقاضاة.

جوهر العقد هو أنه تعهد قانوني قابل للتنفيذ أو مجموعة من الوعود. بعبارة أخرى، عندما يكون لمجموعة الوعود حالة العقد، يحق للشخص المتضرر من مخالفة ذلك العقد أن يطلب من الحكومة (المحاكم) إجبار الطرف المخالف على احترام العقد. وقد نص القانون المدني المصري على تعريف العقد على النحو التالي (العقد هو اتفاق بين وصيتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني، سواء كان ذلك التأثير هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه).

وسوف نقوم بشرح هذا البحث من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم العقود.

المطلب الثاني: أنواع العقود.

المطلب الثالث: ضوابط تكوين العقود.

المطلب الأول

مفهوم العقود

تمنحنا العقود القدرة على الدخول في اتفاقيات مع الآخرين بثقة أننا قد نطلب القانون وليس فقط حسن نية الطرف الآخر للتأكد من احترام تلك الاتفاقيات، ضمن القيود التي سندرسها لاحقاً يتيح لنا التعاقد إنشاء نوع من القانون الخاص وهي شروط الاتفاقيات التي نبرمها والتي تحكم علاقاتنا مع الآخرين.

تسهل العقود التخطيط الضروري في مجتمع صناعي حديث. من حيث من الذي قد يستثمر في الأعمال التجارية إذا لم يستطع الاعتماد على حقيقة أن بناء وموردي المرافق والمعدات، وموردي المواد الخام اللازمة لتصنيع المنتجات، والعملاء الذين يوافقون على شراء هذه المنتجات سيحترمون جميعاً التزاماتهم؟ كيف يمكننا تقديم قروض أو بيع البضائع بالائتمان أو تأجير العقارات ما لم تكن اتفاقيات القروض واتفاقيات البيع المشروطة وعقود الإيجار مدعومة بقوة القانون؟

العقد إذن ضروري للمجتمعات الحديثة من أجل تنظيم العلاقات التجارية فيما بينهم، وخاصة في ظل التطور التكنولوجي الصناعي، وآليات التجارة الحديثة، وبما يخدم تدعيم

الثقة في التعاملات التجارية بين الأطراف والمؤسسات الصناعية والتجارية، وخاصة الدولية منها.

فكرة العقد قديمة، منذ آلاف السنين، اعترف المصريون وبلاد الرافدين بمنظومة تشبه العقود؛ وبحلول القرن الخامس عشر، طورت محاكم القانون العام في إنجلترا مجموعة متنوعة من النظريات لتبرير تنفيذ وعود معينة. ومع ذلك، لم يكتسب قانون العقود الإنجليزي أهمية كبيرة حتى القرن التاسع عشر، وعندما أوجدت الثورة الصناعية الحاجة إلى مزيد من التخطيط الخاص واليقين في المعاملات التجارية. كان المبدأ المركزي لقوانين العقود الذي نشأت عن هذه الفترة هو حرية التعاقد^(١).

وحرية التعاقد هي فكرة وجوب إنفاذ العقود لأنها نتاج الإرادة الحرة لمبدعيها، الذين ينبغي، ضمن حدود واسعة، أن يكونوا أحرارًا في تحديد مدى التزاماتهم، وكان الدور المناسب للمحاكم في مثل هذا النظام من العقود هو فرض هذه المكاسب التي تمت بحرية ولكن بخلاف ذلك اتخاذ موقف عدم التدخل. تحمل حرية عقد صفقات جيدة معها مخاطر عقد صفقات سيئة.

أدى ظهور منظمات الأعمال الكبيرة بعد الحرب الأهلية إلى ظهور تفاوتات واضحة في القدرة على المساومة في العديد من حالات العقود. وجدت هذه المنظمات الكبيرة أنه من الأكثر كفاءة توحيد معاملاتها العديدة من خلال استخدام العقود النموذجية القياسية، والتي يمكن أيضًا استخدامها لاستغلال قوتها التفاوضية الأكبر من خلال إملاء شروط اتفاقياتها. تطور قانون العقود ليعكس هذه التغييرات في الواقع الاجتماعي. خلال القرن العشرين فمثلا تخضع عقود العمل لمجموعة من القوانين المتعلقة بالحد الأقصى لساعات العمل، والحد الأدنى للأجور المدفوعة، ومسؤولية صاحب العمل عن الإصابات أثناء العمل، وتعويضات البطالة، ومزايا التقاعد كان الغرض من معظم هذه اللوائح هو حماية الأشخاص الذين يفتقرون إلى القدرة التفاوضية الكافية لحماية أنفسهم.

^(١) د/ حسام الأهواني: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٥٥.

كما أصبحت المحاكم مهتمة بشكل متزايد بوضع قواعد تعاقدية تؤدي إلى نتائج عادلة، أفسحت القواعد الفنية الدقيقة التي ميزت القانون العام التقليدي الطريق للسماح ببعض المعايير الأوسع نطاقاً وغير الدقيقة مثل حسن النية والظلم والمعقولية وانعدام الضمير. على الرغم من الاهتمام المتزايد بالعدالة في قانون العقود، لا يزال الاتفاق بين الطرفين هو قلب كل عقد^(٢). ويمكن أن تكون العقود ويتم إجراؤها بعدة طرق، وعندما يتخيل معظمنا عقداً، فإننا نتصور طرفين يتفاوضان للحصول على صفقة، وصياغة عقد على الورق، وتوقيعه ويتم التفاوض على بعض العقود وتشكيلها بهذه الطريقة أكثر شيوعاً اليوم، عبر الإنترنت وغير متصل، هو استخدام نموذج العقود الموحدة، وتتم طباعة هذه العقود مسبقاً من قبل أحد الأطراف وتقديمها إلى الطرف الآخر للتوقيع، وفي معظم الحالات يكون الطرف الذي يقوم بصياغة وتقديم العقد الموحد هو الطرف الذي يتمتع بقوة تفاوضية أكبر أو تعقيداً في المعاملة^(٣).

في كثير من الأحيان تكون شروط العقود الموحدة غير قابلة للتفاوض. تتمتع هذه العقود بميزة توفير طريقة فعالة لتوحيد المعاملات المشتركة، ومن ناحية أخرى، فإنهم معرضون لمخاطر ألا يعرف الطرف الذي يوقع العقد ما الذي يوافق عليه وأن الطرف الذي يقوم بصياغة وتقديم العقد سيستفيد من قدرته على المساومة لتشمل شروطاً قمعية أو غير طبيعية في هذا النوع من المعاملات. وضع القانون عدداً من المتطلبات التي يجب أن تفي بها مجموعة الوعود قبل التعامل معها كعقد، للتأهل كعقد، يجب أن تستند مجموعة الوعود إلى اتفاق طوعي، يتكون من عرض وقبول لهذا العرض. بالإضافة إلى ذلك، يجب عادةً مراعاة دعم وعد كل طرف. يجب أن يكون العقد بين الأطراف الذين لديهم الأهلية للتعاقد، ويجب أن يكون هدف وأداء العقد قانونيين.

ومما سبق فإنه يمكن تعريف العقد بأنه "توافق إرادتين على إنشاء التزام، ويمكن تعريفه على أنه اتفاق ملزم قانوناً لطرفين أو أكثر بحيث يتضمن هذا العقد حقوقاً

^(٢) د/ عدنان السرحان: مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢م، ص ٣٠.

^(٣) عباس الصراف، جورج حزبون (٢٠١٤)، المدخل إلى علم القانون (الطبعة الخامسة عشرة)، عمان-الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، صفحة ١٥١-١٥٣

والتزامات على أطرافه"، وهو عبارة عن مجموعة من الوعود، وعادةً ما يعد كل طرف بفعل شيء مُقابل أن يحصل الطرف الآخر على منفعة، وإذا أخفق أحد الطرفين في أداء واجباته بموجب الاتفاق فإن ذلك الطرف قد خالف العقد، ويجب عليه الالتزام بالتعويض المُتفق عليه بالعقد، سواء تعويض مالي أو غير ذلك، حتى يتم تعويض الطرف الآخر عن الأضرار التي يُمكن أن يتسببها إخفاق العقد.

وتقوم المسؤولية العقدية عندما يخل المتعاقد بتنفيذ الالتزام الذي رتبته عليه العقد، أو أن يقوم بتنفيذه على وجه معيب، والعقد هو الذي يحدد مسؤوليات المتعاقدين من حيث الالتزامات والشروط، فالعقد شريعة المتعاقدين، وتتفق المسؤولية العقدية مع المسؤولية التقصيرية في أن كلاهما يقوم على أساس الخطأ، لكنهما تختلفان في طبيعة هذا الخطأ، فالمسؤولية العقدية أساسها الإخلال بكل أو بعض ما نص عليه العقد، أما المسؤولية التقصيرية فهي الإخلال بالالتزام قانوني عام أساسه هو عدم إلحاق الضرر بالغير، وهذا يعني أنهما تختلفان في أن ما يحدد الخطأ في المسؤولية العقدية هو العقد، أما ما يحددها في التقصيرية هو القانون.

المطلب الثاني

أنواع العقود

وضعت القوانين عددًا من المتطلبات التي يجب أن تفي بها مجموعة الوعود قبل التعامل معها كعقد. للتأهل كعقد، يجب أن تستند مجموعة الوعود إلى اتفاق طوعي، يتكون من عرض وقبول لهذا العرض. بالإضافة إلى ذلك، يجب عادةً مراعاة دعم وعد كل طرف، يجب أن يكون العقد بين الأطراف الذين لديهم الأهلية للتعاقد، ويجب أن يكون هدف وأداء العقد قانونيين.

أ) تقسيم العقود:

تم تصنيف العقود تقليديًا على أنها أحادية أو ثنائية، اعتمادًا على ما إذا كان أحد الطرفين قد قدم وعدًا أو قام كلا الطرفين بذلك، تنقسم العقود إلى أنواع كثيرة ومتعددة وذلك بحسب الزاوية التي ينظر إلى العقد من خلالها:

أولاً- تقسيم العقود من حيث التسمية:

١- العقود المسماة:

هي العقود التي يحددها القانون باسم معين وأنظمتها لشعبيتها بين الناس. وهو إما أن يقع على العقار، كالبيع، والمقايضة، والهبة، والشركة، والقرض، والسلام. أو يقع على المنفعة، مثل الإيجار والاستعمال العاري. أو يقع على عاتق العمل، وهو التعاقد والتزامات المرافق العامة وعقد العمل والتوكيل والوديعة بالإضافة إلى عقود الغموض وهي القمار والمراهنة والراتب مدى الحياة وعقد التأمين ثم العقود الشخصية والعقود. التأمين العيني، وهو الضمان والرهن العقاري والرهن الرسمي.

٢- العقود غير المسماة:

هي تلك العقود التي لم ينص القانون على اسم خاص لها ولم يرتب التشريع أحكامها الخاصة بها، بل ابتكرها الشعب حسب الحاجة. وهي كثيرة، لأنها تنشأ على تعدد حاجات الناس وتطور المجتمعات وتشابك المصالح. بعبارة أخرى، تلك العقود التي لم يخصصها المشرع لاسم معين، ولم ينظمها، لقلة شعبيتها. كما أن نطاق ما يسمى بالعقود يتطور باستمرار، لذلك قد يصبح عقدًا من الشعبية مهمًا للغاية بحيث يجب تنظيمه، لذلك يتدخل المشرع وينظمه، وبالتالي ينتقل من العقود غير المسماة إلى العقود المسماة. هذا ما فعله المشرع عندما نظم عقد التأمين. إذا كان من المستحيل تعداد العقود المختلفة، فمن الممكن، على الأقل، إنشاء أقسام مختلفة لها، بقصد توضيح ما يختص به كل منها. ومن أمثلة العقود غير المسماة العقد الذي بموجبه دار النشر يتعهد بطباعة كتاب لمؤلف معين وعقد المباريات الرياضية وعقد الإعلان وغيرها.

ثانياً- تقسيم العقود من حيث المحل:^(٤)

١- العقد الرضائي:

هو ما يكفي في انعقاده تراضي المتعاقدين أي اقتتران لإيجاب بالقبول ولا يمنع من أن يكون العقد رضائياً أن يشترط في اثباته شكل معين كما لو اشترطت الكتابة للإثبات.

^(٤) محمد عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، مصر، دار الجامعة الجديدة، سنة، ٢٠١٥، ص ٨٩.

٢- العقد الشكلي:

هو ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين بل يجب لتمامه اتباع شكل معين وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها هذا العقد.

٣- العقد العيني:

هو عقد لا يتم بمجرد التراضي بل يجب لتمامه فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد وليس في القانون المدني الجديد مثال له إلا عقد الهبة في المنقول فهذه قد تكون عقدا شكليا إذا تمت بورقة رسمية وقد تكون عقدا عينيا إذا تمت بالقبض ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يتم إلا إذا قام أحدهما بتنفيذ شطر من التزامه.

ثالثاً- تقسيم العقود من حيث الصلاحية:^(٥)

١- العقد الصالح:

العقد الصالح هو الذي يفي بجميع المتطلبات القانونية لعقد ملزم. يجب أن تكون العقود سارية المفعول لتكون قابلة للتنفيذ في المحكمة، ومع ذلك فإن بعض العقود السارية غير قابلة للتنفيذ.

