التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني
دراسة قانونية مقارنة *

أقدس صفاء الدين رشيد البياتي
مدرس مساعد
قسم هندسة السيطرة والنظم،
الجامعة التكنولوجية، العراق.

Akdas Safaa al-Deen Rasheed al-Bayati
Assistant lecturer
Control and System Engineering Department,
University of Technology- Iraq.

الملخص:

يختلف التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني عن نظيره في التعاقد التقليدي، وأهم ما يميّز هذين النوعين من التعبير هو أنّ الأول يجري باستخدام وسائط إلكترونية وبوسائل إلكترونية، حيث يمكن أن يتم إبرام العقد الإلكتروني بتبادل الأطراف في التعاقد عن بعد، رسائل البيانات الإلكترونية أو الخطابات الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، حيث أصبح من المقبول قانونا على المستويين الدولي والوطني أن تنشأ العقود الإلكترونية بتبادل التعبير الإلكتروني عن الإرادة من الاطراف، بصيغة ايجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر، وبالتالي لا نحتاج إلى الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني أو أن نطبّق الإشتراطات القانونية التي تتطلبها تلك القواعد في التعاقد الإلكتروني، لذلك جاءت هذه الدراسة للبحث في الكيفية والوسيلة التي يتم بها التعبير الإلكتروني عن الإرادة، كدراسة قانونية مقارنة في ضوء اتفاقيات اليونسيترال الإنموذجية الدولية، وقوانين المعاملات الالكترونية الوطنية.

الكلمات المفتاحية:

التعبير الإلكتروني عن الإرادة، رسائل البيانات، الخطابات الإلكترونية، التعاقد الإلكتروني، إتفاقية اليونيسيترال.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/01/17 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/02/25 وقُبل للنّشر بتاريخ 2016/05/02.

Expression of will in electronic contracting
Comparative Legal study

Abstract:

The Expression of will differs from in electronic contracting for his counterpart in the traditional compact, and most important characteristic of these two types of expression is that the first is by using the electronic media and by electronic means, where it can be concluded the contract on the exchange of the parties in the contract remotely, electronic data messages or electronic communications via the Internet, where it became the accepted law at the international and national levels that electronic contracts arise exchange of electronic expression of the will of the parties, form a positive of the party and the acceptance of the other party, and therefore we do not need to refer to the general rules of civil law or to apply legal requirements required by those rules in electronic contracting, so this study was to look at how and the means by which the mail is the expression of the will, as a Comparative Legal study in uncitral agreements and the national legislations of electronic transactions.

Key words:

E-express of will, data messages, electronic communications, electronic contracting, uncitral agreement.

L’expression de la volonté dans le contrat électronique
étude juridique comparée

Résumé:

L’expression de volonté dans le contrat électronique se différencie de la volonté contractuelle classique. Le premier type se veut plus pratique en ce qu’il emploi des supports numériques et électronique dont les volontés s’expriment à distance. Il n’est plus nécessaire, dans ce cas, de revenir aux règles générales du droit civil. Cette étude juridique comparée entreprise à la lumière de la convention *Unistral* et des droits de l’informatique nationaux, tente d’apporter quelques enseignements sur la forme et le moyen avec lequel la volonté contractuelle s’exprime.

Mots clés:

L’expression électronique de la volonté, messagerie électronique, le contrat électronique, Convention Unistral

مقدمة

إنّ من أهم ما يميّز التعاقد عن بعد عــبر الشبكة الــدولية للإتصالات والمعلومات (internet)، هو سهولة إبرام العقود وتكوينها، وهذه السهولة لم تأتِ إلاّ لأنّ المشرع إعترف - على المستويين الدولي والوطني - بصحة التعبير عن الإرادة في التعاقد عن بعد الذي يجري بإستخدام الوسائط الإلكترونية، حيث يتم إستخدام رسائل البيانات والمعلومات وتبادل المستندات الإلكترونية عبر وسائط إلكترونية، ضمن سياق صيغ

ومحددات قانونية وتقنية معينة، يتم من خلالها إنجاز إبرام المعاملة الإلكترونية وإتمام إنعقادها لا بل وتنفيذها أحياناً.

ولا يخفى أنّ أهم مرحلة من مراحل التعاقد الإلكتروني هي مرحلة تكوين العقد، وهذه المرحلة لا يمكن إنجازها وإجتيازها مالم يتم التعبير عن الإرادة من قبل كلا طرفي المعاملة الإلكترونية، وبالتالي يكون لوصول التعبير عن الإرادة الصادر من كل طرف إلى علم الطرف الآخر بشكل يفهم المقصود منه بصورة صريحة أو ضمنية أحيانا، فإنّ ذلك سيكون مدعاة لنشوء عقدٍ ملزمٍ للأطراف بحيث يحق لكل طرف فيه أن يتوقع نشوء آثارٍ قانونية على التعبير الإلكتروني، الذي صدر من الطرف الآخر، والذي من شأنه إتمام مرحلة التعاقد والإنتقال إلى مرحلة التنفيذ والإلتزام بأحكام العقد الإلكتروني.

وحيث لم تسعف القواعد العامة المشرعين من جهة، والمتعاملين على الشبكة الدولية للإتصالات والمعلومات بأنماط التعاقد الإلكتروني من جهة أخرى، في إقرار صيغ وأساليب جديدة وفعالة في إنجاز واتمام عملية التعاقد، وتؤدي الغرض المطلوب منها في التعبير عن الإرادة بسهولة ويسر، فضلاً عن عدم وضع حلول ومعالجات ناجحة لما يمكن أن يعتري هذا النوع من التعاقد من عقبات وإشكاليات يمكن أن تؤدي إلى فشل التعاقد عن بعد، بسبب الطابع الإلكتروني للتعبير عن الإرادة وصعوبة إسناده إلى من صدر عنه.

ومن الجدير بالذكر هنا هو أنّه لمّا كانت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة UNCITRAL، بادرت إلى إصدار قوانين إنموذجية تتضمن قواعد موحدة تحكم التجارة الإلكترونية وكافة انماط التعامل المرتبطة بها عام 1996، والتوقيعات الإلكترونية عام 2001، وعمليات التعاقد الدولية التي تجري بإستخدام الخطابات الإلكترونية عام 2007، وحثّت المشرعين الوطنيين إلى اتباع النهج الذي تقرره هذه القوانين الأنموذجية، وهو ما يعني توحيد القواعد القانونية التي تحكم التجارة الإلكترونية عالميا، فقد كان من أبرز ما أخضعته تلك القوانين للتنظيم، هو التعبير عن الإرادة وأساليبه وآثاره وكيفية إسناده إلى من صدر عنه، إدراكاً من تلك اللجنة بأهمية

هذا التنظيم، كونه يتعلق بالمرحلة الأولى من مراحل التعامل الإلكتروني والمرتبطة بإنشاء العقود وتكوينها، هذا من جهة.

و من جهة أخرى، فإنّ ما تنتهجه قوانين حماية المستهلك الوطنية منها على وجه الخصوص، من ضرورة مراعاة مجموعة من العوامل المهمة والمؤثرة في نطاق التعاقد عن بعد، منها إعلام المستهلك ومخاطبته باللغة التي يتكلم بها، وتحديد النطاق المكاني للإيجاب وغيرها من العوامل التي قد تؤثر في تحقق رضا مستنير لدى المستهلك في التعاقد عن بعد.

وهنا تبرز أهمية البحث في موضوع التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، كدراسة قانونية في ضوء اتفاقيات اليونسيترال الأنموذجية وقوانين المعاملات الإلكترونية المقارنة، من الناحية النظرية والعلمية، حيث حاولت الدراسة الخروج بأفكار واضحة ومحددة بصدد إمكانية أن ينتج التعبير الإلكتروني الصادر من شخص عبر الوسائط الالكترونية أثره، كما في التعبير التقليدي عن الإرادة، ويلتزم به المتعاقد كما يلتزم في التعبير التقليدي، بحيث تكون له نفس الاثار القانونية المترتبة عن التعبير عن الإرادة، الذي تقرره القواعد العامة في العقود والإلتزامات.

وقد انتهجت الدراسة في سبيل ذلك منهجاً علمياً تحليلياً، يراعي مواقف المشرعين على المستويين الدولي والوطني، ومقارنتها بالتوجهات العملية التي انتهجها القضاء المقارن في هذا الصدد، لكي نتمكن من الوصول إلى أصلح وأنجح الأفكار على المستويين العلمي والعلمي، وكل ذلك حاولت الدراسة تبيّنه على وجه التفصيل وفق خطة علمية، حاولت جمع شتات الموضوع ولملمة أفكاره من خلال تقسيم البحث إلى مباحث ثلاثة، تناولنا في أولها وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، أمّا المبحث الثاني فقد خصصناه للبحث في موضوع الإشتراطات القانونية لصحة التعبير الإلكتروني عن الإرادة، أمّا المبحث الثالث فخصصناه للبحث في صيغ التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني.

وقد اختتمنا البحث بخاتمة تضمنت خلاصة مركزة لما توصلنا إليه من خلال هذه الدراسة من نتائج وتوصيات، نرى في تسليط الضوء عليها والأخذ بها فائدة علمية وعملية.

المبحث الاول/وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني

تبنت لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة (UNCITRAL) على المستوى الدولي، إقرار قواعد خاصة لإعتماد وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني الذي يجري عن بعد، في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996، ومن ثمّ تطوّر الموقف فيما بعد، في إتفاقية اليونسيترال لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2007، وتأثرت القوانين الوطنية بكلا القانونين في مواقفها من إقرار وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد عن بعد، ولذلك فإنّنا سنتولى استعراض الموقف في كلا القانونين الانموذجيين، وذلك في مطلبين كالآتي :

المطلب الاول/وسائل التعبير الإلكتروني عن الإرادة في التعاقد في إتفاقية اليونسيترال للتجارة الإلكترونية

ذهبت إتفاقية اليونسترال للتجارة الإلكترونية لعام 1996 في المادة 11 منها في إطار التنظيم القانوني لتكوين العقود وصحتها إلى أنّ " 1 – في سياق تكوين العقود، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز إستخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند إستخدام رسالة البيانات في تكوين العقود، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد إستخدام رسالة البيانات لذلك الغرض..."[(1)]، وقد ذهبت المادة 12 من ذات الإتفاقية إلى أنّ "... في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة وغيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنّه على شكل رسالة بيانات..."[(2)]، حيث يتضح من خلال ما تقدم أنّ التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني يمكن أن يتم بواسطة :

1- رسالة بيانات إلكترونية تستخدم لتعبير عن العرض وقبول العرض.