العقد غير القابل للتنفيذ هو العقد الذي يفي بالمتطلبات القانونية الأساسية للعقد ولكن قد لا يكون قابلاً للتنفيذ بسبب بعض القواعد القانونية الأخرى، مثل اشتراط أن يتم العقد كتابةً وهو غير مكتوب، فيقال إنه غير قابل للتنفيذ، مثال آخر على عقد غير قابل للتنفيذ هو عقد ساري المفعول يُمنع تنفيذه بموجب قانون التقادم المعمول به.

٢- العقود الباطلة:

العقود الباطلة هي اتفاقيات لا تنشئ أي التزامات قانونية ولن يتم منح تعويض عنها، وذلك لمخالفتها للنظام العام أو الآداب العامة في الدولة، مثل عقود ارتكاب الجرائم، مثل عقود "الضرب"، هي أمثلة كلاسيكية للعقود الباطلة^(٦).

⁵General Usage for International Digitally Ensured Commerce (GUIDEC) Version II, International Chamber of Commerce (ICC).

^(٦) بلال أمين زين الدين، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية، دار الفكر العربي، سنة ٢٠١٢. ص ١٦٥.

٣- العقود التي لا يمكن إبطالها:

العقود التي لا يمكن إبطالها هي تلك العقود التي يحق فيها للأطراف المتضررة إلغاء التزاماتهم بموجب العقد. على سبيل المثال، العقد الناجم عن الاحتيال أو الإكراه لاغي (قابل للإلغاء) من ناحية الطرف المتضرر. السمة المهمة للعقد الذي لا يمكن إلغاؤه هو أن للطرف المتضرر الحق في إلغاء العقد إذا اختار ذلك. هذا الحق يعود إلى المتضرر فقط، وإذا لم يتم بإلغاء العقد، فيمكن لأي طرف تنفيذه.

رابعاً- تقسيم العقود من حيث قيمة الالتزام:

١- عقود محددة:

وهو العقد الذي يقف فيه كل من المتعاقدين على انعقاده ومقدار غنمه من العقد المبرم

٢- العقود الاحتمالية:

وهو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين الوقوف على وقت انعقاده ومقدار غنمه وغرمه من العقد المبرم لأنه لا يمكن تحديد ذلك إلا في المستقبل كعقد اليانصيب وعقود التأمين.

خامساً- تقسيم العقود من حيث البساطة:

١- العقد البسيط:

هو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجاً من عقود متعددة، وقد يكون العقد البسيط عقداً مسمى كالبيع والإيجار كما يكون عقداً غير مسمى كالعقد الذي توضع بمقتضاه مهمات تحت تصرف وزارة التعليم.

٢- العقد المختلط:

هو ما كان مزيجاً من عقود متعددة اختلطت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً، مثل ذلك العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن وبيع بالنسبة إلى المأكل، وعمل بالنسبة إلى الخدمة، ووديعة بالنسبة إلى الامتعة. وليس هناك من أهمية كبيرة في امتزاج عدة عقود في عقد مختلط. فإن هذا العقد إنما تنطبق عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها. على أنه قد يكون من المفيد

في بعض الاحيان ان يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ذلك إذا تنافرت الاحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي يتكون منها. ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي.

ب) مصادر القانون الذي يحكم العقود التجارية:

إن العقود شأنها شأن أي منظومة قانونية تحكمها قوانين تنظم شئونها، وعلية فإن للعقود مصادر يتم الرجوع إليها في تنظيم العقود قانوناً.

ففي القانون المصري توجد عدة مصادر يلجا إليها في تنظيم العقود، وهي تلك المصادر التي يتعين على القاضي، حينما يعرض عليه نزاع، الرجوع إليها لتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وهي كالتالي:-

أولاً- اتفاقات المتعاقدين:

رأى المشرع المصري أن اتفاقات المتعاقدين، هي المصدر الأول للقانون التجاري، باعتبار أن هذه الاتفاقات هي نتاج الارادات الخاصة بأطراف العلاقة التجارية، حيث تلاقت إرادتهم على إبرام العقد تطبيقاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وهو مباينته المادة الثانية من القانون التجاري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م^(٧).

ومعنى ذلك أنه إذا عرض على القاضي نزاع تجاري، فإن أول ما يتعين الرجوع إليه هو نصوص الاتفاق أو العقد الذي تولد عنه النزاع المعنى، ليستخلص منها مضمون ما توصل إليه الأطراف، بيد أن المشرع قيد هذه الاتفاقات بضرورة المحافظة على النظام العام المصري، أو قاعدة أمره في القانون التجاري، كالقواعد التي تتعلق بشهر إفلاس التاجر.

ثانياً- التشريع التجاري:

ويعد التشريع التجاري المصدر الثاني من مصادر القانون التجاري، ويأتي في مقدمته التشريع التجاري القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وهو يعتبر المصدر الجوهري

^(٧) دكتور/خليل فيكتور تادرس، المبادئ العامة للأعمال التجارية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٤ ص ١٢.

والأساسي الذي يستقى منه الأحكام الخاصة بالمعاملات التجارية، وخاصة العقود التجارية.

ثالثاً- العرف والعادات التجارية:

ويتمثل العرف التجاري في القواعد التي جرى التاجر على إتباعها في تنظيم معاملاته التجارية، وتواترهم على إتباعها اعتقاداً منهم بإلزاميتها، حتى استقرت هذه القواعد وأصبحت من الواجب احترامها، وقد لعبت هذه الأعراف التجارية دوراً هاماً في تنظيم بنود العقود التجارية، مثل عقود النقل، وعقود بيع البضائع.

وأما العادات التجارية، فهي قواعد تواتر التجار على إتباعها وانتظام ولكنها تفتقد لعنصر الإلزام، فأساس العادة هو الاتفاق بين أفراد التعاقد، ويشترط المشرع المصري بشأن الأعراف والعادات التجارية، أنه لا يجوز تطبيق الأعراف والعادات التجارية متى تعارضت مع النظام العام المصري.

رابعاً- القانون المدني:

لا يطبق القانون المدني إلا في حالة عدم توافر أي مصدر من المصادر الثلاثة السابقة، فإذا وجد نص في القانون التجاري يحكم المسألة محل النزاع وجب تطبيقه حتى ولو كان هناك نص يحكم النزاع في القانون المدني، فانصت الخاص يقيد النص العام، بغض النظر عن تاريخ صدور النصين^(٨).

ولو أخذنا مثلاً آخر كالولايات المتحدة الأمريكية نجد أن مصادر القانون التي تحكم العقود بها تتمثل فيما يلي:

هناك مجموعتان من القوانين، (المادة ٢) من القانون التجاري الموحد و(القانون العام للعقود)، التي تحكم العقود اليوم. القانون التجاري الموحد، أو القانون العام للعقود هو قانون تضعه المحاكم، مثله مثل جميع قوانين المحاكم، في حالة تطور مستمر. ويمكن أن نجمل تلك المصادر فيم يلي:

^(٨) مرجع سابق. دكتور/ خليل فيكتور تادرس، المبادئ العامة للأعمال التجارية.

١- القانون التجاري الموحد:

تم إنشاء "UCC" القانون التجاري الموحد من قبل معهد القانون الأمريكي والمؤتمر الوطني للمفوضين حول قوانين الدولة الموحدة، ولقد تبنتها جميع الولايات باستثناء ولاية لويزيانا، التي اعتمدت جزءًا فقط من المدونة، كان لدى واضعي المدونة عدة أغراض في الاعتبار، كان أكثرها وضوحًا هو وضع مجموعة موحدة من القواعد لتنظيم المعاملات التجارية، والتي تتم غالبًا عبر حدود الولايات.

بالإضافة إلى تعزيز التوحيد، سعى واضعو المدونة إلى إنشاء مجموعة من القواعد التي من شأنها أن تحل بشكل واقعي وعادل المشاكل الشائعة التي تحدث في المعاملات التجارية اليومية، وأخيرًا حاول القائمون على الصياغة صياغة قواعد من شأنها تعزيز التعامل العادل والمعايير الأعلى في السوق.

تحتوي UCC على تسعة مقالات، تمت مناقشة معظمها بالتفصيل في الأجزاء ٤ و٦ و٧ من هذا الكتاب، وإن أهم مقال في المدونة لأغراضنا الحالية هو المادة ٢، التي تتناول بيع البضائع.

لقد تغيرت UCC وهي في طور التغيير المستمر استجابة للتغيرات في التكنولوجيا والمعاملات التجارية. في بعض الحالات، كان يُعتقد أن إنشاء مجموعات جديدة من القانون الموحد ضروري لتنظيم المعاملات التعاقدية التي تشبه بيع البضائع ولكنها تختلف في نواحٍ كبيرة عن بيع البضائع.

٢- تطبيق المادة (٢) من القانون التجاري الموحد:

تتطبق المادة ٢ صراحةً فقط على عقود بيع البضائع [٢-١٠٢] (تشير الأرقام الموجودة بين قوسين إلى أقسام معينة من الكود). يتمثل جوهر تعريف البضائع في قانون يونيون كاربايد [1-105] (UCC) في أن البضائع هي ملكية شخصية منقولة وملموسة. لذلك، فإن عقود بيع أشياء مثل السيارات والكتب والأجهزة والملابس مشمولة بالمادة ٢.

٣- تطبيق القانون الموحد للعقود:

تنطبق المادة ٢ من قانون يونيون كاريبايد على عقود بيع البضائع، لكنها لا تنطبق على عقود بيع العقارات أو الأصول غير الملموسة مثل الأسهم والسندات، لأن هذه الأنواع من الممتلكات لا تشكل سلعة، كما أن المادة ٢ لا تنطبق أيضا على عقود الخدمة. تخضع عقود بيع العقارات والخدمات والأصول غير الملموسة لقانون العقود العام.

٤- القانون المنظم للعقود "الهيينة":

تتضمن العديد من العقود مزيجا من كلٍ من السلع والمحتويات. وتحدد المحاكم عادة ما إذا كانت المادة (٢) تنطبق على مثل هذه السلع أو الخدمات التي تسود العقد. على سبيل المثال، هل الغرض الرئيسي أو الاتجاه الرئيسي للاتفاقية هو تقديم خدمة، أم هو بيع البضائع، مع كون أي خدمات متضمنة مجرد عرضية لذلك البيع؟ هذا يعني أن العقود التي تتطلب خدمات تتضمن عناصر مهمة من المهارة الشخصية أو الحكم بالإضافة إلى السلع ربما لا تحكمها المادة (٢).

المطلب الثالث

ضوابط تكوين العقود

أولاً- العرض والطلب:

العرض هو الخطوة الأولى المهمة للغاية في عملية تشكيل العقد، يقول العارض، في الواقع، "هذا هو-إذا وافقت على هذه الشروط، فلدينا عقد". يمنح الشخص الذي يقدم عرضًا (العارض) الشخص الذي تقدم له العرض (المعروض عليه) سلطة إلزامها بالعقد بمجرد قبول العرض.

وتبحث المحاكم عن ثلاثة متطلبات، في التعاقد وهي كالتالي:

(أ) يبحثون عن مؤشر موضوعي لنية حالية للتعاقد من جانب مقدم العرض.

(ب) يبحثون عن الخصوصية أو الوضوح في شروط العرض المزعوم.

(ج) يتطلعون لمعرفة ما إذا كان العرض المزعوم قد تم إبلاغه إلى المعروض عليه.

ثانياً- نية التعاقد:

لكي يتم اعتبار العرض عرضاً، يجب على العارض توضيح النية الحالية للتعاقد، والنية الحالية تعني النية لدخول العقد عند القبول.

لكي يدل على أن مقدم العرض لا يمزح أو يساوم أو يراوغ، فمن المنطقي أن تكون النية من جانب مقدم العرض مطلوبة لعرض ما، وإلا فقد لا يلتزم الشخص غير الراغب بالعقد. ولكن ما هو المقصود بالنية؟ هل ينبغي للمحاكم أن تنتظر فيما يقصده العارض بالفعل في عقله (ذاتياً)؟ أم ينبغي الحكم على النية من خلال الانطباع الذي أعطاها لبقية العالم من خلال الكلمات والأفعال والظروف التي تشير بشكل موضوعي إلى تلك النية^(٩)؟

إن الرغبة في تلبية احتياجات السوق من خلال توفير نتائج متوقعة ومتسقة في حالات العقود تلمي على المحاكم التحول نحو نظرية موضوعية للعقود. وبحلول منتصف القرن التاسع عشر، كان النهج الموضوعي لتشكيل العقود، والذي يحكم على الاتفاق من خلال النظر في مظاهر النوايا، على أفعال معينة للأطراف، عادة ما تكون كلمات تصاحب وتمثل نية معروفة.

باتباع النظرية الموضوعية للعقود، إذن، سيتم الحكم على نية مقدم العرض من خلال معيار موضوعي- أي ما تدل عليه كلماته وأفعاله والظروف حول نيته، إذا كان هناك ما يبرر اعتقاد شخص عاقل على دراية بجميع الظروف بأن مقدم العرض ينوي التعاقد، فستجد المحكمة أن شرط القصد من العرض قد تم استيفائه حتى لو قال العارض نفسه إنه لا ينوي التعاقد.

عندما يقوم العارض بإيصال شروط العرض إلى المعروض عليه، فإنه يشير بشكل موضوعي إلى نية الالتزام بهذه الشروط. من ناحية أخرى، قد تكون حقيقة عدم إبلاغ العرض دليلاً على أن مقدم العرض لم يقرر بعد الدخول في اتفاقية ملزمة.

^{٩)} J. R. Maxeiner (2003) 'Standard terms contracting in the global electronic age: European alternatives', Yale Journal of International Law, 28 (1): 109-82, at p. 114.

ثالثاً- إلغاء العرض:

بعد أن تحدد المحكمة وجود ومحتوى العرض، يجب أن تحدد مدة العرض، هل كان العرض لا يزال قائماً عندما حاول المعارض عليه قبوله؟ إذا لم يكن الأمر كذلك، فلن يتم إنشاء أي عقد ويتم التعامل مع المعارض عليه على أنه قد قدم عرضاً يحق للمعارض الأصلي قبوله أو رفضه. ويرجع السبب في ذلك إلى أنه بمحاولة قبول عرض تم إنهاؤه، يشير المعارض عليه إلى نية حالية للتعاقد وفقاً لشروط العرض الأصلي على الرغم من أنه يفتقر إلى القدرة على إلزام المعارض بالعقد بسبب إنهاء العرض الأصلي. غالباً ما يُقال إن المعارض هو "سيد العرض".

هذا يعني أن المعارضين لديهم القدرة على التحديد لشروط والأحكام التي بموجبها ملزمون بالعقد، يجوز للمعارض تضمين شروط في العرض تحد من فعاليته، فقد تكون هذه شروطاً محددة، مثل "يجب أن تقبل بحلول ٥ كانون الأول (ديسمبر) ٢٠١٠" أو "هذا العرض صالح لمدة خمسة أيام" أو شروط عامة أكثر مثل "للقبول الفوري" أو "قبول التحويل البنكي الفوري" أو "عن طريق البريد العائد".

يمكن أن تثير لغة التقييد الزمني العامة في العرض مشاكل صعبة تتعلق بالترجمة للمحاكم التي تحاول تحديد ما إذا كان مقدم العرض قد وافق قبل إنهاء العرض. يمكن أن تتسبب لغة أكثر تحديداً، مثل "هذا العرض جيد لمدة خمسة أيام"، في حدوث مشكلات إذا لم يحدد العرض ما إذا كانت فترة الخمسة أيام تبدأ عند إرسال العرض أو عندما يستلمه مقدم العرض، فقد لا تتفق جميع المحاكم على مثل هذه الأسئلة، لذا يجب على المعارضين الحكماء أن يكونوا محددين قدر الإمكان في تحديد موعد إنهاء عروضهم، فالعروض التي لا توفر وقتاً محدداً للقبول صالحة لفترة معقولة، مما يشكل فترة زمنية معقولة يعتمد على الظروف المحيطة بالعرض. ويثور التساؤل ما هي المدة التي قد يعتقدها الشخص المعقولة في حالة الشخص المعارض عليه أنه يتعين عليها قبول العرض؟

فالعروض التي تتطوي على أشياء تخضع لتقلبات سريعة في القيمة، مثل الأسهم أو السندات أو عقود السلع الآجلة، لها مدة قصيرة جدًا. وينطبق الشيء نفسه على العروض التي تتطوي على سلع قد تفسد، مثل المنتجات الغذائية.

في القانون المصري، يعتبر الإلغاء العقوبة التي ينص عليها القانون عند فشل أحد أركان العقد (التقصير-الشكل في العقود الرسمية-المكان-السبب) أو شرط صحي (مدني-سلامة الإرادة) العقد الباطل هو عقد لا يستوفي مكونات وشروط العقد الصحيح بحيث لا يكون العقد صحيحًا فقط إذا تم إعداد عناصر الاجتماع من الموافقة والمكان والسبب والشكل، في حالة أن القانون أو الاتفاق يتطلب شكلاً محددًا من لقاء.

رابعاً- الموافقة على العرض:

القبول هو "دليل على الموافقة على شروط [العرض] التي يقدمها المعروض عليه بالطريقة التي يدعوها أو بتطلبها العرض".^(١٠) عند تحديد ما إذا كان مقدم العرض قد وافق على العرض وقام بإنشاء عقد، ستبحث المحكمة عن دليل على ثلاثة عوامل:

(١) نية المعروض عليه الدخول في العقد.

(٢) وافق المعروض عليه على الشروط التي اقترحها العارض.

(٣) أبلغ المعروض عليه قبوله للعارض.

عند تحديد ما إذا كان المعروض عليه قد قبل العرض، تبحث المحكمة عن نفس النية الحالية للتعاقد من جانب مقدم العرض الذي وجدته من جانب مقدم العرض. وكما هو الحال في النية لتقديم عرض، يتم الحكم على نية القبول من خلال معيار موضوعي. ويتمثل الاختلاف في أنه يجب على المعروض عليه أن يشير بشكل موضوعي إلى نية الحالية للتعاقد مع شروط العرض حتى ينتج العقد. بصفته رئيس العرض، يجوز للعارض أن يحدد بالتفصيل السلوك المطلوب من المعروض عليه لإلزامه بالعقد. إذا قام العارض بذلك، فيجب عليه في العادة الامتثال لجميع شروط العرض قبل أن ينتج العقد.

¹⁰⁾ General Usage for International Digitally Ensured Commerce (GUIDEC) Version II, International Chamber of Commerce (ICC). (2013).

المبحث الثاني

مفهوم العقود الإلكترونية

تمهيد وتقسيم:

إن تطور الحياة في شتى مناحيها طبع معاملات الناس فيما بينهم وبين بعضهم بهذا الطابع من السرعة والتعامل عبر الوسائط الإلكترونية، فبعد أن كانت العقود تتم بالطريقة التقليدية؛ جلوس المتعاقدين في مجلس واحد وتبادل الألفاظ الدالة على الإيجاب والقبول قولاً أو كتابةً، أصبح الناس يتعاملون بالتعاقد دون انتقال أحدهما إلى الآخر، بل عبر الوسائط الإلكترونية أو الهاتف أو الإنترنت أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة.

يتم إبرام العقود الإلكترونية دون حاجة إلى التواجد المادي للأطراف أي عدم وجود مجلس للعقد حقيقي بل افتراضي فقط، فهو بذلك يندرج ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول عبر شبكة الانترنت لذلك فهو فوري ومعاصر والعقد الإلكتروني تعتمد التجارة الإلكترونية كأساس لها ويرتبطان ارتباطاً وثيقاً، وعليه سوف نقوم في بحثنا هذا بدراسة العقد الإلكتروني من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني.

المطلب الثاني: أشكال العقود الإلكترونية.

المطلب الثالث: أطراف العقد الإلكتروني.

المطلب الأول

تعريف العقد الإلكتروني

العقود الإلكترونية هي العقود التي يتم إبرامها عبر شبكة الإنترنت، وهي تكتسب صفة الإلكترونية من الطريقة التي تبرم بها، فالعقد الإلكتروني ينشأ من تلاقى الإيجاب والقبول بطريقة سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، دون الحاجة إلى التقاء الأطراف المادي والتقاؤهم في مكان معين، أي انتفاء مجلس العقد الحقيقي، فمجلس العقد في العقود الإلكترونية مجلس افتراضي حكمي.

تشير غرفة التجارة الدولية إلى "التعاقد الإلكتروني" على أنه "العملية الآلية لإبرام العقود عبر أجهزة الكمبيوتر الخاصة بالأطراف، سواء كانت متصلة بالشبكة أو من خلال الرسائل الإلكترونية"، هذا التعريف عبارة عن دمج تفسرين منفصلين، أحدهما وارد في اتفاقية الأمم المتحدة لتعريف "الاتصالات الإلكترونية" والآخر مأخوذ من UETA و UCITA في الولايات المتحدة لتوفير "المعاملات الآلية"⁽¹¹⁾ "الاتصالات الإلكترونية" تعني "أي اتصال تقوم به الأطراف عن طريق رسائل البيانات"، في حين أن "المعاملات الآلية" تعني أي معاملة يتم إجراؤها أو تنفيذها، كلياً أو جزئياً، عن طريق الوسائل الإلكترونية أو السجلات الإلكترونية. بالإضافة إلى ذلك، ينشئ الاتصال الإلكتروني رابطاً بين الأغراض التي يمكن من أجلها استخدام الاتصالات الإلكترونية، ومفهوم "رسائل البيانات" الذي كان من المهم الاحتفاظ به. يعطي هذا المفهوم تعريفاً واسعاً للوسائل الإلكترونية للمعاملات ويجعلها متوافقة مع مجموعة واسعة من التقنيات التي يمكن تطويرها.

على سبيل المثال، يمكن اعتبار تشكيل بيع البضائع أو اتفاقيات تقديم الخدمة عبر أنظمة الحوسبة الموجهة نحو الخدمة بمثابة عملية تعاقد إلكتروني. يمكن أيضاً اعتبار توقيع اتفاقيات خدمات الحوسبة السحابية عبر الإنترنت فعلاً من أعمال التعاقد الإلكتروني¹².

لا يتغير شكل العقد لمجرد استخدام وسيط إلكتروني، ويتم إبرام العقود البسيطة التي لا تتطلب إجراء شكلي بشكل يومي، ويمكن بالطبع إبرام العقد الذي يمكن إبرامه شفويًا باستخدام البريد الإلكتروني وأشكال الاتصال الإلكتروني الأخرى. فهذا ليس بجديد حيث تم إبرام أول عقد إلكتروني، على الأرجح، في منتصف القرن التاسع عشر، عندما كان التلغراف أول استخدام تجاري، وكان لدى المحاكم صعوبة كبيرة في الاعتراف بتكوين

¹¹⁾ The US Uniform Electronic Transactions Act (UETA) 1999 and the US Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA) 1999

¹²⁾ For example, see *Brinkibon Ltd v Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft mbH* [1983] 2 AC 34, *Reese Bros Plastics Ltd v Hamon-Sobelco Aust. Pty Ltd* (1988) 5 BPR 11,106 and *Databank*

العقود بالوسائل الإلكترونية. ومع ذلك، كان التصور السائد في التسعينيات هو أن الأطراف التجارية لم تكن متأكدة من استخدام الوسائط الإلكترونية عندما يتعلق الأمر بالمتطلبات الشكلية مثل الكتابة والتوقيع والإنتاج والاحتفاظ.

يشمل عنوان الصكوك التشريعية الأسترالية التسعة وقانون نيوزيلندا الكلمات "المعاملات الإلكترونية". كلمة "عقد" لا تظهر في الكومنولث أو تشريعات نيوزيلندا، وفي جميع الولايات والأقاليم، تظهر فقط في المعنى الموسع لـ "المعاملات"، بما في ذلك "أي معاملة في طبيعة عقد أو اتفاق أو ترتيب آخر، وكذلك... أي معاملة ذات طبيعة غير تجارية. ومع ذلك، فإن "المعاملات" تشمل ضمناً الاتصالات والمستندات التعاقدية.

على الرغم من الغياب العام للإشارات إلى العقود، فإن قوانين المعاملات الإلكترونية تؤثر على العناصر الرئيسية للعقود، مثل توقيت ومكان الاتصالات، والسجلات والمستندات، والبنيات الأساسية للعرض والقبول.

وبالمثل، يتعامل قانون الأونسيترال النموذجي مع المفاهيم العامة التي تنطبق على "أي نوع من المعلومات في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق الأنشطة التجارية" بدلاً من قضايا العقود على وجه التحديد، ولكن يجب تفسيرها على نطاق واسع بحيث تغطي الأمور، الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية، سواء كانت تعاقدية أم لا،⁽¹³⁾ تهدف أحكامه إلى التأثير على تكوين العقد وأدائه. تنص المادة (٥) على ما يلي:

لا يجوز حرمان المعلومات من الأثر القانوني أو الصلاحية أو القابلية للتنفيذ فقط على أساس أنها في شكل رسالة بيانات.

¹³⁾ Footnote to Art. 1. The note expands the scope, stating, 'Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road

يتم تعريف "رسالة البيانات" على أنها: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية أو ما شابه ذلك، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية (EDI) أو البريد الإلكتروني أو البرقية أو التلكس أو النسخ عن بُعد."

يستخدم تعبير "رسالة البيانات" كمصطلح محايد من الناحية التكنولوجية. في التشريع الأسترالي والنيوزيلندي، فإن التعبير المستخدم هو "الاتصال الإلكتروني". والأصل هو حرية أطراف التعاقد في اختيار شكل التعبير عن إرادتهم. أي أن الأصل في العقود هو الرضائية، لذلك فإن وجود إرادتين متطابقتين، أي إيجاب معين وقبول مطابق له عن تراض صحيح يكفي لانعقاد العقود بصفة عامة، وينطبق ذلك بطبيعة الحال على العقد الإلكتروني، غير أن القانون قد يتطلب إفراف التراضي في شكل محدد، كأن يشترط أن يكون العقد مكتوب، عندئذ يكون التراضي غير كاف لانعقاد العقد وترتيب آثاره. وهو ما يثير التساؤل حول مدى إمكان استيفاء هذه الشكلية بنفس الطريقة التي يبرم بها العقد الإلكتروني أي استيفائها بدعائم ومحركات إلكترونية. التي تعبر عن الكتابة في صورتها الحديثة، أي الكتابة الإلكترونية.