2- أية وسيلة للتعبير عن الإرادة يتفق الأطراف على استخدامها في التعاقد.

وهو ما سنتولى بيانه في فرعين كما يأتي:

الفرع الاول/إستخدام رسالة بيانات إلكترونية للتعبير عن الإرادة

يقصد برسالة البيانات في إطار إتفاقية القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو

البريد الإلكتروني أو التلكس أو النسخ البرقي "[3]، ومن هذا التعريف نستطيع أن نتعرف على خصائص التعبير الإلكتروني بواسطة رسالة البيانات وهي :

1- إنّ التعبير الإلكتروني عن الإرادة يكون بشكل معلومات إلكترونية، تتضمن تعبيرا صريحا عن الإرادة يمثل عرضا للتعاقد أو قبولا لهذا العرض.

2- إنّ التعبير الإلكتروني عن الإرادة بواسطة رسالة البيانات، هو معلومات ذات طبيعة رقمية، يمكن أن ينشأ أو يرسل أو يستلم أو يخزّن، أي أنّ رسالة البيانات يمكن أن تتكون بسبب معلومات إلكترونية أو تخزينها أو ارسالها أو استلامها.

3- لا يقتصر التعبير الإلكتروني بواسطة رسالة البيانات على المعلومات المرسلة أو المستلمة الكترونيا، بل يشمل المعلومات التي تنشؤها الوسائل الإلكترونية والتي لا يقصد ابلاغها، وبالتالي فإنّ التعبير الإلكتروني عن الإرادة سوف لن يشمل فقط الرسالة الإلكترونية بل يشمل أيضا السجل الإلكتروني[4].

4- إنّ التعبير عن الإرادة بواسطة رسالة البيانات يجعل منه تعبيراً، يمكن أن ينشئ أو يرسل أو يستلم أو يخزن بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو وسائل مشابهة أخرى، أي أنّ القانون الأنــموذجي للتجارة الإلكــترونية، ساوى وظيفياً بين الوسائل الإلكترونية والوسائل الضوئية والبصرية، وأي وسائل أخرى مشابهة تستخدم لابلاغ وتخزين رسائل البيانات، ما دامت هذا الوسائل تؤدي نفس الوظائف للوسائل المذكورة في التعريف الذي أورده لرسالة البيانات، وذلك تطبيقا لمبدأي الحياد التكنولوجي والتناظر الوظيفي[5]، بحيث ينطبق هذا التعريف على جميع التقنيات القائمة والتطورات التقنية المتوقعة مستقبلاً، لأنّها تشمل جميع رسائل البيانات المنتجة أو المخزّنة أو المبلّغة في شكل ورقي أساساً.

5- لا يفهم من تعريف رسالة البيانات بأنّها لا تشمل حالتي الالغاء والتعديل، إذ لا يفترض أو يكون لرسالة البيانات مضمون ثابت من المعلومات، ولكن كما هو معمول به في التعاملات التقليدية، يمكن أن تلغى أو يعدّل مضمونها بموجب رسالة بيانات أخرى.

6- يتم انتاج التعبير عن الإرادة بواسطة رسائل البيانات التي تنشأ أو تخزّن أو تبلّغ بوسائل الإتصال الإلكترونية المعروفة، سواء حدث ذلك بالبريد الإلكتروني، أو البرق أو

التلكس أو النسخ البرقي أو أية وسائل أخرى يمكن أو توصل التعبير الإلكتروني إلى الطرف الآخر[6].

7- ونرى أخذاً بالتفسير الواسع لهذه الخصيصة، أن لا تكون وسائل نقل وإيصال رسائل البيانات قاصرة بالطريقة الإلكترونية من حاسوب إلى حاسوب آخر، إذ أنّ التعريف يشمل في المقام الاول حالات تبلّغ فيها رسائل البيانات بواسطة نظم الإتصالات السلكية واللاسلكية، فإنّه يمكن أن يشمل في الوقت نفسه، أنواعاً من الحالات الإستثنائية التي تصاغ فيها البيانات في شكل رسالة من رسائل البيانات المتبادلة إلكترونياً، التي يتم تبليغها بوسائل لا تشتمل على نظم إتصالات سلكية أو لاسلكية، منها مثلا الحالة التي تسلّم فيها أقراص ممغنطة تحتوي على رسائل التبادل الإلكتروني للبيانات بواسطة ساع أو بالبريد العادي، وهو فرض نراه مشمول بما يعرف بالتبادل الإلكتروني للبيانات، وإن كانت البيانات الرقمية هنا منقولة بوسائل تقليدية[7].

الفرع الثاني/إتفاق الأطراف على طريقة معينة للتعبير الإلكتروني عن الإرادة

تعترف إتفاقية القانون الأنموذجي للتجارة الإلكترونية، بالصعوبات القانونية التي تثيرها مسألة إستخدام رسائل البيانات في التعبير عن الإرادة لاسيما التقنية منها، وما دامت هذه الصعوبات تعتمد في كثير من الأحيان على القواعد العامة في تكوين العقود والالتزامات، فإنّ من مقتضى دعم إتفاقية اليونسترال لمبدأ استقلالية الأطراف والاعتراف بحريته في ادراج أي إتفاق، من شأنه تنظيم عملية تبادل العروض وقبول العروض فيما بينهما بغير الوسائل التقنية، وهذه الحرية التي أقرها القانون الأنموذجي بالقول " ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك..." فإنّه يوازن بين ما هو مستقر عليه في العمل من قواعد راسخة تقليديا، تتعلق بتكوين المعاملات القانونية التقليدية، وبين ما تقره أحكام استثنائية تنظم تكوين المعاملات الإلكترونية، ولما كانت القواعد العامة التي تحكم المعاملات التقليدية ذات صفة الزامية، فإنّ إتفاقية اليونسترال عندما تورد بيانا غير مقيد بتحفظ أو شرط، حول حرية الأطراف في الخروج من الأحكام الواردة في القانون الأنموذجي، فإنّها تقر نوعا من التوازن المطلوب بين القاعدة العامة والإستثناء المقرر عليها، ولكن هذه الحرية تقيد فقط في إطار القانون الأنموذجي في حدود الإطار

الذي ترسمه السياسة العامة للقانون، بمعنى أنّ الخروج على النصوص القانونية التي تمثل السياسة العامة للقانون سيكون غير مقبول، لأنّ المحافظة على إلزاميّة هذه القواعد سيمثل الضمان الحقيقي لتنفيذ السياسة العامة التي تتبناها الإتفاقية[8].

عليه يمكن القول بأنّه ينطبق إتفاق الأطراف المنعقد بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، سواء كانت هذه الاتفاقات مبرمة بينهم مباشرة أو عن طريق الوسطاء، وسواء كانت هذه الاتفاقات ثنائية الأطراف أو متعددة، ويبيّن نص المادة الرابعة من الإتفاقية أنّ هذه الحرية مقيدة باستقلالية الأطراف بالحقوق والالتزامات الناشئة بينهم، بحيث لا يوحي بأي أثر مترتب فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات لأطراف ثالثة، هذا من ناحية.

و من ناحية أخرى، فإنّنا نجد في سياق نص المادة 11 من الإتفاقية، والتي أوردت عبارة " وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك " يقصد منها، أن توضح بأنّه ليس الغرض المقصود من القانون النموذجي فرض استعمال وسائل الإتصال الإلكترونية على الأطراف الذين يعتمدون على استعمال وسائل الإتصال والابلاغ التقليدية، القائمة على الورق في إبرام العقود، وبالتالي فإنّه لا ينبغي تفسير هذه المادة على أنّها تقيّد بأي نحو من إستقلال الأطراف فيما يخص الأطراف غير المشمولين في نطاق استعمال وسائل الإتصال والإبلاغ الإلكترونية[9].

المطلب الثاني/وسائل التعبير عن الإرادة المقررة في إتفاقية اليونسيترال لإستخدام الخطابات الإلكترونية

سايرت إتفاقية اليونسترال الخاصة بالقانون الأنموذجي لإستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية المعقودة عام 2007، ذات التوجه الذي تبنته إتفاقية اليونسترال للتجارة الإلكترونية لعام 1996، عندما ذهبت في المادة 8 منها إلى أنّ " 1- لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو السند أو إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب الكتروني. 2- ليس في هذه الإتفاقية ما يلزم أي طرف باستخدام الخطابات الإلكترونية أو قبولها، ولكن يجوز الاستدلال على موافقة الطرف من سلوك ذلك الطرف "، حيث يتضح من نص هذه المادة أنّ التعبير عن الإرادة في إبرام العقود الإلكترونية يتم إما بصورة

خطاب إلكتروني أو أية وسيلة يتفق عليها الأطراف فيما بينهم، وسنتولى بيان كل صورة من صور التعبير عن الإرادة التي اعترفت بها الإتفاقية، في الفرعين الاتيين :

الفرع الاول/استخدام الخطاب الإلكتروني للتعبير عن الإرادة

قصدت الإتفاقية من مصطلح الخطاب الإلكتروني " أي خطاب توجهه الأطراف بواسطة رسائل البيانات "، وذهبت الإتفاقية إلى أنّ معنى الخطاب هو " أي بيان أو اعلان أو مطلب أو إشعار أو طلب، بما في ذلك أي عرض أو قبول عرض يتعين على الأطراف توجيهه أو تختار توجيهه في سياق تكوين العقد أو تنفيذه "[10].

و الواضح هنا أنّ الإتفاقية قصدت من تعريف الخطاب هو تحديد نطاق تطبيقها، لأنّ الإتفاقية تنطبق على مجموعة واسعة من تبادلات المعلومات بين طرفي العقد، سواء في مرحلة المفاوضات على العقد أو أثناء تنفيذه أو بعد تنفيذه، إذ أنّ تبادل الخطابات الإلكترونية يمكن أن يكون متعلقا بتكوين العقد أو تنفيذه، أو أنّها توجّه في وقت لاحق، قد لا يكون وجد فيه عقد بعد، بل ربما لا يوجد فيه تفاوض على عقد[11]، ومثال ذلك ما تناولته المادة 11 من تنظيم حالة الدعوات إلى تقديم عروض، ولكن هذا لا يعني أنّ الإتفاقية تنحصر في نطاق تكوين العقد، إذ يمكن أن تستخدم لممارسة طائفة متنوعة من الحقوق الناشئة عن العقد، مثل الإشعارات بتسلم البضاعة أو الإشعارات المتعلقة بالمطالبات الناجمة عن التخلف عن التنفيذ، أو الإشعارات بإنهاء العقد أو الإشعارات المتعلقة بتنفيذ العقد، كما في حالة التحويلات الإلكترونية للأموال[12].