وقد واجه المشرع المصري هذه المشكلة في قانون التوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤، من خلال تحديد مبدأ عام يتمثل في أن الكتابة المطلوبة كأحد أركان العقد يجب أن تتحقق بالكتابة الإلكترونية، كما نصت عليه المادة (١٥) من هذا القانون. بالنسبة للكتابة الإلكترونية وللمحررين الإلكترونيين، في نطاق التعاملات المدنية والتجارية والإدارية مع السلطة المقررة للكتابة والوثائق الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية التجارية، متى ومتى كانت الشروط تتحقق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفق الضوابط الفنية والفنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

المطلب الثاني أشكال العقود الإلكترونية

أولاً- البريد الإلكتروني:

بشكل عام، هناك طريقتان رئيسيتان يمكن من خلالهما إبرام العقود التجارية إلكترونياً. الطريقة الشائعة هي من خلال تبادل البريد الإلكتروني (البريد الإلكتروني). يمكن استخدام البريد الإلكتروني لتقديم عرض والإبلاغ عن قبول هذا العرض. يمكن إرسال البريد الإلكتروني الذي يحتوي على العرض أو القبول من خلال صندوق العارض (أو المعروف عليه)، المكافئ الرقمي لصندوق البريد، إلى الخادم، وموفر خدمة الإنترنت (ISP)، ثم إعادة توجيهه إلى صندوق الوارد الخاص بالعرض (مقدم العرض)/صندوق بريد، يبدو أن هناك إجماعاً واضحاً حول صلاحية الاتصالات عبر البريد الإلكتروني على المستوى الدولي⁽¹⁴⁾.

على سبيل المثال، في الولايات المتحدة، في قضية روزنفيلد ضد زيرنيك، اعترفت المحكمة العليا في نيويورك أيضاً بأن البريد الإلكتروني هو شكل صحيح من أشكال الاتصالات التي تقبل عرضاً، على الرغم من رفض المحكمة مطالبة المدعين بسبب فشل إدراج المصطلحات الأساسية في البريد الإلكتروني. في المملكة المتحدة، في قضية شركة (The Eastern Bernuth Lines Ltd ضد Bernuth Lines Ltd)، يعد البريد الإلكتروني نموذجاً صالحاً لإبلاغ القبول بغض النظر عن معاملته كبريد عشوائي من قبل النظام.

وفي سنغافورة، في قضية SM Integrated Trans ware Pte Ltd ضد Schenker Singapore (Pte) Ltd، وجدت محكمة سنغافورة العليا أن هناك اتفاق إيجار مبرم بين الطرفين عن طريق تبادل مراسلات البريد الإلكتروني، وفي جنوب إفريقيا، في قضية Jafta v. Ezemvelo KZN Wildlife، خلصت محكمة العمل في جنوب إفريقيا أيضاً إلى أن "الرسائل النصية القصيرة هي وسيلة اتصال فعالة مثل البريد الإلكتروني أو المستند المكتوب.

¹⁴) Rosenfeld v. Zerneck, 4 Misc.3d 193, 776 N.Y.S.2d 458 (Sup. Ct. Kings Co., NY, May 4, 2004).

ثانياً- عقود (webweap) و (shrinkweap):

طريقة أخرى شائعة للتعاقد عبر الإنترنت باستخدام شبكة الويب العالمية تُعرف باسم التفاف الويب أو اتفاقية التفاف النقر. في العادة، يقدم البائع عرضاً للمنتجات على موقعه على الويب ويوضح تكلفة هذه المنتجات، ويمكن للعميل التمرير من خلال الموقع الإلكتروني معاينة العناصر أو المنتجات المعروضة، انقر على عنصر للحصول على مزيد من المعلومات، وإذا كانت مهمة في شراء، يمكن أن تضع طلبية من خلال النقر على 'إرسال'، 'قبول' أو شيئاً من هذا القبيل.

يشبه تكوين عقد Web-wrap نقل البضائع إلى أمين الصندوق في متجر، باستثناء أن أمين الصندوق سيكون وكيلاً إلكترونياً (مثل جهاز كمبيوتر أو جهاز إلكتروني آخر) بدلاً من شخص، وفي العقود أو الاتفاقيات المعروضة على موقع الويب والتي تتطلب من المستخدم النقر فوق زر لإظهار القبول هي بشكل عام غير قابلة للتفاوض، على الرغم من أنها من الناحية النظرية يجب أن توفر للمشتري فرصة لقراءتها وعرضها وتنزيلها بالكامل قبل قبولها.

ويمكن للظروف أن تثير مسألة كيفية عرض الشروط والأحكام التي يمكن أن تشكل موافقة مستتيرة للمشتري وما إذا كانت هناك موافقة متبادلة حقاً من قبل الطرفين على شروط الاتفاقية، فمن الناحية العملية، فإن معظم بائعي التجزئة عبر الإنترنت، مثل أمازون، لديهم إجراءات تجمع بين إشعار البريد الإلكتروني بعد إجراء التفاف النقر من أجل تعزيز صلاحية اتفاقية التفاف النقر⁽¹⁵⁾.

وعلى سبيل المثال، عندما يختار العميل منتجاً، ويدخل الكمية، ويختار طريقة التسليم، وينقر فوق ارتباط تشعبي إلى "شروط الاستخدام/ شروط البيع" ثم ينقر أخيراً فوق الزر "وضع الطلب" لإجراء الدفع لشراء منتج من منصة أمازون عبر الإنترنت، سترسل أمازون للعميل إيصال مؤكد عبر البريد الإلكتروني لطلبه/ طلبها ويحتوي على تفاصيل هذا الطلب ("البريد الإلكتروني لتأكيد الطلب"). يعد البريد الإلكتروني لتأكيد الطلب،

¹⁵) Rosenfeld v. Zerneck, 4 Misc.3d 193, 776 N.Y.S.2d 458 (Sup. Ct. Kings Co., NY, May 4, 2004).

الذي يحدد المنتجات المحددة والسعر وعنوان التسليم وتاريخ التسليم التقديري مع الشروط والأحكام، إقرارًا بأن أمازون قد استلمت طلب العميل، لكنه لا يوافق على قبول عرض العميل لشراء المنتج (ق) أمر، وسوف سترسل أمازون لاحقًا إلى المستهلك بريدًا إلكترونيًا آخر (يطلق عليه "البريد الإلكتروني لإرسال الرسالة") والذي يؤكد قبول عرض العميل ويبلغ عن إرسال المنتج المطلوب مع تاريخ التسليم المقدر. ثم يبرم عقد البيع لمنتج طلبه العميل. يساعد نشر مثل هذه الإجراءات على ضمان منح العملاء فرصة لمراجعة ومراجعة طلباتهم وطباعة نسخة ورقية أو بتنسيق PDF من الشروط والأحكام. الطريقة الثانية لتكوين عقد إلكتروني هي الموافقة على اتفاقية (shrink-wrap) تشير اتفاقية shrink-wrap عادةً إلى عقد منتج برنامج، يتم استخدامه بشكل شائع في اتفاقية ترخيص البرنامج، عادةً ما تكون البنود والشروط الواردة في اتفاقية shrink-wrap غير مرئية حتى يبدأ المستخدمون في تثبيت البرنامج. بمعنى آخر، ستكون شروط وأحكام العقد متاحة للمراجعة فقط بعد أن يدفع المشتري مقابل المنتج.

وحيالًا، لا توجد آراء قضائية متسقة في العالم حول ما إذا كانت شروط وأحكام اتفاقية shrink-wrap غير المتوفرة قبل إبرام عقد البيع يجب أن تكون صالحة وقابلة للتنفيذ، على الرغم من أنه يبدو أن المحاكم كانت تميل أكثر نحو الاعتراف بشروط shrink-wrap دون الإفصاح المسبق كما هو الحال في قضية ProCD ، ضد Seidenberg وفي الولايات المتحدة، ينص قانون معاملات معلومات الكمبيوتر الموحد (UCITA) على أنه إذا لم يكن لدى المشتري فرصة لمراجعة الشروط قبل أن يدفع، يمكن إعادة المنتج إلى التاجر، ومع ذلك، لا يتم اعتماد UCITA على نطاق واسع في الولايات المتحدة.

في الاتحاد الأوروبي، هناك أيضًا اتجاه لمتطلبات الإفصاح عن البنود والشروط قبل إبرام أي اتفاقية مع المستهلكين وفقًا لتوجيهات الاتحاد الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية، وتوجيه الاتحاد الأوروبي عن بُعد للبيع، بشأن حقوق المستهلك في ٢٠١٤ وتوجيهات الممارسات التجارية غير العادلة. في ممارسة التجارة الإلكترونية، يُنصح بأن يقوم بائع منتجات البرامج بتوفير الشروط والأحكام للمشتري لمراجعتها قبل تقديم الطلب

من خلال عرضها في الشروط على موقع الويب أو توفير ارتباط تشعبي إلى المصطلحات التي يمكن تنزيلها على وسيط دائم للرجوع إليها لاحقاً.

مهما كان شكل التعاقد الإلكتروني، فإن الثقة هي العنصر الأساسي لتعزيز المعاملات. في عملية التجارة الإلكترونية، قد لا تكون الأطراف قد اجتمعت، أو بسبب السرعة السريعة للمعاملات عبر الإنترنت، قد لا تتاح للأطراف فرصة قراءة شروط وأحكام العقود بدقة، فهناك حاجة إلى إنشاء مستوى معين من الثقة، والذي سيؤدي في المقابل إلى بناء ثقة المستخدمين في إبرام العقود الإلكترونية.

قد يكون من الممكن تقديم نموذج من "Trustmark" للعقود، بحيث يمكن للمزود الموافقة على عقوده من قبل طرف ثالث مستقل يمكنه بعد ذلك إثبات وجود حماية كافية للعميل (والمزود). ومع ذلك، هناك نوعان من القيود الهامة مع هذا النهج، يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: يضع حاجزاً كبيراً أمام الأفراد الراغبين في تقديم الخدمات، حيث سيحتاجون إلى صياغة عقد مناسب والتحقق من صحته، قد يكون الحل المحتمل لذلك هو استخدام وسيط أو خدمة وكيل لها عقود نموذجية يمكن اعتمادها) على غرار البائعين الذين يتبنون بيان الخصوصية والممارسات وسياسات البيع والشراء للمواقع مثل eBay والتي بدورها معتمدة من قبل المنظمات مثل (TRUSTe) ، ولكن من غير المحتمل أن تكون هذه العقود النموذجية واسعة بما يكفي لتكون عملية ومفصلة بما يكفي لتوفير الحماية المناسبة.

ثانياً: والأهم من ذلك، أن مثل هذه العقود ستكون غير مرنة، وتتطلب موافقة الطرف الثالث المستقل، ومن المستحيل تحديثها بسرعة استجابة لظروف التشغيل، سيؤدي ذلك إلى تعريض ميزة المرونة في الحوسبة الموجهة نحو الخدمة إلى الخطر، حيث يمكن اختيار الشروط التعاقدية للخدمات والتأكد منها في وقت التشغيل وفقاً لتفضيلات المستخدم والوضع الحالي.

وقد بذلت جهود لإزالة عدم اليقين القانوني في التعاقد عبر الإنترنت على المستوى الدولي والإقليمي والوطني، وعلى المستوى الدولي، يستخدم كل من قانون الأونسيترال

النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية واتفاقية الأمم المتحدة "تهج المكافئ الوظيفي" بهدف تحديد كيفية تحقيق أغراض أو وظائف المستندات الورقية من خلال تقنيات التجارة الإلكترونية.

ينص القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (الأونسيترال)^(١٦) على أنه يمكن التعبير عن العرض وقبوله عن طريق رسائل البيانات، عند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يجوز إنكار صلاحية هذا العقد أو قابليته للتنفيذ لمجرد أن رسالة البيانات قد تم استخدامها لهذا الغرض، وفي الاتحاد الأوروبي، توجيه المفوضية الأوروبية بشأن التجارة الإلكترونية - تنص على ثلاثة أحكام بشأن العقود الإلكترونية، وأهمها التزام الدول الأعضاء بضمان أن نظامها القانوني يسمح بإبرام العقود إلكترونياً. يمكن العثور عليها في المادة ٩ (١)، والتي تتطلب في الواقع من الدول الأعضاء فحص تشريعاتها الوطنية لإزالة الأحكام التي قد تعيق الإبرام الإلكتروني للعقود.

أدخلت العديد من الدول الأعضاء في تشريعاتها حكماً أفقياً ينص على أن العقود المبرمة بوسائل إلكترونية لها نفس الصلاحية القانونية للعقود المبرمة بوسائل "تقليدية" أكثر. على وجه الخصوص، فيما يتعلق بمتطلبات القانون الوطني التي يجب بموجبها إبرام العقود "كتابياً"، تنص تشريعات التحويل الخاصة بالدول الأعضاء بوضوح على أن العقود الإلكترونية تفي بهذا الشرط. في الصين، اعتمد المجلس الوطني لنواب الشعب قانون العقود الجديد، التي اعترفت بالتعاقد الإلكتروني في مارس ١٩٩٩.

يطبق قانون العقود الصيني الجديد العديد من التغييرات في قواعد تكوين العقود. فعلى سبيل المثال، يمكن الآن إبرام العقد بأي طريقة، بموجب قانون العقود الصيني، تشمل الكتابات الاتفاقية والرسائل والبرقيات والتلكس والفاكس ومعلومات البيانات الإلكترونية والبريد الإلكتروني.

¹⁶⁾ The UN Convention 2005, Article 9.