ومن مقارنة التعريف المطروح للخطاب الإلكتروني مع تعريف رسالة البيانات التي تبنتها إتفاقية التجارة الإلكترونية لعام 1996، نلاحظ نشوء صلة بين الأغراض التي قد تستخدم الخطابات الإلكترونية من أجلها، ومفهوم رسالة البيانات والتي عرفتها الإتفاقية بأنّها " المعلومات التي يتم انشاؤها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو التلكس أو النسخ البرقي "[13]، حيث نلاحظ شمول التعريف لمجموعة واسعة من التقنيات التي تتجاوز نطاق التقنيات الإلكترونية المحضة[14]، وجدير بالإشارة هنا إلى أنّ الإتفاقية الخاصة بإستخدام الخطابات

الإلكترونية قد تبنت نفس الأهداف والمفاهيم والوسائل، بل وحتى الأمثلة التي تبنتها إتفاقية عام 1996 [15].

و قد كرّست المادة 8 من إتفاقية اليونسيترال الإنموذجية لعام 2007 هذا التوجّه في فقرتها الأولى التي تنص على أنّ " 1- لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو امكانية إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني "، ولما كان المبدأ الذي تبنته الإتفاقية الخاصة بالتجارة الإلكترونية وأقرّته في المادة 5 منها، فإنّ من شأن ذلك أن يعني أنّه لا ينبغي أن يكون ثمة تباين في المعاملة بين الخطابات الإلكترونية والمستندات الورقية، حيث لا يمكن أن يتم الاستناد إلى هذه الفقرة لإنكار المفعول القانوني للخطاب الإلكتروني، وذلك لمجرد كونها أرسلت أو حفظت أو تم تخزينها في هذا الشكل، فالشكل الذي تحفظ به معلومات معينة أو تعرض به، لا يمكن أن يكون السبب الوحيد لإنكار المـــفعول القانوني لتلك المعلومات أو صحتها أو قابليتها للنفاذ، ولكن هذا الحكم لا يعني أن يرسي الصـحة القانونية المـطلقة لأي خطاب إلكتروني مـحدد أو أي معلومات ترد فيه[16].

فضلا عن أنّه لا توجد قاعدة محددة في صدد شكل الخطاب الإلكتروني، الذي يتضمن التعبير الإلكتروني عن الإرادة المتمثل بتقديم عرض أو قبول عرض، وترك الموضوع إلى القـانون الوطني حتى لا يحصل تنازع بين الإتفاقية والقوانين الوطنية، فيما يتعلق بالقواعد المنظمة لتكوين العقد، لأنّ من شأن ذلك أن يتجاوز أهداف الإتفاقية ونطاقها[17].

الفرع الثاني/إتفاق الأطراف بصدد صيغة التعبير الإلكتروني عن الإرادة

يستفاد من نص المادة 3 من الإتفاقية والتي تنص على أنّه " يجوز للأطراف إستبعاد سريان هذه الإتفاقية أو الخروج عن أي من أحكامها أو تغيير مفعوله..."[18]، ونص الفقرة الثانية من المادة 8 والتي تنص على أنّه " ليس في هذه الإتفاقية ما يلزم أي طرف بإستخدام الخطابات الإلكترونية أو قبولها،...، ولكن يجوز الاستدلال على موافقة الطرف على ذلك من سلوك ذلك الطرف..."[19]، حيث يمكن القول بالجمع بين النصين، على أنّه يجوز للأطراف الإتفاق على صيغة التعبير الإلكتروني الذي يرتضيانه في التعبير عن إرادتهما في تكوين العقد، إلا أنّ الإتفاقية قد نحت نفس المنحى الذي

سارت عليه إتفاقية التجارة الإلكترونية في مجال التعبير عن الإرادة عند تكوين العقود، إذ راعت الإتفاقية حقيقة التماس الحلول للصعوبات القانونية التي يثيرها إستخدام وسائل الإتصال الحديثة، والتي تظهر في نطاق العقود في المقام الأول، وتجسد الإتفاقية الرأي القائل بأنّ حرية الأطراف مسألة مهمة في حيوية المفاوضات العقدية، وأنّ الإتفاقية ينبغي أن تعترف بها على نطاق واسع[20].

ولكن ينبغي الاشارة هنا إلى أنّ حرية الأطراف لا تمتد إلى تنحية الإشتراطات القانونية التي تفرض – على سبيل المثال – في نطاق تكوين العقود، كاستخدام طرق توثيق محددة في سياق معين[21]، وذلك بالنص على معيار يمكن بمقتضاه، أن توفي الخطابات الإلكترونية عناصرها كالتوقيعات وإشتراطات الشكل لأنّها عادة ما تكون اشتراطات إلزامية، لأنّها تجسّد الفلسفة العامة للاتفاقية، وتمثل الحد الأدنى المقبول للالتزام من الإشتراطات التي تعترف بها تلك الإتفاقية، لذلك لا يسمح للأطراف بأن يخففوا من الإشتراطات المتعلقة بالتوقيع مثلا، لصالح طرائق توثيق تقل موثوقيتها عن موثوقية التوقيعات الالكترونية.

و مع ذلك فإنّ الإتفاقية – كما ذهبت إليه في الفقرة 2 من المادة 8 لا تشترط على الأطراف قبول الخطابات الإلكترونية إذا لم ترغب في ذلك، ويعني ذلك أيضا على سبيل المثال أنّه يجوز للأطراف إختيار عدم قبول التوقيعات الالكترونية[22].

و ينبغي الإشارة هنا إلى أنّ شكل الخروج على أحكام الإتفاقية، يكون حسب الشكل الذي حددته المادة 3 منها، والتي بيّنت إمكانية تغيير أحكام الإتفاقية بموجب إتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف، تبرم فيما بينهم أو بواسطة قواعد يتفق الأطراف على تطبيقها في العلاقة فيما بينهم، وهذا الحكم ينطبق ليس فقط على العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه تلك الرسالة أو الخطاب الإلكتروني، بل يشمل أيضا الاتفاقات المبرمة في سياق العلاقات مع الوسطاء[23].

وهذا الإتفاق لا يلزم أن يكون صريحاً، بل يمكن أن يكون مستفادٌ ضمناً[24]، ولا تحتاج الموافقة على إستخدام الخطابات الإلكترونية للتعبير عن الإرادة في التعاملات الإلكترونية، إلى أن تبدى صراحة أو أن تعطى بأي شكل محدد، حيث ذهبت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "اليونسيترال" في دليل الإشتراع الملحق بالإتفاقية

إلى القول بأنّه " في الوقت الذي يبدو فيه أنّ التيقن المطلق يمكن أن يتحقق بالحصول على عقد صريح قبل التعويل على خطابات إلكترونية، فلا ينبغي أن يكون هذا العقد الصريح لازماً، وفي الواقع فإنّ هذا الإشتراط يمثل في حد ذاته حاجزاً، أمام تقدم وإنتشار تطبيقات التجارة الإلكترونية والأنشطة المرتبطة بها، وبمقتضى إتفاقية الخطابات الإلكترونية، تستشف الموافقة على إستخدام الخطابات الإلكترونية في التعبير الإلكتروني عن الإرادة من جميع الأطراف، بما في ذلك سلوك الأطراف، والأمثلة على الظروف التي يمكن أن نستنتج منها أنّ طرفا ما قد وافق على إجراء معاملات إلكترونية، يمكن أن تشمل تقديم بطاقة أعمال، تتضمن عنوان بريد إلكتروني أو دعوة الزبائن المحتملين إلى زيارة موقع الشركة على الشبكة الدولية للإتصالات والمعلومات (الإنترنت)، أو الدخول إلى الموقع الإلكتروني الخاص بشخص ما لتقديم طلبية أو الإعلان عن بضائع عبر الانترنت أو بواسطة البريد الإلكتروني"[25].

المبحث الثاني/الإشتراطات القانونية لصحة التعبير الإلكتروني عن الارادة

لكي يكون التعبير الإلكتروني عن الإرادة صحيحاً منتجاً لمفعوله القانوني، فلا يكفي أن يكون هذا التعبير مجسّدا بصيغة رسالة بيانات إلكترونية أو خطاب إلكتروني فقط، وإنّما لابدّ من توفر ثلاثة شروط رئيسة أقرّتها قوانين اليونسيترال الإنموذجية، وأكّدتها قوانين التجارة الإلكترونية الوطنية، وهذه الإشتراطات الثلاثة، هي :

1-الشكل أو كتابة التعبير الإلكتروني.

2-التوقيع أو إسناد التعبير الإلكتروني.

3-وجود الأصل الذي يثبت عليه التعبير الإلكتروني.

و سنتولى بحث كل شرط من هذه الشروط بصورة مستقلة في المطالب الثلاث الآتية :

المطلب الاول/شكل التعبير الإلكتروني

و بمقتضى هذا الإشتراط، فإنّه ينبغي أن يظهر التعبير الإلكتروني عن الإرادة مكتوباً بشكل مميز موثوق به يمكن الرجوع إليه، في الوقت الذي يمنع فيه تحريف هذا التعبير، ولكي يعدّ هذا الشرط متوفرا لابدّ من وجود ثلاثة خصائص للكتابة الإلكترونية هي :

1-إمكانية قراءة المعلومات واستنساخها.

2-أن يكون الوصول إليها متيسراً على نحو يتيح استخدامها لدى الرجوع إليها لاحقاً.
3-الديمومة وعدم القابلية للتحوير والتحريف.

و تجدر الإشارة إلى أنّ القوانين المنظمة لهذا الشرط، سواء على المستوى الدولي أو الوطني، تراعي فكرة عدم ملاءمة إعتماد مفهوم مفرط في الشمول بشأن الوظائف التي تؤديها الكتابة الاعتيادية[26]، فتقليديا توفر الكتابة مجموعة من الوظائف يمكن إجمالها في الآتي :

1-ضمان وجود دليل ملموس على نية الإلتزام لدى الطرفين وعلى طبيعة هذه النية.
2-مساعدة الطرفين على إدراك تبعة إبرامهما للعقد.
3-كفالة بقاء المستند مقروءا للجميع.
4-كفالة بقاء المستند بلا تحريف بمرور الزمن وأن يوفِّر سجلّا دائماً للمعاملة.
5-إتاحة الفرصة والمجال لاستنساخ المستند لكي يحتفظ كل طرف بنسخة من البيانات نفسها.
6-إتاحة المجال لإسناد رسالة البيانات بواسطة التوقيع.
7-كفالة أن يكون المستند في شكل مقبول لدى المحاكم والسلطات العامة.
8-تجسيد قصد محرر الكتابة وتوفير سبيل هذا القصد.
9-إتاحة المجال لتيسير تخزين البيانات في شكل ملموس.
10-تيسير الرقابة اللاحقة لأغراض محاسبية أو ضريبية أو تدقيقية أو تنظيمية.
11-إدخال الحقوق والالتزامات القانونية إلى حيّز الوجود، في الحالات التي تكون فيها الكتابة مطلوبة
12-لإثبات الصحة[27].

لذلك ذهب المشرعون على المستوى الدولي والوطني على السواء، إلى التخفيف من الإشتراطات التقليدية للكتابة، عندما أقرّوا الكتابة كشرط للتعبير الإلكتروني عن الإرادة[28]، فقد روعي وجوب إقتران الكتابة بالتوقيع والأصل، لذلك يكون من الضروري الأخذ بالكتابة، على إعتبار أنّها أدنى الشروط في التسلسل الهرمي لمقتضيات الشكل، والتي تحدد مستوى متميز من موثوقية المستندات الإلكترونية أو إمكانية الرجوع إليها

وعدم قابليتها للتحريف، وهذا الإشتراط الحدي لا ينبغي الخلط بينه وبين الإشتراطات الأشد إلزاما، مثل إشتراط الكتابة الموقعة أو الأصل الموقع أو السند القانوني الموثّق.

و بالرغم من ذلك فإنّ نصوص المواد 6 من اليونسيترال لسنة 1996 و 9 من اليونسيترال لسنة 2007، لا يشترطان أن تفي رسائل البيانات أو الخطابات الإلكترونية في كل الحالات بجميع وظائف الكتابة التي يمكن تصورها، حيث يركزان على المفهوم الأساسي للمعلومات التي يمكن استنساخها وقراءتها، وهذا المفهوم معبر عنه بمعيار موضوعي تضمنته الاتفاقيتين، وهو أنّ المعلومات الواردة في رسالة البيانات أو الخطاب الإلكتروني يجب أن تكون في المتناول حتى يتسنى استخدامها لاحقا، وهو واضح من خلال استخدام عبارة " إذا تيسّر الإطلاع " أو " الوصول... متيسرا " حيث يقصد بها أنّه يعني ضرورة أن تكون المعلومات المقدمة في شكل بيانات حاسوبية مقروءة ينبغي الاحتفاظ بها، ويقصد من عبارة " على نحو يتيح استخدامها " أن تشمل الاستخدام البشري والحاسوبي في نفس الوقت، أمّا عبارة " الرجوع إليها لاحقا " أو " الرجوع لاحقا "، فتعني معياراً ذاتياً مخففاً يشير إلى سهولة القراءة أو سهولة الفهم[29].

المطلب الثاني/إشتراط توثيق التعبير الالكتروني

بغية ضمان وجوب عدم إنتفاء القيمة القانونية لرسالة البيانات أو الخطاب الإلكتروني الذي يشترط توثيقه، لا لسبب إلا لأنّها غير موثقة بإحدى الوسائل التي تتميز بها المستندات التقليدية، تعتمد المادة 7 من اليونسيترال لعام 1996 والمادة 9 من اليونسيترال لعام 2007 مجموعة من الشروط العامة الواجب توفرها، حتى تعتبر رسائل البيانات أو الخطابات الإلكترونية موثقة ومسندة إلى منشئها بشكل يتسم بالمصداقية بما فيه الكفاية، وحتى تكون واجبة النفاذ رغم وجود شروط التوقيع، التي تشكّل حاليا عقبات تعترض التجارة التي تستخدم الرسائل الالكترونية.

و تركز المادة 7 من اليونسيترال لعام 1996 والمادة 9 من اليونسيترال لعام 2007 على وظيفتين أساسيتين للتوقيع هما :

1-تعيين هوية منشئ أو موقع رسالة البيانات أو الخطاب الإلكتروني.

2-التأكيد على إظهار موافقة منشئ أو موقع الرسالة أو الخطاب الإلكتروني على مضمونها.

و قد أرسى القانون الأنموذجي نهجاً مرناً فيما يتعلق بمستوى الأمان، الذي ينبغي أن توفره طريقة تعيين الهوية بالنسبة للموقع أو المنشئ، حيث يجب أن تكون الوسيلة المستخدمة موثوقة بقدر ما هي مناسبة للغرض الذي أُنشِأت أو أُبلِغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي إتفاق بين منشئ رسالة البيانات أو الخطاب الإلكتروني والمرسل إليه(30).

و قد اعتمدت لجنة اليونسيترال على مبدأ الحياد تجاه جميع تكنولوجيات التوقيع، وذلك عندما لم تحدد مكافئات تكنولوجية معينة لوظائف خاصة للتوقيعات الخطية، وذلك نظراً لتسارع وتيرة الإبتكار التكنولوجي، حيث ذهبت الإتفاقيات إلى النص على معايير للإعتراف القانوني بالتوقيعات الإلكترونية، دون اعتبار للتكنولوجيا المستخدمة فيها، ولذلك يصح التوقيع الإلكتروني إذا كانت وسيلته تعتمد على نظم الترميز غير المتناظرة، أو أدوات القياس الحيوي التي تستطيع أن تميز هوية الأفراد، عن طريق سماتهم البدنية سواء عن طريق شكل اليد أو الوجه أو قراءة بصمات الأصابع، أو التعرف على الأصوات أو فحص شبكية العين وما إلى ذلك، ونظم الترميز المناظرة وإستخدام أرقام تحديد الهوية الشخصية PINs، وإستخدام الرموز المحددة كوسيلة لتوثيق رسالة البيانات أو الخطاب الإلكتروني، عن طريق البطاقات الذكية أو أي أداة أخرى يحتفظ بها الموقع والصيغة الرقمية للتوقيعات الخطية وديناميكيات التوقيع، كالنقر على مربع الموافقةOK box (31).

المطلب الثالث/الأصل الإلكتروني

يقصد بالأصل هنا هو : الدعامة أو الواسطة التي يتم بها تثبيت المعلومات للمرة الأولى، ولما كان الأصل بهذا المعنى، فإنّه يكون من المستحيل في البيئة الرقمية أو الإلكترونية الحديث عن رسائل بيانات أو خطابات إلكترونية أصلية، لأنّ الطرف الذي ترسل إليه رسالة البيانات أو الخطاب الإلكتروني يتلقى دائما نسخة وليس أصلا.

ولكن هذا الكلام لا ينطبق على حالتين هما :

1- المستندات التي تتمتع بأهمية خاصة.

2- وضع المعلومات ابتداء على شكل وثيقة ورقية ثم تنقل إلى حاسوب.

إذ نجد أنّ الحالة الأولى تشمل على سبيل المثال مستندات الملكية والصكوك القابلة للتداول، التي تتمتع فيها النسخة الأصلية للمستند بأهمية خاصة، كما يشمل كافة المجالات القانونية التي توجد فيها شروط خاصة، فيما يتعلق بتسجيل أو توثيق المحررات ومثالها الوثائق السرية أو بيع العقارات، والوثائق التجارية مثل وثائق التصديق على الوزن والشهادات الزراعية والشهادات على النوعية أو الكمية، وتقارير التفتيش وشهادات التأمين وغير ذلك من المستندات التي تتطلب وجود أصولها الورقية، وجميع المستندات المشار إليها في هذه الحالة لا تكون ذات فعالية قانونية موثوقة، ما لم يتم ارسالها كما هي دون تغيير في شكلها الأصلي، حتى تتوفر للمتعاملين في التجارة الإلكترونية ثقة في محتواها[32]، ولذلك فإنّ إشتراطات المادة 8 من اليونسيترال لعام 1996 تمثل الحد الأدنى المقبول لشرط الشكل الواجب إستيفاؤه، في أيّة رسالة بيانات لكي تعتبر معادلاً وظيفياً للأصل[33].

و ينبغي الاشارة إلى أنّ إشتراطات الشكل يتداخل توافرها مع إشتراطات وجود الكتابة أو التوقيع، لذلك فإنّ ما تؤكد عليه المادة 8 من اليونسيترال هو أهمية سلامة المعلومات لكي تعتبر أصلية، وتحدد معايير ينبغي مراعاتها عند تقييم السلامة عن طريق الاشارة إلى التسجيل المنتظم للمعلومات، وكفالة تسجيل المعلومات دون ثغرات وحماية البيانات من التحريف، وهي تربط مفهوم الطابع الأصلي بطريقة التوثيق، وترتكز على طريقة التوثيق اللازم اتباعها لاستيفاء هذا الشرط، كما ترتكز على عدة عناصر منها معيار بسيط بشأن سلامة البيانات، ووصف العناصر التي يتعين أخذها في الحسبان عند تقييم السلامة وعنصر المرونة في الاشارة إلى الظروف المحيطة .

أما حالة انشاء رسالة البيانات للمرة الاولى في شكلها النهائي، فهذه الحالة تشمل الوضع الذي يتم فيه وضع المعلومات فيها أو على شكل وثيقة ورقية ثم تنقل لاحقا إلى حاسوب، وبذلك فإنّ المادة 1/8/أ يجب أن تفسر على أنّها تتطلب تأكيدات بأنّ المعلومات بقيت كاملة دون تغيير منذ وضعها في شكل وثيقة ورقية، وليس فقط منذ نقلها إلى شكل الكتروني[34]، غير أنّه إذا وضعت عدة مسودات وخزنت قبل وضع الرسالة في شكلها النهائي، فإنّ هذه الفقرة لا تشترط تأكيد سلامة المسودات[35].

لذلك نجد المادة 9 من القانون الانموذجي لعام 2007 تؤكد في فقرتيها 4 و5 على أهمية سلامة المعلومات بالنسبة لأصلها وتضعان – عندما تشيران إلى التسجيل المنظم للمعلومات، وإلى ضمان تسجيلها دون نقائص وإلى حماية البيانات من التغيير ومن التحريف – معايير تراعى فيها تقييم السلامة، وتربط الفقرتان مفهوم " الأصل " بأسلوب من أساليب التوثيق، وتركزان على أسلوب التوثيق الذي ينبغي أن يتوخى من أجل الوفاء بالشرط، كما أنّهما تستندان إلى العناصر التالية :

1-معيار مبسط بشأن سلامة البيانات.