المطلب الثالث

أطراف العقد الإلكتروني

من إذن الأطراف المتعاقدة؟ هل هم البائع "أ" أم المشتري "ب" أم أجهزة الكمبيوتر الخاصة بالمشتري "أ" و"ب"؟ لا يوجد حكم محدد يحدد جميع الأطراف المحتملة في الاتصال الإلكتروني وإسنادهم بموجب اتفاقية الأمم المتحدة، على الرغم من وجود أحكام ذات صلة قد توفر بعض الفهم للأطراف المشاركة في الاتصال الإلكتروني.

على سبيل المثال، تحدد المادة ١ من اتفاقية الأمم المتحدة النطاق الذي ينطبق على "الأطراف التي تقع أماكن عملها في دول مختلفة"، ولكن "لا جنسية الأطراف ولا الطابع المدني أو التجاري للأطراف أو العقد"، علاوة على ذلك، تنص المادة ٤ (١) من اتفاقية الأمم المتحدة على تعريف "المنشئ" و"المرسل إليه" للاتصال الإلكتروني. تحدد المادة ٤ (د) "المنشئ" على أنه "طرف تم إرسال أو إنشاء الخطاب الإلكتروني من قبله أو نيابة عنه قبل التخزين، إن وجد؛ لا تشمل أي طرف يعمل كوسيط فيما يتعلق بذلك الاتصال الإلكتروني"^(١٧).

تحدد المادة ٤ (هـ) "المرسل إليه" على أنه "طرف يقصده المنشئ لتلقي الاتصال الإلكتروني، ولكنها لا تشمل طرفاً يتصرف كوسيط فيما يتعلق بذلك الاتصال الإلكتروني"، من الجدير بالذكر أنه في السياق الإلكتروني، تنشأ إحدى المشكلات الصعبة عندما يدعي أحد الأطراف أنه غير مسؤول عن معاملة مكتملة باسمه في شكل إلكتروني، ولا سيما في استخدام الأجهزة الروبوتية واستخدام التوقيعات الإلكترونية دليل على الإذن.

مع تقدم أنظمة المعاملات الآلية والأجهزة الرقمية، يمكن أن تكون ظروف تحديد الطرف المسؤول أكثر تعقيداً، على سبيل المثال، التطور الأخير لتكنولوجيا اتصالات

¹⁷⁾ F. Wang and N. Griffiths (2010) 'Protecting privacy in automated transaction systems: a legal and technological perspective in the EU', International Review of Law, Computers and Technology, 24 (2): 153–62, at p. 159.

تسمى "التشبع" يتيح للناس إحساسًا حقيقيًا بوجودهم جسديًا في مكان آخر مع أشخاص آخرين دون السفر "فعلياً".

يتطابق منطق هذه التكنولوجيا مع منطق الحوسبة الموجهة للخدمة من حيث أن نظام الحوسبة الذي يعمل كوكيل يتخذ قرارًا أو يجري معاملة، الفرق هو أن هناك إنسانًا آليًا يقدم جسديًا كعامل في تقنية الإشعاع، وإذا كان الروبوت المضمن مع تقنية الإرسال (المعروف باسم الوكيل) متورطاً في توقيع عقد بيع وتسليم البضائع، فهل سيكون الطرف الذي يتحكم في الروبوت أو الطرف الذي يبرمج هذا الروبوت مسؤولاً عن الخطأ في عقد عندما يحدث؟ وبالتالي هناك حاجة إلى معايير يمكن استخدامها لتحديد وتحديد الأطراف المسؤولة عن الاتصال الإلكتروني، في أنظمة المعاملات الآلية⁽¹⁸⁾.

في السيناريو، إذا كان "أ" و"ب" يتعاقدان في دولتين مختلفتين ("ولكن ليس من الضروري أن تكون كلتا الدولتين دولتين متعاقدتين في اتفاقية الأمم المتحدة")، فإن "أ" و"ب" سيكونان أطرافًا متعاقدة بموجب نطاق اتفاقية الأمم المتحدة لا يمكن اعتبار كمبيوتر المشتري "ب" طرفًا متعاقدًا بل مجرد جهاز. إذا كان جهاز الكمبيوتر الخاص بالمشتري "ب" مضمناً مع برنامج الحوسبة الموجهة نحو الخدمة والذي يعمل نيابة عن المشتري يُجري معاملات آلية وفقاً لتفضيلات البرنامج، فيمكن اعتبار هذا الجهاز وكيلاً لشخص طبيعي أو اعتباري⁽¹⁹⁾.

لكي يكون العقد ساري المفعول في القانون، يجب على الوكيل الإلكتروني أن يشير إلى نيته في الرغبة في الالتزام بالعقد. إذن في السيناريو أعلاه، كيف سيكون من الممكن التأكد من أن الطرفين المشتري B والبائع A هما حقاً من يدعيان أنهما؟ تُستخدم كلمة "الأطراف" في اتفاقية الأمم المتحدة، والتي يجب أن تشمل كلاً من الأشخاص الطبيعيين والكيانات القانونية. تختلف طريقة تحديد أطراف التعاقد عبر

¹⁸⁾ Contract Law of People's Republic of China, adopted and promulgated by the second session of the Ninth National People's Congress on 15 March 1999.

¹⁹⁾ M. Winn (2005) *Electronic Commerce*, 2nd edn (New York: Aspen), p. 293.

الإنترنت عن طريقة الحساب. في بيئة الإنترنت، قد لا تعرف الأطراف وتلتقي ببعضها البعض ولا يوجد توقيع مكتوب في عقدهم الإلكتروني.

أدى الاستخدام المتزايد لتقنيات المصادقة الإلكترونية كبداية للتوقيعات المكتوبة بخط اليد وغيرها من إجراءات المصادقة التقليدية إلى خلق حاجة إلى إطار قانوني محدد لتقليل عدم اليقين بشأن الأثر القانوني الذي قد ينجم عن استخدام مثل هذه التقنيات الحديثة، وبالتحديد التوقيعات الإلكترونية، لا تحاول اتفاقية الأمم المتحدة تحديد تقنيات معينة مكافئة لوظائف معينة للتوقيعات المكتوبة بخط اليد. وبدلاً من ذلك، فإنه يضع الشروط العامة التي بموجبها يمكن اعتبار الاتصالات الإلكترونية موثقة بمصادقة كافية وتكون قابلة للإنفاذ في مواجهة متطلبات التوقيع⁽²⁰⁾.

في الوقت نفسه، لا تجبر اتفاقية الأمم المتحدة الأطراف على قبول الاتصالات الإلكترونية، حيث يكون للأطراف الحرية في تقرير استخدام التوقيعات الإلكترونية أم لا، يعتبر مفهوم "استقلالية الأطراف" أمراً محورياً لاتفاقية الأمم المتحدة، حيث تسمح المادة (3) للأطراف باستبعاد تطبيق الاتفاقية ككل أو فقط التنصل من أي من أحكامها أو تغيير تأثيرها، يتوافق هذا المبدأ المهم في المفاوضات التعاقدية بموجب اتفاقية الأمم المتحدة مع وجهة نظر الأونسيترال، وبالتالي لا ينبغي إجبار أي طرف على استخدام الوسائل الإلكترونية في تكوين العقود فيما يتعلق بالعروض والقبول.

التفسير المقدم هو أن أحد الأطراف قد يفتقر إلى الوصول إلى الاتصالات الإلكترونية أو المعرفة لاستخدامها أو بسبب مشاكل الاستلام أو المصادقة. ومع ذلك، فإن استقلالية الأطراف لا تسمح للأطراف بتخفيف المتطلبات القانونية للتوقيعات لصالح أساليب المصادقة التي توفر درجة أقل من الموثوقية من التوقيعات الإلكترونية، وهو الحد الأدنى من المعايير المعترف بها في اتفاقية الأمم المتحدة.

²⁰⁾ R. Purdy, Deliverable D7.2: Scoping Report on the Legal Impacts of BEAMING Technologies, EU FP7 Networked Media and 3D Internet-248620, 20 July 2011, pp. 6 and 13.

على سبيل المثال، تهدف المادة ٩ (٣) من اتفاقية الأمم المتحدة إلى إزالة العوائق التي تحول دون استخدام التوقيعات الإلكترونية ولا تؤثر على المتطلبات الأخرى لصحة الاتصال الإلكتروني الذي يتعلق به التوقيع الإلكتروني. وفقاً للمادة ٩ (٣) (أ) من اتفاقية الأمم المتحدة، يجب أن يكون التوقيع الإلكتروني قادراً على تحديد هوية الموقع والإشارة إلى نية الموقع فيما يتعلق بالمعلومات الواردة في الاتصال الإلكتروني. وتتص المادة ٩ (٣) (ب) كذلك على نهج من مستوى الأمن الذي يتعين تحقيقه من خلال طريقة التعريف المستخدمة بموجب المادة ٩ (٣) (أ). يجب أن تكون الطريقة المستخدمة بموجب المادة ٩ (٣) (أ) موثوقة بقدر ما هو مناسب للغرض الذي من أجله يتم إنشاء الاتصال الإلكتروني أو الاتصال به، في ضوء جميع الظروف، بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة.

هناك نوعان من الشواغل فيما يتعلق بالمادة ٩ (٣) يمكن إجمالها فيما يلي:
 أولاً: هل من الضروري طلب موافقة الموقع على المعلومات الواردة في الخطاب الإلكتروني، وليس مجرد الإشارة إلى نية الطرف؟ هل مفهوم "التوقيع" يعني بالضرورة موافقة الطرف على محتوى الاتصال بالكامل الذي يرفق به التوقيع؟
 ثانياً: كيف يمكن للمرء أن يقرر أن التوقيع "موثوق به بالقدر المناسب"؟ ما هو "اختبار الموثوقية"؟ ومع ذلك، فإن هذين العائقين مرتبطان ارتباطاً مباشراً بتنفيذ التوقيع الإلكتروني والمصادقة، في الولايات المتحدة والاتحاد الأوروبي والصين، هناك أسباب مماثلة لتحديد الأطراف المتعاقدة عبر الإنترنت لأنها توفر قواعد بشأن متطلبات الهوية للتوقيعات الإلكترونية الصالحة^(٢١).

هناك أيضاً اختلافات بينهم. ففي الولايات المتحدة، لا يوفر قانون التجارة الإلكتروني الموحد تعريفاً للأطراف ولكن وكيلاً إلكترونياً، مثل برنامج كمبيوتر أو وسائل آلية أخرى يستخدمها شخص ما، يكون هذا الشخص مسؤولاً عن النتائج التي تم الحصول عليها باستخدام تلك الأداة، وهذا أيضاً ما تنص الملاحظة التفسيرية في القسم ٩ تطبقها في

²¹⁾ A/CN.9/527, Report of the Working Group IV (Electronic Commerce) on the work of its fortieth session (Vienna, 14–18 October 2002), para. 108 (hereafter, 'A/CN.9/527').

البيئة الإلكترونية^(٢٢). تشمل إجراءات الشخص الإجراءات التي يتخذها الوكلاء البشريون للشخص، بالإضافة إلى الإجراءات التي يتخذها الوكيل الإلكتروني، أي أداة الشخص، القانون التجاري الموحد (UCC) يؤكد أيضًا أن "عقد بيع البضائع قد أن تكون كافية بأي شكل من الأشكال لإظهار الموافقة، بما في ذلك العرض والقبول، والسلوك من قبل كلا الطرفين الذي يعترف بوجود عقد، وتفاعل الوكلاء الإلكترونيين، والتفاعل بين وكيل إلكتروني وفرد".

في الصين، ينص قانون التوقيعات الإلكترونية في الصين صراحةً على أن الشخص الذي يقدم خدمة التصديق الإلكتروني سيكون مسؤولاً عن الخدمة التي تصدر شهادة مصادقة رقمية، على الرغم من أن الشهادة الرقمية يمكن أن يتم إبرامها من قبل شخص طبيعي ونظام تصديق آلي. في الاتحاد الأوروبي، هناك مطلب إضافي يتعلق بالاعتراف بالأطراف المتعاقدة عبر الإنترنت في توجيه المفوضية الأوروبية بشأن التجارة الإلكترونية، وتحدد المادة ٦ (ب)^(٢٣) من توجيه المفوضية الأوروبية بشأن التجارة الإلكترونية متطلبات الشفافية التي يجب أن تكون الاتصالات التجارية قابلة للتحديد على هذا النحو، ويجب تحديد الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يتم إجراء الاتصال التجاري نيابة عنه.

المبحث الثالث

وقت ومكان إبرام العقد الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

للعقد الإلكتروني توقيتان لمعرفة الإيجاب والقبول لإتمام إبرام التعاقد الإلكتروني، وذلك لاختلاف الأسلوب التي يتم به إتمام التعاقد، عنه عن العقود العادية، لأن هذا العقد يتم عن بعد من خلال الوسائل الإلكترونية.

²²⁾ UETA, Section 2 and 14.

²³⁾ EC Directive on Electronic Commerce, Article 6(b).

ففي السيناريو، متى تم إبرام العقد الإلكتروني؟ هل كان ذلك في الوقت الذي أكمل فيه B نموذج الويب المطلوب، أو قام بالدفع عن طريق بطاقة الخصم، أو نقر على زر "أوافق" على البنود والشروط؟ هل يمكن أن يكون ذلك عندما تلقى "أمر" ب"أو عندما يعدل" الأخطاء؟ للإجابة على الأسئلة أعلاه، من الضروري فحص وقت تفكيك واستلام الاتصال الإلكتروني والقواعد المتعلقة بالعرض والقبول وأيضاً الخطأ في الاتصالات الإلكترونية. وعلية سوف نقوم بشرح ذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: وقت الإرسال.