2-وصف للعناصر التي ينبغي أن تراعى في تقييم السلامة.

3-عنصر للمرونة في إشارة إلى الظروف المحيطة.

4-و تشترط الفقرة 4/أ توفر رسائل تؤكد أنّ المعلومات بقيت كاملة ولم تتغير منذ الوقت الذي صيغت فيه كمستند ورقي، وليس فقط منذ الوقت الذي نقلت فيه إلى الشكل الإلكتروني، ولكن عندما تكون هناك عدة مسودات قد صيغت وخزنت قبل وضع الرسالة النهائية، فإنّ حكم هذه الفقرة لا يعني إشتراط تأكيد سلامة تلك المسودات[36].

المبحث الثالث/صيغ التعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني

يتم التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني بالايجاب والقبول الالكترونيين في صيغ وكيفيات متعددة، وسنتولى بيان الكيفية التي يتم بها التعبير عن الإرادة في كل منهما في مطلبين كالآتي :

المطلب الاول/التعبير عن الإرادة في الإيجاب الالكتروني

يعرّف الإيجاب في القواعد العامة بأنّه " عرض التعاقد "[37]، ويفترض أن يكون عرض التعاقد هذا على نحو جازم وكامل، وحتى يصلح أن يكون هذا العرض إيجاباً تعاقدياً فإنّه يجب أن يكون صادراً وفقا لشروط معينة، ويوجهه شخص إلى شخص آخر أو إلى أشخاص غير معينين بذواتهم أو الكافة، ويجب أن يكون الإيجاب نهائياً بحيث إذا اقترن به قبول فإنّه ينعقد العقد، لذلك لا يعدّ إيجاباً مجرد الدعوة إلى التفاوض أو مجرد الإعلان عن البضاعة ولو تضمن كافة العناصر الأساسية اللازمة للعقد المراد ابرامه، كما يجب أن يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه[38].

ولما كان التعاقد الإلكتروني الذي ينتج عنه العقد الإلكتروني الذي يجري في إطار البيئة الإلكترونية، يندرج تشريعياً ضمن طائفة العقود التي تبرم عن بعد، فإنّ تعريف الإيجاب في هذا النوع من التعاقد يجب أن يتم في ظل خصوصية هذه البيئة[39].

و لذلك يذهب التوجيه الأوربي الخاص بحماية المستهلكين " سابق الذكر"، إلى أنّ الإيجاب عن بعد يعني " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الاعلان"[40]، وينسجم هذا الموقف مع الموقف في إتفاقية اليونسترال الخاصة بإستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، عندما ذهبت إلى أنّ " أي إقتراح يقدم لابرام عقد بواسطة خطاب إلكتروني واحد أو أكثر ولا يكون موجها إلى طرف معين واحد أو أكثر، بل يتيسر الاطلاع عليه للأطراف التي تستخدم نظم المعلومات، بما في ذلك الإقتراحات التي تستخدم تطبيقات تفاعلية لتقديم طلبات، من خلال نظم معلومات من ذلك القبيل يعتبر مجرد دعوة إلى تقديم عروض، مالم يدل بوضوح على أن مقدم الاقتراح ينوي الإلتزام به في حال قبوله "[41].

و للايجاب الإلكتروني خصوصية تستدعي خروجه عن بعض أحكام الإيجاب التقليدية الواردة في القواعد العامة، وذلك على النحو الآتي :

أولا/التخفيف من الطابع الجازم للإيجاب :

و هنا نفرق بين فرضين:

أولهما أن يتم الإيجاب بواسطة وسيلة إلكترونية موجهة إلى شخص معين أو أشخاصاً معيّنين، أي أنّ الموجب يحاول أن يخص بإيجابه شخصا أو اشخاصا محددين، يرى أنّهم يهتمون بمنتجاته أو خدماته دون غيرهم، وبهذه الفرضية فإنّ الموجب يرسل خطابه الإلكتروني إلى المرسل إليهم، الذين سيقومون بدورهم باستلام هذا الخطاب الإلكتروني، وتتحقق بذلك فعالية الإيجاب بحيث يكون للمرسل إليهم الحرية في قبول العرض أو لا، وفي هذه الفرضية نلحظ سهولة العلم بالعروض التعاقدية، كما نلحظ تحقق الشروط التي تتطلبها التشريعات المختلفة في الإيجاب دون تعقيد أو صعوبة كبيرة.

أمّا الافتراض الثاني، ففيه يتوضح ما يعكسه التعامل الإلكتروني في الواقع العملي، إذ أنّ التاجر يحرص على أن لا يلتزم إلى حد بعيد، إلتزاماً كاملاً وباتاً بعرضه التعاقدي، وذلك لكي يعتبر العرض المقدم منه مجرّد إعلان لا يكفي لإنعقاد العقد إذا قبله من وجه إليه.

و من هذه الإعتبارات على سبيل المثال :

1- نفاذ المخزون السلعي للتاجر.

2- عدم قدرة التاجر على الوفاء بالتزامه التعاقدي على النحو المحدد بالعقد، كأن يصاب الموجب بضرر يمنعه من تنفيذ إلتزامه.

3- عدم التأكد من قدرة الطرف الآخر في إنجاز التعاقد ومدى يساره عند صدور الإيجاب[42].

لذلك يكون من الأفضل للتاجر كما المستهلك أن يحتفظ بإمكانية الرجوع في التعاقد، بحيث لا يكون ملتزماً بموجب عرضه التعاقدي الذي كان سيكفي مجرد قبول الطرف الآخر له لإنعقاد العقد، لولا إحتفاظ التاجر بمكنة الرجوع في ه[43].

ولولا إمكانية الرجوع هذه لقامت المسؤولية العقدية للطرف الذي لم ينفذ إلتزامه التعاقدي[44] طبقا للقواعد العامة، فإذا ما تبيّن أنّ عرض التاجر كان عبارة عن دعوة إلى التفاوض أو دعوة إلى التعاقد، وذلك بأن يتم النص صراحة على أنّ هذه الشروط أو العروض ليس ايجابا بالمعنى القانوني الفني، وذلك باستخدام عبارات صريحة الدلالة في هذا المعنى.

لذلك فإنّ اجابة الطرف الآخر " المرسل إليه " ستكون إيجابا، إذ أنّها ستجعل منه موجباً، وستكون الرسالة التي يرسلها التاجر بعد ذلك هي القبول الذي ينعقد به العقد[45]، وبالتأكيد فإنّ هذه الإجابة سوف لن يرسلها التاجر إلّا إذا إطمأن من وجودِ مخزونٍ سلعيٍّ كافٍ لتلبية الطلبية، أو كان واثقاً من قدرته على تنفيذ ما سلتزم به من تقديم الخدمة المطلوبة من جراء هذا التعاقد، وطبيعي أنّه سيتسنى له الوقت الكافي للإطمئنان من شخصية المتعاقد الآخر ويثق بجديته ومدى يساره إذا لزم الامر[46].

و بخلاف ذلك، إذا قام التاجر بعرض التعاقد دون إيراد مثل هذا التحفظ الذي يقصد منه عدم اعتبار ما يصدر منه ايجابا، فإنّ ما سيصدر منه من عروض ستكون إيجاباً

ملزماً يؤدي قبول المرسل إليهم له إلى انعقاد العقد، وبالتالي سيتحمل المرسل أي مسؤولية بسبب عدم قدرته على التنفيذ، بسبب نفاذ مخزونه السلعي أو عجزه عن تقديم الخدمة أو أي سببٍ آخر.

ثانيا/اللغة المستخدمة في الإيجاب :

إنّ عالمية شبكة الإتصالات والمعلومات الدولية internet تستدعي التخفيف من وجوب إستعمال اللغة الوطنية في الإيجاب الإلكتروني، بخلاف ما تفرضه بعض القوانين الوطنية التي يكون القصد منها حماية المستهلكين، تقر بإمكانية الاحتجاج بسوء النية وتقرير بطلان العقد إذا كان العقد مكتوبا بغير اللغة الوطنية للمستهلك، ولنا أن نتخيل مقدار وعِظَم المشكلة بالنسبة للتاجر الذي يتعامل عبر الشبكة الدولية، وما سيلاقي من إستجابات لشراء منتجاته أو طلب خدماته من كل أنحاء المعمورة، وبالتأكيد لن تكون كلها بلغة واحدة، بل وستتفاقم المشكلة بشكل كبير بالنسبة له خصوصا إذا ما وجد هذا الموقف مطبقا في دول عديدة ![(47)].

و توجب المبادئ القانونية الحديثة المقررة في حماية المستهلك مراعاة اللغة الأم لكل مستهلك، لكي يتسنى له فهم مضمون العقد الإلكتروني الذي يريد أن يقدم عليه، وذلك كشكل من أشكال الحماية له[(48)].

فالإيجاب عبر الشبكة الدولية للانترنت غالبا ما يتسم بالعالمية ويتم باللغة الإنكليزية، ولمّا كانت حقيقة وجود مصطلحات فنية وقانونية غير مألوفة أو ذات دلالات قانونية مختلفة تعبّر عن النظام القانوني المتبع في دولة الموجب، مما يثير مشاكل في إعلام المستهلك، خصوصاً إذا ما وجد خلاف في النظام القانوني المتّبع في الدول اللواتي ينتمي إليها أطراف العقد الإلكتروني، ولذلك يكون إلزام الموجب بإعلام المستهلك باللغة التي يفهمها، من وسائل حماية الأخير بإعتباره الطرف الأضعف في التعاقد عن بعد، وذلك حتى لا يقدم المستهلك على التعاقد إلّا وهو على علم ودراية كافيين بطبيعة العقد ومضمون محل التعاقد والشروط التعاقدية وكيفية السداد[(49)].

و جدير بالذكر أنّ المشرع الفرنسي تناول بالتنظيم مسألة إستخدام اللغة في مرحلة ما قبل التعاقد[(50)]، في إطار المعاملات التقليدية، فقد فرض المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 31 ديسمبر – كانون الأول من عام 1975، صياغة الإيجاب باللغة

الفرنسية [51]، في مجال ترويج السلع والخدمات، وبصدور قانون توبون عام 1994 واللائحة الخاصة به الصادرة في 19 مارس 1996، و6 مارس 1997 الخاصة بضرورة إستخدام اللغة الفرنسية في الإيجاب في كل أنواع التجارة، بما في ذلك التجارة الإلكترونية بصفة خاصة في التعليمات الخاصة بالتشغيل وشروط الضمان ووصف المنتج أو الخدمة والفواتير والايصالات، وينطبق هذا على الاعلانات المرتبة والمسموعة أو الناطقة أو المكتوبة[52].

و قد ذهب بعض الفقه الفرنسي، وإقراراً منه بحقيقة وجود صعوبات كثيرة في وجوب إستخدام اللغة الفرنسية عند إبرام العقد الإلكتروني أو بالإيجاب، لأنّ غالبية المنتجات والخدمات يتم الإعلان عنها وتسويقها باللغة الإنكليزية، وذلك لأنّ الأخيرة هي لغة الإنترنت الذي هو أنجلو – أمريكي، إلا أنّ استخدام اللغة الفرنسية في إطار البيع للمستهلك يجب أن يوضع في إطار نص المادة 30 من إتفاقية روما، والتي تبنت فيها بدائل متعددة لاستخدام اللغات في المعاملات والاتصالات التجارية[53].

و على ذلك فإنّه وبسبب أنّ المستهلك هو الطرف الاضعف في التعاقد يجب حمايته، وبسبب اتسام التعاقد الإلكتروني في غالبيته بالصفة العالمية، ووقوعه باللغة الانكليزية، لا ينفي إلتزام الموجب الذي يعرض سلعه وخدماته عبر الانترنت بتبصير المستهلك بلغته الأم أيضا[54].

و من الجدير بالذكر هنا هو أنّ القياس على ما ذهب إليه التوجيه الأوربي الصادر في 21 مايو 1992 وارد إعماله في هذا الفرض أيضا، حيث يذهب هذا التوجيه إلى أنّه " إذا إستجاب مستهلكٌ فرنسي لإعلان في صحيفة صادرة باللغة الانكليزية أو برنامج للبيع في التلفزيون باللغة الألمانية، فلا يجوز له أن يتوقع تلقي جميع المعلومات بلغته الوطنية، فإذا كانت وسيلة الدعاية توزع خارج منطقتها اللغوية وقرر المستهلك أن يتعاقد، فلا ينبغي أن تكون القواعد الخاصة باللغة عائقا أمام هذا العقد العابر للحدود..."، ومن البدهي – كما نرى – القول أنّ هذا الحكم قابل للتطبيق على النطاق الإلكتروني عبر الشبكة الدولية، وذلك لتشابه الحالتين في الوضع والعلة، خصوصا وأنّه أشار إلى الإيجاب بواسطة التلفزيون[55].

ثالثا/تحديد النطاق المكاني للإيجاب :

لمّا كانت التجارة عبر الشبكة الدولية للإتصالات والمعلومات عابرة للحدود، فهي بنطاقها تشمل كل أنحاء المعمورة، ما دامت تتوفر في المكان الذي يتواجد فيه المتعاقدان حواسيب تتصل بهذه الشبكة، ولكن المشكلة هنا هي أنّ البائع عبر الشبكة لا يستجيب لطلبات الشراء البعيدة عن مكانه الجغرافي، بسبب عدم تحديد منطقة جغرافية معينة تسمى نطاق التغطية (lieu de coerture)، أي النطاق الذي يغطيه الإيجاب [56]، ولما كانت الحالة لاحقة للانعقاد فلا يتوفر الخلاف بشأنها إلّا حين التسليم أي وقت تنفيذ العقد .

عليه فإنّه إذا ما ورد شرط في الإيجاب يمثل تقييداً للأماكن التي تم فيها التسليم من الناحية الجغرافية، فإنّ العميل الذي لا يقع في النطاق الجغرافي الذي يتاح فيه التسليم، سوف يتردد كثيرا دون شك في قبول العرض التعاقدي الموجه إليه[57].

المطلب الثاني/التعبير عن الإرادة في القبول الالكتروني

القبول في القواعد العامة هو جواب على الإيجاب[58]، أي تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد، على أساس هذا الإيجاب، ويجب أن يتطابق تماماً مع الإيجاب لكي ينتج أثره في إتمام إنعقاد العقد، وإلّا فإنّ العقد لا ينعقد، فإذا إختلف القبول عن الإيجاب أُعتبر إيجاباً جديداً وليس قبولاً[59].

و للقبول في التعاقد الإلكتروني طرقٌ خاصة [60]، ويتمتع بمميزات تختلف به عن القبول في التعاقد التقليدي الذي تنظمه القواعد العامة، يمكن اجمالها في الآتي :

1-فالسكوت في التعاقد الإلكتروني لا يعدّ قبولا، فمن يتسلم رسالة بيانات إلكترونية عبر الشبكة تتضمن ايجابا، ونص فيها على أنّــه " إذا لم يتم الرد على هذا العرض خلال مدة... أعتبر ذلك قبولا "، فليس هناك أي أثر لهذه العبارة، إذا لم يعرها من وجّهت إليه اهتمامه[61].

2-لا يمكن القول في البيئة الإلكترونية بأنّ العرف يلعب دوراً فعلياً في التعاقد عبر الانترنت، وذلك لحداثة ظهور هذا الشكل من أشكال التعاقد[62].

3-أمّا في حالة إذا ما تمخض الإيجاب الإلكتروني عن مصلحة من وُجّه إليه، وبالتالي إمكانية القول بأنّ القبول يستفاد ضمناً من حالة السكوت، لأنّها حالة تعتبر عملاً من

أعمال التبرع دون أي إلتزام يقع على عاتق من وجه إليه الإيجاب، فهو أمر مفترض افتراضا بعيد الوقوع في الواقع العملي، لأنّه فرض غير مألوف الحدوث في بيئة التعامل الإلكتروني عبر شبكة الانترنت [63]، خصوصا وإنّ مثل هكذا فروض لا تحدث واقعا ما لم تكن هناك معرفة سابقة أو تعامل سابق بين طرفيها، بحيث يعرف كل منهما الآخر تماما، وبالتالي فإنّ الطرف الآخر يتعين أن يكون مجهولا بالنسبة له.

4-أمّا إمكانية إعتبار السكوت قبولاً إلكترونياً، في حالة التعامل السابق بين الطرفين في المعاملة الإلكترونية، فيبدو للوهلة الأولى الأمر مقبولا، خصوصا إذا ما اعتاد العميل شراء بعض السلع والخدمات من أحد المتاجر الافتراضية أو مقدمي الخدمات عبر الشبكة، بواسطة البريد الإلكتروني أو باستخدام أحد برامج الوسائط الإلكترونية الذكية.

و جدير بالذكر هنا أنّ بعض المشرعين ذهبوا في هذا الإطار إلى اعتبار:

1-إتفاق أطراف العقد الإلكتروني بشأن طريقة للتعبير عن الإيجاب أو القبول كليا أو جزئيا، بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو ابطال للايجاب أو القبول، يعد صحيحا ما دام الأطراف قد ارتضوا هذه الوسيلة أو الطريقة للتعبير عن الإيجاب أو القبول [64].

2-إمكانية استنتاج قبول الشخص للتعامل الإلكتروني وموافقته من سلوكه الإيجابي [65].

إلّا أنّه ينبغي أن لا نغفل حقيقة هامة يؤكدها واقع البيئة الافتراضية وتطبيقات التعامل الإلكتروني، وهي سهولة إرسال الإيجاب الإلكتروني من قبل الموجب إلى المرسل إليه المحدد، أو إلى مرسل اليهم متعددين قد يؤدي إلى فرض التعاقد على المستهلك أو المستهلكين الذين إعتادوا التعامل عبر الشبكة، وذلك بمجرد إرسال التاجر لإيجاب عبر البريد الإلكتروني للمستهلك أو إرساله إيجاباً ملزماً لجمهور المستهلكين، يتمثل بأنّ عدم الرد خلال مدة معينة بمثابة قبول للعرض [66]، وبما أنّ هذا الافتراض وارد في بيئة التعامل الإلكتروني، فلا يجوز استنتاج قبول العميل بمجرد السكوت في مثل حالة الإفتراض المتقدم، وذلك لأنّ القول بخلاف ذلك سيكون مدعاة للتجني على المستهلكين من قبل التجار، خصوصاً ونحن نعيش في عالم اليوم وسط حياة مليئة بالهموم والمشاكل التي لا يستطيع معها أحدنا أن يتابع بريده الإلكتروني اليومي باستمرار، ولا

أن يتصفح جميع الرسائل المستلمة، أو أن يميز بين الرسائل التجارية الحقيقة والرسائل التطفلية (spam) التي ترد إلى بريده الإلكتروني بشكل دوري أو الاطلاع على جميع الرسائل الواردة إليه في وقت ورودها إليه[67]، وفي ذات الوقت لا يمكن إعتبار هذا النوع من السكوت سكوتا ملابسا، لأنّ هذا الأخير لا ينعقد به العقد التقليدي، فضلاً عن عدم إعتباره قبولاً ينعقد به العقد في التعاقد الإلكتروني.

و هنا نقول أنّه لابدّ من وجود ارادة صريحة معبر عنها بالوسائل الإلكترونية تتناسب وهذه البيئة، ويكون مقبولا إعتبارها تعبيرا صريحا عن إرادة القبول في التعاقد الإلكتروني، باعتبارها صورة من صور التعبير الإلكتروني عن الإرادة [68].

ولا يوجد ما يمنع من الناحية القانونية من أن يكون التعبير عن الإرادة بالقبول عن طريق الضغط على نافذة (أيقونة) القبول، ولكن قد لا تقتنع المحاكم بهذا النوع من القبول إذا كان حاسما، لذلك يفضل أن تتضمن عبارات التعاقد رسالة قبول نهائي من أجل تجنب أخطاء اليد أثناء العمل على جهاز الحاسوب، مثل " هل تؤكد القبول؟"، وتكون الاجابة بالضغط على " نعم أو لا "، أو أن يتم التعبير عن الإرادة بالقبول بضغطتين متتاليتين، تأكيدا لتصميم من وجه إليه الإيجاب[69].

وقد يثور التساؤل حول القيمة القانونية لهذا التأكيد للقبول ؟ وهنا نقول بأنّه لا يخرج الأمر في الاجابة على هذا التساؤل عن افتراضات ثلاث :

الإفتراض الأول :: إذا كان البرنامج الإلكتروني لا يسمح بإنعقاد العقد إلّا إذا تم تأكيد القبول، بحيث لن يترتب على صدور القبول مجرّداً من أي تأكيد، أية آثار قانونية، ففي هذه الحالة نستطيع الجزم بأنّ القبول لا يتم إلا بعد التأكيد.