المطلب الثاني: وقت الاستلام.

المطلب الثالث: مكان الإرسال والاستلام.

المطلب الأول

وقت الإرسال

تستخدم الأنظمة القانونية المختلفة معايير مختلفة لتحديد وقت إبرام العقد، فضلت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) ألا تحاول تقديم قاعدة بشأن وقت تكوين العقد قد تكون مخالفة لقواعد تكوين العقد للقانون المنطبق على أي عقد معين. اتفاقية التجارة الإلكترونية الأخيرة التي اعتمدها الأونسيترال-اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية (يشار إليها فيما يلي باسم "اتفاقية الأمم المتحدة")-تقدم إرشادات تسمح للتطبيق، في سياق التعاقد الإلكتروني، للمفاهيم المستخدمة تقليدياً في الاتفاقيات الدولية والقانون المحلي، مثل "إرسال" و"استلام" البلاغات. على الرغم من أنه يوفر بعض الصياغة المختلفة في هذه الأحكام عن تلك الموجودة في قوانين الأونسيترال النموذجية، فإنه لا يُقصد منه إنتاج نتيجة عملية مختلفة، بل بالأحرى [تهدف] إلى تسهيل عمل الاتفاقية في مختلف النظم القانونية، من خلال مواءمة صياغة القواعد ذات الصلة مع العناصر العامة لتعريف الإرسال والاستلام بموجب القانون المحلي.

تنص المادة ١٠ (١) من اتفاقية الأمم المتحدة على أن "وقت إرسال الخطاب الإلكتروني هو الوقت الذي يترك فيه نظام المعلومات تحت سيطرة المنشئ أو الطرف

الذي أرسله نيابة عن المنشئ^{٢٤}، بينما تنص المادة ١٥ (١) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، بما يتوافق مع قانون التوقيعات الإلكترونية في الاتحاد الأوروبي (UETA)، وقانون الصين للتوقيعات الإلكترونية، على التعريف التالي: "وقت إرسال الاتصال الإلكتروني هو الوقت الذي يدخل فيه نظام المعلومات (المعالجة) خارج سيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ"^(٢٤).

يوفر UETA كذلك شرحًا أكثر دقة لـ"نظام المعلومات"، أي أنه يمكن تعيين نظام المعلومات في مكان ما أو استخدامه بواسطة المستقبل، وتم اختيار تعريف "الإرسال" في اتفاقية الأمم المتحدة على أنه الوقت الذي يترك فيه الاتصال الإلكتروني نظام معلومات تحت سيطرة المنشئ، وهو يختلف عن الوقت الذي يدخل فيه نظام معلومات آخر، وذلك ليعكس الفكرة عن كذب "إرسال" في بيئة غير إلكترونية، إعادة تحديد وقت إرسال الاتصال الإلكتروني هو تغيير مرحب به وفي الوقت المناسب يعكس بشكل أفضل الحقائق في البيئة التكنولوجية اليوم.

في الاتحاد الأوروبي، فإن توجيهات المفوضية الأوروبية بشأن التجارة الإلكترونية، وتوجيهات البيع عن بعد للمفوضية الأوروبية (التي حلت محلها توجيهات المفوضية الأوروبية بشأن حقوق المستهلك في ٢٠١٤) وتوجيهات المفوضية الأوروبية بشأن التوقيعات الإلكترونية، صامتة جميعًا عند تحديد وقت العرض للحصول على الاتصالات الإلكترونية، مع الهدف العام المتمثل في تقديم "مزايا اقتصادية واجتماعية مستدامة من سوق رقمية موحدة تعتمد على الإنترنت السريع والفائق السرعة والتطبيقات القابلة للتشغيل البيئي"، تعمل المفوضية الأوروبية منذ عام ٢٠١٠ على جدول الأعمال الرقمي لأوروبا - مبادرة أوروبا ٢٠٢٠^(٢٥).

^{٢٤} عبد الحكيم زروق، تنظيم التبادل التجاري، تنظيم التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية عبر الإنترنت، منشورات دار الأورمان، الطبعة الأولى، الرباط، ٢٠١٦

^{٢٥} Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Electronic Identification and Trust Services for Electronic Transactions in the Internal Market, COM/2012/0238 final – 2012/0146 (COD), Brussels, 04.06.2012 (hereafter 'the Proposed Regulation for Electronic Transactions').

من أجل إزالة المزيد من الحواجز أمام التطور الرقمي في أوروبا وتعزيز الثقة في النقل الإلكتروني، اعتمدت المفوضية الأوروبية اقتراح تنظيم بشأن "التعريف الإلكتروني والخدمات الموثوقة للمعاملات الإلكترونية في السوق الداخلية" في ٤ يونيو ٢٠١٢ (يشار إليها فيما بعد باسم "اللائحة المقترحة للمعاملات الإلكترونية"). أدخلت اللائحة المقترحة للمعاملات الإلكترونية المفاهيم الجديدة لـ "الطابع الزمني الإلكتروني" (القسم ٥) و "خدمات التسليم الإلكتروني" (القسم ٧) فيما يتعلق بالأثر القانوني للبيانات المرسلة أو المستلمة باستخدام خدمة التسليم الإلكتروني التي تتأثر بتاريخ الإرسال والاستلام وأي تغيير في البيانات مشار إليه بختم زمني إلكتروني مؤكد. تم التأكيد على أن الطابع الزمني الإلكتروني يجب أن يكون مرتبطاً بدقة بالتوقيت العالمي المنسق (UTC) بطريقة تمنع أي احتمال لتغيير البيانات بشكل غير قابل للكشف". سيعزز الإطار التنظيمي المقترح للطابع الزمنية الإلكترونية وخدمات التسليم في الاتحاد الأوروبي نظرياً الاتساق واليقين القانوني لوقت إرسال واستلام الاتصال الإلكتروني إذا تم تبني التدابير التقنية المناسبة^(٢٦).

عند تطبيق قواعد اتفاقية الأمم المتحدة على السيناريو السابق، سيحدث وقت إرسال الاتصالات الإلكترونية عندما ينقر المشتري "ب" على زر "وافق" على البنود والشروط ويرسل طلبه إلى البائع "أ" مع نموذج الدفع عبر الويب المكتمل (أي إعطاء تفاصيل بطاقة الائتمان)، لأنه عند القيام بالإجراء، يترك نموذج الطلب مجال سيطرة المشتري "ب". إذا افترضنا اتخاذ تدابير تقنية بشأن الطابع الزمني الإلكتروني وخدمات التسليم الإلكتروني، فقد تعزز سجلاً دقيقاً ومنتسماً لوقت إرسال نموذج الطلب بغض النظر عن الفروق الزمنية بين البلدان المختلفة والإعدادات المختلفة للمناطق الزمنية في أجهزة الحوسبة المختلفة.

²⁶) J. Kotrusz (2009) 'Gap-filling of the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts', Uniform Law Review, 26 (1-2): 119-63, at p. 145; and see also the 45th Session UNCITRAL (New York, 25 June - 6 July 2012) endorsed the 2010 edition of the UNIDROIT Principles

المطلب الثاني

وقت الاستلام

فيما يتعلق بوقت استلام الخطاب الإلكتروني، فإن اتفاقية الأمم المتحدة لها قاعدة مماثلة لقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ولكن بصيغة مختلفة، وهي تهدف إلى تحقيق توزيع عادل لمخاطر فقدان الاتصالات الإلكترونية^{٢٧}، تقترح اتفاقية الأمم المتحدة الصياغة الجديدة لـ"القدرة على الاسترجاع" وهي:

وقت استلام الخطاب الإلكتروني هو الوقت الذي يصبح فيه من الممكن استرجاعه من قبل المرسل إليه على عنوان إلكتروني يحدده المرسل إليه، وقت استلام اتصال إلكتروني على عنوان إلكتروني آخر للمرسل إليه هو الوقت الذي يصبح فيه من الممكن استرجاعه من قبل المرسل إليه على هذا العنوان ويعلم المرسل إليه أن الاتصال الإلكتروني قد تم إرساله إلى ذلك العنوان، ويُفترض أن يكون الاتصال الإلكتروني قادرًا على استرداده من قبل المرسل إليه عندما يصل إلى العنوان الإلكتروني للمرسل إليه^(٢٧). أي أن وقت استلام الخطاب الإلكتروني هو الوقت الذي يصبح فيه من الممكن أن يكون العنوان الذي يحدده المرسل إليه، إذا تم إرسال اتصال إلكتروني إلى عنوان غير محدد، فسيتم اعتباره مستلمًا فقط عندما يدرك المرسل إليه أنه قد تم إرسال الاتصال الإلكتروني إلى ذلك العنوان.

لا يهدف هذا إلى إحداث تأثير مختلف عن القوانين الدولية والمحلية الأخرى مثل قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (المادة ١٥) و UETA (المادة ١٥ ب) وقانون التوقيعات الإلكترونية الصيني (المادة ١١)، ولكن لتعزيز فعالية الاتصال الإلكتروني مع الأخذ في الاعتبار مخاطر الخسارة عن طريق تغيير الصياغة الأخرى لـ"الدخول إلى نظام معالجة المعلومات الذي يمكن للمتلقي من خلاله استرداد

^{٢٧} د/محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٣١١.

السجل الإلكتروني" وأن يكون "في شكل قادر على أن يكون تمت معالجتها بواسطة هذا النظام"^(٢٨).

في الاتحاد الأوروبي، تفشل توجيهات المفوضية الأوروبية بشأن التجارة الإلكترونية وتوجيهات البيع عن بعد للمفوضية الأوروبية (التي تم استبدالها بتوجيه المفوضية الأوروبية بشأن حقوق المستهلك في عام ٢٠١٤) وتوجيه المفوضية الأوروبية بشأن التوقيعات الإلكترونية في توفير شرط محدد يحدد استلام اتصال إلكتروني، على الرغم من أن المفوضية الأوروبية تنص التوجيهات الخاصة بالتجارة الإلكترونية (المادة ١١) على أن تطبق الدول الأعضاء المبدأ التالي: "يُعتبر الأمر والإقرار بالاستلام مستلمين عندما يكون بإمكان الأطراف الموجهة إليهم الوصول إليها". وهذا هو مبدأ "إمكانية الوصول" فيما يتعلق بإثبات استلام اتصالات إلكترونية. ومع ذلك، فإن توجيهات المفوضية الأوروبية بشأن التجارة الإلكترونية لا توضح بشكل أكبر ما الذي يشكل "القدرة على الوصول".

توفر اتفاقية الأمم المتحدة (المادة ٩) (٢) معيارًا موضوعيًا لـ "إمكانية الوصول"، أي أنه "حيث يتطلب القانون أن يكون الاتصال أو العقد مكتوبًا، أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يتم استيفاء المتطلبات عن طريق الاتصال الإلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه يمكن الوصول إليها بحيث تكون قابلة للاستخدام للرجوع إليها لاحقًا". توضح المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ٢٠٠٧ أن كلمة "يمكن الوصول إليها" تعني ضمناً أن المعلومات في شكل بيانات الكمبيوتر يجب أن تكون قابلة للقراءة وقابل للتفسير، يؤدي الاحتفاظ بالإيصال إلى نظام يمكن الوصول إليه بواسطة المستلم إلى إزالة احتمال ترك المستلم للرسائل مع خادم أو خدمة أخرى لتجنب الاستلام.

لا يغطي أي من التشريعات الدولية والإقليمية والوطنية الحالية قضايا مثل كيفية إثبات المرسل لوقت الاستلام، وكيفية تحديد نظام المعلومات، وما إذا كان المرسل إليه يمكنه إجراء تغيير بعد هذا التعيين، ما هو معنى "يمكن استرجاعه"، عندما يكون

²⁸⁾ Comments of the UETA from the Annual Conference Meeting in its One-hundred and eighth Year in Denver, Colorado, 23–30 July 1999, p. 53.

الاتصال الإلكتروني قابلاً للاسترداد وما إذا كان قابلاً للاسترجاع "يعادل" القدرة على الوصول". في رأيي، هناك ثلاثة اعتبارات محتملة في تحديد وقت استلام الخطاب الإلكتروني على النحو التالي^(٢٩):

أولاً: يجب تحديد إمكانية الوصول للعنوان المحدد، على سبيل المثال، إذا أرسل "أ" عرضاً إلى "ب" على عنوان البريد الإلكتروني الخاص بمنزله والذي نادراً ما يستخدم لأغراض تجارية، فقد لا يتم اعتباره مستلماً إذا قام "ب" بتعيين عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالعمل التجاري باعتباره العنوان الوحيد لأغراض العمل. وبالتالي، على الرغم من أن البريد الإلكتروني يمكن الوصول إليه من عنوان منزل "ب"، فإنه لن يشكل استلاماً للاتصال الإلكتروني.

ثانياً: ينبغي التمييز بين عدم الاسترجاع وإمكانية الوصول، حيث لا تشكل إمكانية الوصول إلى الاتصال الإلكتروني افتراضاً لاسترجاع الاتصال الإلكتروني والأساس المنطقي هو أنه إذا اختار المنشئ تجاهل تعليمات المرسل إليه وأرسل الاتصال الإلكتروني إلى نظام معلومات غير النظام المعين، فلن يكون من المعقول اعتبار الاتصال قد تم تسليمه إلى المرسل إليه حتى يتم استرداده بالفعل عليه.