أمّا الإفتراض الثاني :: وفيه يسمح البرنامج بإنعقاد العقد دون أن يرد فيه التأكيد على الإطلاق، وهنا لا مفر من القول بأنّ القبول قد تم بمجرد النقر على نافذة القبول.

أمّا الإفتراض الثالث :: فهو فرض يقع بمنزلة الوسط بين سابقيه، ففيه يتضمن البرنامج ضرورة التأكيد، ولكنه لا يمنع من إنعقاد العقد بدونه، وهنا يمكن القول أنّ اللمسة هي قرينة على الإنعقاد، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس، بمعنى أنّه يجوز للعميل أن يثبت أنّ اللمسة كانت قد صدرت منه عفوا، وهنا نستطيع أن يتخذ من عدم التأكيد قرينة على عدم توفر قصد قبول التعاقد.

خاتمة

في خاتمة هذه الدراسة نرى من المفيد تسليط الضوء على النتائج الآتية:

1-إنّ التعبير الإلكتروني عن الإرادة يكون بشكل معلومات إلكترونية تتضمن تعبيرا صريحا عن الإرادة يمثل عرضا للتعاقد أو قبولا لهذا العرض، ويتم انتاج التعبير عن الإرادة بواسطة رسائل البيانات، والتي هي المعلومات التي يتم انشاؤها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، يمكن أن توصل التعبير الإلكتروني إلى الطرف الآخر.

2-لا تمتد حرية الأطراف في التعاقد الإلكتروني إلى تنحية الإشتراطات القانونية الواجب إتباعها في نطاق تكوين العقود، كالتوقيعات واشتراطات الشكل لأنّها عادة ما تكون اشتراطات قانونية إلزامية، لأنّ أحكامها تجسّد الفلسفة العامة للاتفاقية، وتمثّل الحد الادنى المقبول للالتزام من الإشتراطات التي تعترف بها الأونسترال.

3-لا يشترط حسب ظاهر نصوص قوانين اليونسيترال، بأن تفي رسائل البيانات أو الخطابات الإلكترونية في كل الحالات بجميع وظائف الكتابة التي يمكن تصورها تقليديا، لأنّ المهم فيها إمكانية استنساخها وقراءتها، وهذا المفهوم معبر عنه بمعيار موضوعي تضمنته القوانين الإنموذجية الصادرة عام 1996 وعام 2007، وهو أنّ المعلومات الواردة في رسالة البيانات أو الخطاب الإلكتروني يجب أن تكون في المتناول حتى يتسنى استخدامها لاحقا، وهو ما يعني ضرورة أن تكون المعلومات المقدمة في شكل بيانات حاسوبية مقروءة ينبغي الاحتفاظ بها، على نحو يتيح استخدامها بشريا وحاسوبيا في نفس الوقت، والرجوع إليها لاحقا.

4-إعتمدت لجنة اليونسيترال على مبدأي الحياد التكنولوجي والنظير أو المكافئ الوظيفي، تجاه جميع تكنولوجيات التعبير عن الإرادة، ونظرا لتسارع وتيرة الابتكار التكنولوجي، تمّ الاعتراف القانوني برسائل البيانات أو الخطابات الإلكترونية، دون إعتبار للتكنولوجيا المستخدمة فيها، ولذلك يصح التعبير الإلكتروني عن الإرادة إذا كانت وسيلته تعتمد على رسالة بيانات أو خطاب إلكتروني تتوفّر فيه الإشتراطات القانونية التي تحددها قوانين اليونسيترال.

5-الايجاب عن بعد يعني " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الاعلان "، وإنّ " أي إقتراح يقدّم لإبرام عقد بواسطة خطاب إلكتروني واحد أو أكثر ولا يكون موجها إلى طرف معين واحد أو اكثر، بل يتيسر الإطلاع 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 إلى تقديم عروض، مالم يدل بوضوح على أن مقدم الاقتراح ينوي الإلتزام به في حال قبوله.

6-لا يعدّ السكوت في التعاقد الإلكتروني قبولا، كما لا يمكن القول في البيئة الإلكترونية بأنّ العرف يلعب دوراً فعلياً في التعاقد عبر الانترنت، إلاّ في حالة إذا ما تمخض الإيجاب الإلكتروني عن مصلحة من وجه إليه، فإنّه يمكن القول بأنّ القبول يستفاد ضمنا في حالة السكوت، لإمكانية إعتباره من أعمال التبرّع، أمّا إمكانية إعتبار السكوت قبولاً إلكترونياً في حالة التعامل السابق بين الطرفين في المعاملة الإلكترونية، فإنّ الأمر يكون مقبولاً إذا ما إعتاد العميل شراء بعض السلع والخدمات من أحد المتاجر الإفتراضية أو مقدمي الخدمات عبر الشبكة، بواسطة البريد الإلكتروني أو بإستخدام أحد برامج الوسائط الإلكترونية الذكية.

الهوامش:

(1). وقد بينت إتفاقية اليونسيترال للتجارة الإلكترونية لعام 1996، في سياق تنظيمها لتكوين العقود وصحتها.

(2). وقد اوردت الإتفاقية هذا الحكم في سياق اعتراف الأطراف برسائل البيانات.

(3). المادة 2/أ من اليونسيترال لعام 1996 ونفس التعريف تبنته إتفاقية اليونسيترال لعام 2007 في المادة 4/جـ منها، واغلب قوانين التجارة الإلكترونية المقارنة، منها قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لعام 2007 في المادة 2 منه وكذلك قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم 85 لسنة 2001 في المادة 2 منه، وقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري رقم 16 لسنة 2010 في المادة 1 منه، ولم يورد كل من المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لعام 2012 تعريفا لرسالة البيانات، ولا المشرع الاماراتي الاتحادي في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 1 لسنة 2006، ولا المشرع البحريني في قانون المعاملات الإلكترونية رقم 28 لسنة 2002، ولا المشرع امارة دبي في القانون الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002.

(4). يعرف المشرع الاردني في قانون المعاملات الإلكترونية السجل الإلكتروني بأنّه " القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم انشاؤها أو ارسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية " في المادة 2 منه، ونفس التعريف نجده في

القانون البحريني، في المادة 1 منه، والقانون السوداني في المادة 2 منه والمادة 1 من قانون المعاملات الإلكترونية العماني النافذ في المادة منه.

(5). ينظر دليل الإشتراع الملحق بإتفاقية إستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الصادر من لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة لعام 2007، ص 26 وما بعدها، للمزيد في هذا الدليل ينظر الوثيقة ذات رقم المبيع (A.07.V.2) للمزيد في هذه الوثيقة وكافة الوثائق الخاصة باللجنة المشار إليها في هذه الدراسة يراجع الموقع الإلكتروني الاتي : ..http://www.uncitral.org/uncitral ، للمزيد في هذين المبدأين ينظر : د.صدام فيصل كوكز المحمدي ود. أسعد عبيد عزيز الجميلي: تكوين العقد بالوسائط الإلكترونية الذكية، بحث مشترك مقبول للنشر في مجلة الحقوق بجامعة البحرين ، 2013.

(6). للتعرف على المقصود بهذه الوسائل الإلكترونية و كيفية عمل كل منها ينظر القاضي د. الياس ناصيف : العقود الدولية - العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية.بيروت - لبنان 2009.

(7). وذهب المشرع الاردني إلى تعريف تبادل البيانات الإلكترونية بأنّه " نقل المعلومات الكترونيا من شخص إلى آخر باستخدام نظم معالجة المعلومات " في المادة 2 من القانون، ويذهب المشرع العماني إلى نفس التعريف تقريبا في المادة 1 منه، ولم تورد اتفاقيتي اليونسيترال تعريفا لمصطلح التبادل الإلكتروني للبيانات رغم أميته، ولكن من الجدير بالذكر هنا هو أن لجنة " EDIFACT.UN "، وهي اللجنة العاملة المعنية بتسهيل اجراءات التجارة الدولية wp.4 التابعة للجنة الاقتصادية لأوربا، وهي الهيئة التابعة للأمم المتحدة المسؤولة عن تطوير قواعد الأمم المتحدة التقنية الخاصة بالتبادل الإلكتروني للبيانات لأغراض الإرادة والتجارة والنقل إلى تعريف مصطلح التبادل الإلكتروني للبيانات بأنّه " نقل المعلومات من حاسوب إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات " للمزيد في طروحات هذه اللجنة وتعريفاتها ينظر الموقع الإلكتروني الاتي :

F. Bauspie , J. Carlos ,C. Montserrat Rubia: Directory based EDI Certificate Access and management, 2009 Provider: citeseer , [www.ac.upc.es] by www.ivsl.com

(8). وهو ما تؤكده المادة 4 من القانون الانموذجي للتجارة الإلكترونية عندما نصت على أنّه " 1- في العلاقة بين الأطراف المشتركة في إنشاء رسائل البيانات أو ارسالها أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر، وما لم ينص على غير ذلك، يجوز تغيير أحكام الفصل الثالث بالاتفاق. 2- لا تخل الفقرة 1 بأي حق قد يكون قائما في أن تعدل بالاتفاق أيّة قاعدة قانونية مشار اليها في الفصل الثاني..." وجدير بالذكر هنا أنّ أحكام الفصل الثاني من الإتفاقية تعلقت ببيان الأحكام القانونية المتعلقة بطبيق الإشتراطات القانونية على رسائل البيانات، أما الفصل الثالث فقد تعلق بابلاغ رسائل البيانات.

(9). لذلك نجد الإتفاقية تمنح الدول المشترعة الحق في أن تعدل من بعض أحكام الفقرة الأولى بما ينسجم والسياسة العامة المتبعة فيها، للمزيد من التفصيل في ذلك ينظر دليل التشريع الملحق بالاتفاقية، المرجع السابق، ص 45 ف 80.

(10). ينظر المادة 4 من الإتفاقية الفقرات أ و ي منها.

(11). للمزيد يراجع الفقرة 84 من الوثيقة A/CN.9.548

(12). ينظر الفقرة 35 من الوثيقة A/CN.9.509

(13). المادة 2/أ من اليونسيترال لعام 1996 وقد تبنت ذات التعريف أغلب القوانين العربية كما سبق بيانه في هـ رقم 3 من هذه الدراسة.