ثالثاً: استلام اتصال إلكتروني في غير البريد الإلكتروني المعين. يجب أن يفي العنوان الإلكتروني بشرطين: قابلية الاسترجاع والوعي، أي أن الاستلام على عنوان إلكتروني غير محدد يحدث عندما:

- (أ) يصبح الاتصال الإلكتروني قابلاً للاسترجاع من قبل المرسل إليه.
 - (ب) يدرك المرسل إليه بالفعل أن الاتصال قد تم إرساله إلى ذلك العنوان المحدد.
- بعبارة أخرى، هناك حاجة إلى مقياس منهجي يشرح العلاقة بين إمكانية الوصول^(٣٠) والاسترجاع والوعي، وقد يوفر النظام الجديد لـ"الطابع الزمني الإلكتروني" (القسم ٥) و"خدمات التسليم الإلكتروني" (القسم ٧) بموجب اللائحة المقترحة

²⁹⁾ R. Stone (2005) The Modern Law of Contract, 6th edn (London: Cavendish), p. 49.

^{٣٠)} خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٨، ص ٩٨.

للمعاملات الإلكترونية في الاتحاد الأوروبي حلاً لمسائل مثل تأكيد الأثر القانوني للبيانات المرسله أو المستلمة استخدام خدمة توصيل إلكترونية تتأثر بتاريخ الإرسال والاستلام وأي تغيير في البيانات يُشار إليه بطابع زمني إلكتروني مؤهل. يمكن أيضاً اعتبار الطابع الزمني الإلكتروني وخدمات التسليم لتوفير تدابير إضافية للوفاء بمتطلبات"الإقرار باستلام مراسلات إلكترونية أو سجل إلكتروني أو رسالة بيانات " بموجب كل من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وكذلك توجيه المفوضية الأوروبية بشأن التجارة الإلكترونية التجارة.

المطلب الثالث

مكان الإرسال والاستلام

أولاً- فيما إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه مكان عمل:

يعتبر أن الخطاب الإلكتروني قد تم إرساله من مكان عمل المنشئ، ويعتبر أن الخطاب الإلكتروني قد تم استلامه في مكان عمل المرسل إليه. وإذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مكان عمل واحد، وكان لأحد تلك الأماكن علاقة أوثق بالمعاملة الأساسية-فمن المفترض أن مكان العمل هذا هو مكان العمل الوحيد للمنشئ أو المرسل إليه، وإذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مكان عمل واحد، يجب افتراض أن مكان العمل الرئيسي للمنشئ أو المرسل إليه هو مكان العمل الوحيد للمنشئ أو المرسل إليه⁽³¹⁾.

ثانياً- فيما إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مكان عمل:

وفي حالة ما إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مكان عمل-يجب افتراض أن مكان عمل المنشئ أو المرسل إليه هو المكان الذي يقيم فيه المنشئ أو المرسل إليه عادةً. هذه القواعد مهمة في تحديد القانون الذي سيتم تطبيقه، في حالة النزاع، لا يُقترح هنا التعامل مع مختلف قواعد القانون الدولي الخاص وقواعد تنازع القوانين المحلية، ومع

³¹⁾ Electronic record' means a record created, generated, sent, communicated, received or stored by electronic means under Section 2(7) of the UETA, whereas 'electronic communication' means any communication that the parties make by means of data messages under Article 4(b) of the UN Convention.

ذلك، قد تنشأ الظروف عندما يحدد مكان تكوين العقد القوانين أو المنتدى الذي يمكن تطبيقه.

مرة أخرى، ينطبق مصطلح "الاتصال الإلكتروني" على رسائل البريد الإلكتروني والرسائل الفورية والرسائل النصية القصيرة والتقنيات الحالية والمستقبلية، الحكم هو القاعدة الافتراضية، قد يكون الطرفان قد اتفقا بخلاف ذلك "على ترتيبات بديلة.

ثالثاً- التطورات التشريعية الدولية:

لا يتضمن المستوى الدولي والاتفاقيات والقوانين النموذجية التي تحكم المعاملات التجارية الإلكترونية قاعدة جوهرية بشأن فعالية العرض والقبول لأغراض تكوين العقد، يوفر الصك الدولي غير المتخصص في الإنترنت، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (CISG) أحكاماً بشأن قواعد العرض والقبول⁽³²⁾.

على سبيل المثال، تنص المادة ١٥ (١) من اتفاقية البيع على أن:

"أن يصبح العرض ساريًا عندما يصل إلى المعروض عليه"، وقد ذكر المجلس الاستشاري أنه لأغراض هذا الحكم، فإن مصطلح "يصل" يتوافق مع النقطة الزمنية التي يدخل فيها الاتصال الإلكتروني إلى خادم مقدم العرض، وتنص المادة ١٨ (٢) من اتفاقية البيع كذلك على ما يلي:

"يصح قبول الإيجاب ساريًا في اللحظة التي تصل فيها إشارة الموافقة إلى العارض، ولا يكون القبول ساري المفعول إذا لم تصل إشارة الموافقة إلى مقدم العرض خلال الوقت المحدد، أو في حالة عدم وجود وقت محدد، في غضون فترة زمنية معقولة، مع مراعاة ظروف المعاملة، بما في ذلك سرعة وسائل الاتصال التي يستخدمها العارض، يجب قبول العرض الشفوي على الفور ما لم تدل الظروف على خلاف ذلك".

لاحظ المجلس الاستشاري لأغراض هذا البند: "يصح القبول ساريًا عندما تدخل إشارة إلكترونية بالموافقة إلى خادم مقدم العرض، بشرط أن يكون مقدم العرض قد وافق،

³²⁾ Electronic Communications under the CISG, CISG-AC Opinion no. 1, Electronic Communications under CISG, 15 August 2003. Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op1.html> (last accessed 30 June 2013).

صراحة أو ضمناً، على تلقي اتصالات إلكترونية من هذا النوع، بهذا الشكل، وإلى هذا العنوان".

أي أن اتفاقية البيع تعتمد قاعدة القبول في تحديد العرض والقبول الصحيحين في العقود الورقية، وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن المجلس الاستشاري لاتفاقية البيع يطبق نفس القاعدة على الإقرار بالعرض الإلكتروني الصالح والقبول ببساطة عن طريق تفسير "الوصول إلى المعروض أو مقدم العرض" على أنه "إدخال خادم مقدم العرض أو مقدم العرض" دون أي توضيح واضح للوقت إرسال أو استلام اتصال إلكتروني.

ولا توفر اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام المراسلات الإلكترونية في العقود الدولية (يشار إليها فيما بعد باسم "اتفاقية الأمم المتحدة") حكماً بشأن صلاحية العرض والقبول، ولكنها تنص على وقت ومكان إرسال الرسائل الإلكترونية واستلامها. لا يزال هناك جدل حول ما إذا كان ينبغي لاتفاقية الأمم المتحدة أن تقترح حكماً بشأن وقت سريان العرض والقبول في الاتصالات الإلكترونية، وما إذا كانت القاعدة الحالية بشأن وقت إرسال واستلام الاتصالات الإلكترونية ستكون كافية للتأكد من العرض والقبول. إذا كان الأمر كذلك، فكيف يمكن تفسيره، وإذا لم يكن كذلك، فما الذي يجب فعله حيال ذلك؟

يعد السؤال المتعلق بوقت صياغة العقد بشكل صحيح عبر الإنترنت أمراً بالغ الأهمية لأنه يتعلق بصلاحية المعاملة التجارية الإلكترونية، وفي القضية الإنجليزية، التي اشتهرت كنقطة انطلاق للقانون في هذا المجال للرجوع إليها لاحقاً في بلدان أخرى، هي قضية Entores ضد Miles Far East Corp. وقد أصدر اللورد دينينج الحكم الرئيسي في محكمة الاستئناف⁽³³⁾:

"كان منهجه أن يتخذ كنقطة انطلاق شكلاً بسيطاً جداً من أشكال الاتصال عبر مسافة، أي أن شخصين يبرمان عقداً بالصراخ عبر نهر وقال إنه في هذه الحالة، لن

³³) R. Stone (2005) The Modern Law of Contract, 6th edn (London: Cavendish), p. 52. 25 Brinkibon Ltd v. Stahag Stahl and Stahlwarenhandels-gesellschaft mbH [1983] 2 AC 34. 26 R. Stone (2005) The Modern Law of Contract, 6th edn (London: Cavendish), p. 55.

يكون هناك عقد ما لم يسمع العارض القبول، على سبيل المثال، إذا حلت طائرة جوية فوقها تمامًا كما كان المتقبل يصرخ بموافقته أو موافقتها، بحيث لا يتمكن العارض من سماع ما يقال، فلن يكون هناك عقد، ومن المتوقع أن يكرر المتقبل القبول بمجرد أن يتضاءل ضجيج الطائرة الجوية. أخذ هذا كنقطة انطلاق له، كما جادل بالقياس، أن نفس النهج يجب أن ينطبق على جميع العقود المبرمة عن طريق وسائل الاتصال التي تكون فورية أو فورية تقريبًا.

تبين الحالة أنه عندما تكون وسائل الاتصال المستخدمة من قبل الأطراف فورية تقريبًا، يجب أن تسود قاعدة القبول على القاعدة البريدية. وافق مجلس اللوردات كذلك على هذا القرار في قضية Brinkibon Ltd ضد Stahag Stahl وعلى هذا الأساس، فيما يتعلق بعقود البريد الإلكتروني أو عقود النفاذ النقرات باعتبارها تندرج في فئة "فورية"، يجب أن يتم القبول حيث تم استلامه، بدلاً من مكان إرسالها، ومع ذلك، قد لا يتم فتح البريد الإلكتروني بمجرد وصوله، وقد لا تتم قراءته حتى وقت ما بعد تسليمه وبالتالي من الأهمية بمكان تحديد موعد سريان القبول⁽³⁴⁾.

يُقترح أن يتم صياغة العقد في أقرب وقت ممكن عندما يتم استلام القبول بواسطة نظام البريد الإلكتروني للعارض ويكون متاحًا للقراءة، على أبعد تقدير، يجب اعتباره كاملاً بعد مرور فترة زمنية معقولة حتى تتم قراءة القبول كما هو متوقع.

فيما يتعلق باتفاقية الويب، سيتم إبرام العقد عندما يكون العارض قد اعترف للمقدم المعروف عليه أنه تم قبول عرضه، إما عن طريق الرد المباشر على الموقع أو من خلال البريد الإلكتروني، والذي يسمى "واجب المعلومات"⁽³⁵⁾.

لن يكون العقد عبر الإنترنت ملزمًا بين الطرفين حتى يتم التوصل إلى اتفاق. الأداة التحليلية العادية المستخدمة لاختبار مثل هذا التقاء العقول هي العرض والقبول، بشكل عام، ينشأ التزام ملزم عندما يكون العارض على علم بالقبول وعندما يتم إبلاغ

³⁴) J. Savirimuthu (2005) 'Online contract formation: taking technological infrastructure seriously', University of Ottawa Law and Technology Journal, 2: 105-43, at p. 115.

³⁵) The UN Convention 2005, Article 11.

المعروض عليه بالمثل بذلك، ومع ذلك، فإن قواعد العرض والقبول تعكس الأفكار الثقافية والاقتصادية والسياسية حول النشاط التوافقي.

إن عملية التفاوض على العقد وشكلية تكوين عقد عبر الإنترنت هي نفسها في الواقع المادي: الدعوة إلى المعالجة، والعرض، والعرض المضاد، والقبول، والنظر في النية لإنشاء علاقات قانونية. الاختلافات هي السرعة والأجهزة وطرق المعالجة في بيئة الإنترنت⁽³⁶⁾.

الفرق بين دعوة العلاج والعرض هو أن دعوة العلاج ليست ملزمة في حين أن العرض، الذي يتم قبوله، قد يشكل اتفاقية تعاقدية، يعتبر الوعد بمقابل ملزمًا للطرفين عند قبول العرض، على الرغم من أن اتفاقية الأمم المتحدة صامتة بشأن صحة العرض والقبول، إلا أنها توفر تعريفًا لـ"دعوة لتقديم العرض".

وهي تحدد "دعوة لتقديم عرض" كإقتراح لإبرام عقد، يكون متاحًا بشكل عام للأطراف التي تستخدم أنظمة المعلومات، بدلاً من توجيهها إلى فرد محدد أو أكثر، إن حصة الدعوة الإلكترونية للمعالجة مطابقة للعقد الورقي التقليدي، يعد عرض المعلومات المتعلقة بالمنتجات بما في ذلك السعر والكمية وطريقة التسليم دعوة لتقديم عرض وليس عرضًا حقيقيًا لأن المعلومات الموجودة على موقع الويب متاحة للجمهور ولكن ليس لشخص محدد أو أكثر.

يتضح هذا من خلال الحالة الإنجليزية الرائدة في الجمعية الصيدلانية لشركة GB v. Boots Cash Chemists. قررت محكمة الاستئناف أن عرض المنتجات على الرفوف لم يكن عرضًا، بل دعوة للتفاوض، لم تنتهك الأحذية قانون الصيدلة والسموم لعام ١٩٣٣ حيث تم بيع المنتجات في مكتب النقدية، كان العميل هو الذي قدم عرض شراء البضائع عن طريق وضع البضائع في السلة. والأمر متروك للصيدلي لقبول أو رفض العرض في مكتب النقدية. وبالتالي، من أجل تحديد عرض ما، قد تبحث المحكمة

³⁶⁾ C. Gringras (2003) Laws of the Internet, 2nd edn (London: Butterworths), p. 24.

عن مكونات مختلفة قبل أن تجد عرضًا يكون بعد ذلك قابلاً للقبول. قد تتضمن مكونات العرض، التي قد تكون مكتوبة بالكلمات والسلوك والوسائل الإلكترونية الأخرى، ما يلي:

• عرض واضح للنية التعاقدية.

• بشروط ثابتة.

• بشروط مؤكدة.

• بموجب الشروط التي تم قبولها تلقائيًا تلزم كلا الطرفين باتفاقهما.

في بيئة الإنترنت، قد تحاول بعض مواقع الويب حث العميل على إبرام عقد باستخدام بيانات شروط مضللة، إذا تم تصنيف بيان واقعي قبل صياغة العقد على أنه مضلل، فقد يحق للطرف المستحث المطالبة بتعويضات أو إلغاء العقد أو حتى كليهما. وتتمثل الصعوبة التي قد تنشأ في هذا السياق في كيفية تحقيق التوازن بين نية المتداول المحتملة (أو عدم وجودها) في الالتزام بعرض من جهة، وحماية الاعتماد على الأطراف التي تعمل بحسن نية من جهة أخرى.

ينطبق المبدأ العام القائل بأن عروض السلع أو الخدمات التي يمكن الوصول إليها لعدد غير محدود من الأشخاص ليست ملزمة حتى عندما يكون العرض مدعومًا بتطبيق تفاعلي. عادةً ما يكون "التطبيق التفاعلي" مزيجًا من البرامج والأجهزة لنقل عروض السلع والخدمات بطريقة تسمح للأطراف بتبادل المعلومات في شكل منظم بهدف إبرام العقد تلقائيًا، لن تكون نية الطرف في الالتزام كافية لتشكيل عرض في غياب تلك العناصر الأخرى، مثل كمية البضائع وسعرها، بالإضافة إلى ذلك، يجب توفير الشروط والأحكام للأطراف الأخرى عبر الإنترنت بطريقة معينة، على الرغم من أن اتفاقية الأمم المتحدة لا تهدف إلى إنشاء قواعد خاصة لتكوين العقود في التجارة الإلكترونية. ولكن ماذا سيحدث إذا طلب المشتري كمية كبيرة من البضائع قد لا يتمكن البائع من توريدها⁽³⁷⁾؟

³⁷⁾ Ibid., p. 68. See also the case of Rosenfeld v. Zerneck (4 Misc.3d 193, 776 N.Y.S.2d 458 (Sup. Ct. Kings Cty. 2004)): the Supreme Court of New York dismissed the plaintiffs' claim due to the failure of the incorporation of the essential terms in the e-mail.

في نظام القانون العام التقليدي، هناك دليل على حماية البائعين. على سبيل المثال، في قضية Grainger & Son v. Gough ، رأى القاضي أن نقل قوائم الأسعار لا يرقى إلى مستوى عرض لتوريد كمية غير محدودة من المنتجات الموصوفة بالسعر المحدد، كمخزون من المنتجات من المعلنين أو يمكن أن تكون محدودة التجار. وافق مجلس اللوردات كذلك على هذا القرار في قضية Esso Petroleum Ltd ضد مفوضي الجمارك والمكوس. بدون توقعات معقولة، قد يكون المعلنون أو التجار قد انتهكوا الالتزامات التعاقدية عندما فشلوا في توفير طلب كبير.³⁸

في ممارسة التجارة الإلكترونية، من الشائع أن يشير تجار التجزئة الإلكترونيون إلى صلاحية العرض وفقاً لتوفر المخزون أو الكمية المقدر من المنتجات المتاحة للبيع على موقع الويب بينما في صناعة التجارة الإلكترونية الدولية، قد توضح الشركات أو الشركات المصنعة الطول المحتمل للإنتاج لكل وحدة أو شحنة حاوية.

الخاتمة:

في مجتمع المعلومات، يبدو أنه من المهم للغاية اعتماد معايير دولية متسقة وعادلة تتمثل في "إتاحة الشروط والأحكام عبر الإنترنت" و"دمجها في الاتفاقية الإلكترونية"، مع مراعاة ميزات الاتصالات الإلكترونية وطبيعة المعاملات عبر الحدود. وبالتالي، يمكن للتشريعات الدولية مثل اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام المراسلات الإلكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٥ (يشار إليها فيما يلي باسم "اتفاقية الأمم المتحدة") والصكوك الإقليمية أو الوطنية أن تلعب دوراً نظرياً في سد فجوة. من بين الصكوك الدولية التقليدية مثل اتفاقية البيع، على الرغم من أن اتفاقية الأمم المتحدة تفتقر أيضاً إلى أحكام تتعلق بتوافر وإدماج الشروط والأحكام التعاقدية.

³⁸) F. Wang (2010) Law of Electronic Commercial Transactions: Contemporary Issues in the EU, US and China (Oxford: Routledge), p. 48; see also F. Wang (2008) 'E-confidence: offer and acceptance in online contracting', International Review of Law, Computers and Technology, 22 (3): 271-8.

لذلك، من المهم تنفيذ معيار منسق بشأن توافر الشروط والأحكام في الاتصالات الإلكترونية، استجابةً للمسائل المعنية، تنص بعض القوانين الإقليمية أو المحلية على أحكام ذات صلة فيما يتعلق بطريقة إتاحة الشروط والأحكام في العقود الإلكترونية، فمن المتطلبات الشائعة أن تكون الشروط والأحكام متاحة ليتم تنزيلها أو إعادة طبعها بعد ذلك، والتي تهدف إلى تعزيز اليقين القانوني والشفافية والقدرة على التنبؤ في العقود الدولية التي يتم إبرامها بالوسائل الإلكترونية، على الرغم من أن البعض قد لا يغطي المشكلة المتعلقة بعواقب الفشل في يتوافق مع متطلبات توفر الشروط والأحكام إلكترونياً.

على المستوى الدولي، يقر قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (المادة ٦) أيضًا بأهمية المعلومات المتاحة للرجوع إليها لاحقًا، حيث تنص على أنه "حيثما يشترط القانون أن تكون المعلومات كتابية، فإن هذا الشرط يتم استيفائه برسالة بيانات إذا كان من الممكن الوصول إلى المعلومات الواردة فيه بحيث يمكن استخدامها للرجوع إليها لاحقًا". تؤكد اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام المراسلات الإلكترونية في العقود الدولية (يشار إليها فيما يلي باسم "اتفاقية الأمم المتحدة") أيضًا على هذه الأهمية التي تنص على أنه "حيث يتطلب القانون أن يكون الاتصال أو العقد كتابيًا، أو ينص على عواقب لعدم وجود الكتابة، يتم استيفاء هذا الشرط عن طريق الاتصال الإلكتروني إذا كان من الممكن الوصول إلى المعلومات الواردة فيه بحيث تكون قابلة للاستخدام للرجوع إليها لاحقًا"^(٣٩).

تحافظ اتفاقية الأمم المتحدة على تطبيق القانون المحلي، مما يعني أن القضايا الجوهرية المتعلقة بتوافر شروط العقد ستظل خاضعة للقوانين الوطنية ذات الصلة، ولا سيما لوائح حماية المستهلك، ويبدو أن الالتزامات المحددة هي مصلحة في تعزيز اليقين القانوني والشفافية والقدرة على التنبؤ في المعاملات الدولية التي يتم إبرامها بالوسائل الإلكترونية"، فقد تم التأكيد على أن إدخال واجب إتاحة شروط العقد من شأنه أن يؤدي إلى فرض قواعد لم تكن موجودة في السياق المعاملات الورقية. وبالتالي لم يتم توفير أي

^(٣٩) المادة رقم (٩) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية.

صياغة لمجموعة مناسبة من النتائج المحتملة لعدم الامتثال لمتطلبات جعل شروط العقد متاحة في اتفاقية الأمم المتحدة.
من الجدير بالذكر أنه، وفقاً للقوانين المحلية، قد تكون هناك مجموعة متنوعة من النتائج المترتبة على الإخفاق في إتاحة الشروط والأحكام مثل مخالفة إدارية، أو شرط، أو شرط بشأن فعالية العقد أو أمر من المحكمة بالإنفاذ.

أهم النتائج:

- ١- إن دراسة إبرام العقود إلكترونياً أعطانا كثير من النتائج يمكن إجمالها فيما يلي:
 - ١- تطور المعاملات التجارية عبر الحدود وخاصة بالنسبة للمنتجات غير الملموسة.
 - ٢- أهمية تعزيز الاستفادة من تكنولوجيا المعلومات في تطوير العقود الإلكترونية.
 - ٣- محاولة إيجاد حلول سريعة لمعوقات إبرام العقود إلكترونياً.
 - ٤- الدور الفعال لحل المنازعات عبر الإنترنت لتطوير العقود الإلكترونية.
 - ٥- الاهتمام بحماية البيانات والأمن الإلكتروني، وبتث الثقة في العقود الإلكترونية.
 - ٦- دور التشريعات الدولية في المساهمة في تطوير التشريعات الوطنية فيما يختص بإبرام العقود الإلكترونية عبر الإنترنت.
 - ٧- أن إبرام العقود الإلكترونية عبر الإنترنت نفس الأثر القانوني لإبرام العقود العادية في التشريعات الدولية والمحلية.
 - ٨- الدور المهم للتشريعات الدولية في المساهمة في تطوير التشريعات الوطنية فيما يختص بالعقود الإلكترونية.

أهم التوصيات:

- وفى رأيي فإن العقد الإلكتروني يجب أن يتم تنظيمه من خلال عدة أوجه يمكن إجمالها فيما يلي:
- ١- تطوير البنية التحتية التكنولوجية للدولة نظراً لدخول عصر التجارة الإلكترونية عالمياً.

- ٢- إيجاد تشريع لقانون متكامل للتجارة الإلكترونية يندمج فيه قانون العقود الإلكترونية.
- ٣- تطوير العقود التجارية بما يتماشى مع التطور في التجارة الإلكترونية العالمية حتى لا يكون هناك تفاوت بينهم.
- ٤- توحيد التشريعات الإلكترونية فيما يختص بالقوانين التجارية والعقود والتوقيع الإلكتروني لتسهيل العمليات التجارية المستقبلية.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع العربية:

- (١) دكتور/ خليل فيكتور تادرس، المبادئ العامة للأعمال التجارية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٤.
- (٢) دكتور/محمد عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، مصر، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥.
- (٣) دكتور/ حسام الأهواني: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- (٤) دكتور/ عدنان السرحان: مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢.
- (٥) بلال أمين زين الدين، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية، دار الفكر العربي، ٢٠١٢.
- (٦) د/محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤.
- (٧) عبد الحكيم زروق، تنظيم التبادل التجاري، تنظيم التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية عبر الإنترنت، منشورات دار الأورمان، الطبعة الأولى، الرباط، ٢٠١٦.
- (٨) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٨.
- (٩) خليفي سمير، الوسائل الإلكترونية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، كلية الحقوق جامعة أكل، الجزائر، رسالة ماجستير، ٢٠١٣.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- 1- Ibid., p. 68. See also the case of Rosenfeld v. Zerneck (4 Misc.3d 193, 776 N.Y.S.2d 458 (Sup. Ct. Kings Cty. 2004)): the Supreme Court of New York dismissed the plaintiffs' claim due to the failure of the incorporation of the essential terms in the e-mail.
- 2- F. Wang (2010) Law of Electronic Commercial Transactions: Contemporary Issues in the EU, US and China (Oxford: Routledge.
- 3- F. Wang (2008) 'E-confidence: offer and acceptance in o C. Gringras (2003) Laws of the Internet, 2nd edn (London: Butterworths), 4-nline contracting', International Review of Law, Computers and Technology, 22 (3).
- 4- J. Savirimuthu (2005) 'Online contract formation: taking technological infrastructure seriously', University of Ottawa Law and Technology Journal.
- 5- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Electronic Identification and Trust Services for Electronic Transactions in the Internal Market, COM/2012/0238 final – 2012/0146 (COD), Brussels, 04.06.2012 (hereafter 'the Proposed Regulation for Electronic Transactions').
- 6- J. Kotrusz (2009) 'Gap-filling of the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts', Uniform Law Review, 26 (1–2): 119–63, at p. 145; and see also the 45th Session UNCITRAL (New York, 25 June – 6 July 2012) endorsed the 2010 edition of the UNIDROIT Principles
- 7- Electronic record' means a record created, generated, sent, communicated, received or stored by electronic means under

Section 2(7) of the UETA, whereas ‘electronic communication’ means any communication that the parties make by means of data messages under Article 4(b) of the UN Convention.

- 8- Electronic Communications under the CISG, CISG-AC Opinion no. 1, Electronic Communications under CISG, 15 August 2003. Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op1.html> (last accessed 30 June 2013).
- 9- R. Purdy, Deliverable D7.2: Scoping Report on the Legal Impacts of BEAMING Technologies, EU FP7 Networked Media and 3D Internet – 248620, 20 July 2011.