(14). وهو ما تؤكده الفقرة 80 من الوثيقة A/CN.9.571

(15)للمزيد في ذلك ينظر دليل التشريع الملحق باتفاقية اليونسيترال لعام 2007 سابق الذكر، ص 38 والفقرة 81 من الوثيقة A/CN.9.571

(16)ينظر الفقرة 41 من الوثيقة A/CN.9.546

(17)ينظر للمزيد في ذلك الفقرات 171 و196 من دليل الإشتراع الملحق باتفاقية اليونسيترال لعام 2007سابق الذكر.

(18)وتتولى هذا المادة تنظيم حرية الأطراف فيما يتعلق بنطاق تطبيق هذه الإتفاقية.

(19)وقد تناولت المادة 8 من اليونسيترال الاعتراف القانوني بالخطابات القانوني، وذلك عند استخدامها في تكوين العقود الدولية.

(20)الوثائق الرسمية لمؤتمر الامم المتحدة المعني بعقود البيع الدولي للبضائع، فيينا، 10 مارس / اذار – 11 نيسان/ ابريل 1980، وثائق المؤتمر والمحاضر الموجزة للجلسات العامة ولجلسات اللجنة الرئيسة، منشورات الامم المتحدة، رقم المبيع A.81/IV/3، الجزء الاول، الباب د، ف 33.

(21)كما سنرى في المادة 9 من ذات الإتفاقية.

(22)للمزيد ينظر الفقرة 108 من الوثيقة A/CN.9.527

(23)نصت المادة 3 من الإتفاقية على أن " يجوز للأطراف استبعاد سريان هذه الإتفاقية أو الخروج عن أي من احكامها أو تغيير مفعوله ".

(24)ينظر الفقرة 123 من الوثيقة A/CN.9.548

(25)قارن مع دليل الإشتراع الملحق بالاتفاقية، سابق الذكر، ص 72 ف 132.

(26)نص قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي في المادة . 2 . منه على الهدف من إقرار قانون المعاملات الإلكترونية و التوقيع الالكتروني، بقولها على أن " يهدف هذا القانون إلى ما يأتي : أولا. توفير الإطار القانوني لاستعمال الوسائل الإلكترونية في إجراء المعاملات الإلكترونية ،ثانيا. منح الحجية القانونية للمعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وتنظيم أحكامها، كما نص في المادة 3 منه على أنّ" المادة . 3 . أولا . تسري أحكام هذا القانون على : أ. المعاملات الإلكترونية التي ينفذها الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون .ب . المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذها بوسائل الكترونية . جـ . الأوراق المالية والتجارية الإلكترونية ... و نص في المادة 4 منه على أن : أولا. يعد التوقيع الإلكتروني صحيحاً وصادراً عن الموقع إذا توافرت وسائل لتحديد هوية الموقع والدلالة على موافقته لما ورد في المستند الإلكتروني وبحسب إتفاق الموقع والمرسل إليه حول كيفية إجراء المعاملة الإلكترونية .ثانيا. يكون للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والادارية ذات الحجية المقررة للتوقيع الخطي....، كما نصت المادة 13 من ذات القانون على أن: ... أولا. تكون للمستندات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية...

(27)للتفصيل أكثر في هذه الشروط ينظر : دليل الإشتراع الملحق باتفاقية قانون اليونسيترال الانموذجي لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، ص 50 وما بعدها.

(28)نصت المادة -1- من القانون العراقي الخاص بالمعاملات الإلكترونية سابق الذكر على أن " خامسا. الكتابة الإلكترونية : كل حرف أو رقم أو رمز أو أيّة علامة أخرى تثبت على وسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أيّة وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك والفهم.... .

(29)مع الإشارة إلى أنّه من حق الدولة المشترعة بموجب المادة 6 من اليونسيترال 1996 الحق في استثناء بعض الحالات بموجب قانونها الوطني.

(30) ينظر دليل الإشتراع الملحق باتفاقية اليونسترال للقانون الانموذجي للتوقيعات الإلكترونية لعام 2001، ص 60 وما بعدها، وقارن مع المادة 7/أ وب من اليونسيترال لعام 1996 والمادة 9 من اليونسيترال لعام 2007.

(31) للمزيد في مبأي التناضر الوظيفي والحياد التكنولوجي ينظر : د. صدام فيصل كوكز المحمدي ود. أسعد عبيد عزيز الجميلي ، تكوين العقد بالوسائط الإلكترونية الذكية، المرجع السابق.

(32) وهو ما ذهبت إليه المادة . 3 . من قانون المعاملات و التوقيع الإلكتروني في العراق بنصها على أنّ :- أولا . تسري أحكام هذا القانون على : أ. المعاملات الإلكترونية التي ينفذها الأشخاص الطبيعيون او المعنويون ب . المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذها بوسائل الكترونية جـ . الأوراق المالية والتجارية الإلكترونية . ثانيا . لا تسري أحكام هذا القانون على ما يأتي : أ. المعاملات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمواد الشخصية . ب . إنشاء الوصية والوقف وتعديل أحكامهما . جـ . المعاملات المتعلقة بالتصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وانشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الايجار الخاصة بهذه الأموال . د . المعاملات التي رسم لها القانون شكلية معينة. هـ . اجراءات المحاكم والاعلانات القضائية والاعلانات بالحضور و أوامر التفتيش وأموامر القبض والأحكام القضائية. و. أي مستند يتطلب القانون توثيقه بوساطة الكاتب العدل .

(33) وقد نصت المادة (3) من قانون المعاملات و التوقيع الالكتروني العراقي على أنّ: "ثانياً: لا تسري أحكام هذا القانون على ما يأتي : أ.المعاملات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمواد الشخصية . ب . إنشاء الوصية والوقف وتعديل أحكامهما. جـ . المعاملات المتعلقة بالتصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وانشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الايجار الخاصة بهذه الاموال. د . المعاملات التي رسم لها القانون شكلية معينة هـ . إجراءات المحاكم والاعلانات القضائية والاعلانات بالحضور و أوامر التفتيش وأموامر القبض والأحكام القضائية . و. أي مستند يتطلب القانون توثيقه بوساطة الكاتب العدل .

(34) نصت المادة . 13 . من القانون العراقي سابق الذكر على أن أولا :- أولا. تكون للمستندات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية إذا توافرت فيها الشروط الاتية : أ. أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي وقت. ب . امكانية الاحتفاظ بها بالشكل الذي تم انشاؤها او ارسالها اوتسلمها به او بأي شكل يسهل به اثبات دقة المعلومات التي وردت فيها عند انشائها او ارسالها او تسلمها بما لايقبل التعديل بالاضافة او الحذف . جـ . أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشأها او يتسلمها وتاريخ ووقت ارسالها وتسلمها .ثانيا . لا تطبق الشروط المنصوص عليها في البند (اولا) من هذه المادة على المعلومات المرافقة للمستندات التي يكون القصد منها تسهيل ارسالها وتسلمها . ثالثا . يجوز للموقع أو المرسل إليه اثبات صحة المستند الإلكتروني بجميع طرق الاثبات المقررة قانوناً

(35) و قد استثنت الإتفاقية الاحوال التي ينص عليها القانون الوطني في هذا الخصوص، للمزيد في ذلك ينظر دليل الإشتراع الملحق بالإتفاقية لعام 1996 ف 69 منه.

(36) نصت المادة 13من قانون المعاملات والتوقيع الالكتروني العراقي على أن :أولا. تكون للمستندات الالكترونية والكتابة الالكترونية والعقود الالكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية إذا توافرت فيها الشروط الآتية :أ. أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي وقت .ب . امكانية الاحتفاظ بها بالشكل الذي تم انشاؤها أو إرسالها أوتسلمها به أو بأي شكل يسهل به اثبات دقة المعلومات التي وردت فيها عند انشائها أو ارسالها أو تسلمها بما لايقبل التعديل بالاضافة أو الحذف . جـ . أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشئها أو يتسلمها وتاريخ ووقت ارسالها وتسلمها . .

(37).د. صبري حمد خاطر : النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط 1 / كلية الحقوق – جامعة البحرين 2009، ص 56 وما بعدها.

(38).1للمزيد في الإيجاب في القواعد العامة ينظر د. صبري حمد خاطر : المرجع نفسه، ص 56، ود. عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2000، ج 1، م 1، ص 220 وما بعدها.

(39).Beaure d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 96.

(40).حيث جاء في التوجيه الأوربي المذكور ما نصه :

" toute communication a' distance comportant tous les elements necessaires pour que son destinataire puisse souscrire directement un engagement contractuet , la simple publicite etant exclue…"

(41).المادة 11 من الإتفاقية الخاصة بإستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2007

(42).Beaure d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 98 – 99.

(43).ولذلك نجد في العمل عقودا كثيرة تتناول بالتنظيم مسألة نفاذ المخزون السلعي، ومثال ذلك ما نصت عليه الشروط العامة للمركز التجاري " Infonie " على بعض الالتزامات في حالة عدم توفر السلعة المطلوبة على ما يفيد " بأننا ملتزمون في الحالة التي لا تتوافر فيها بعض القطع أن نقدم لكم قطعا بديلة تتوافر بها ذات المميزات والصفات وبجودة مماثلة أو بجودة اعلى، وبسعر مساو أو أكثر أو بأن ترد لكم ما دفعتموه، وعلى أيّ حال، فسوف نوافيكم برسالة الكترونية توضح ما إذا كانت السلعة متوافرة، فلا تنسوا مراجعة بريدكم الإلكتروني بانتظام ".

(44).ينظر التوجيه الأوربي الخاص بحماية المستهلكين، سابق الذكر، المادة 6 منه.

(45).Beaure d'augeres , Brees et Thuilier : op cit , p – 99.

(46).ومن الوسائل التقنية التي استخدمت في هذا الإطار شهادات التعريف الإلكترونية، التي تصدر عن مراكز التوثيق أو التعريف الالكتروني، والتي تثبت مصداقية وجدية الطرف الذي يبغي التعاقد مع طالب شهادة التعريف الإلكترونية ممن يتعاملون عبر الشبكة الدولية للإتصالات والمعلومات الدولية، للمزيد ينظر : د. صدام فيصل المحمدي ود. اسماء صبر علوان : بحث مشترك منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2010.

(47).وجدير بالذكر أنّ القانون الفرنسي الصادر في آب – أغسطس عام 1994 المسمى قانون toubon في المادة 2 منه، حيث أوجب استعمال اللغة الفرنسية أو على الأقل ترجمة لها في التعبير عن الإيجاب في كل أنواع التجارة، ومن بينها التجارة الإلكترونية على وجه الخصوص، وذلك في وصف الشيء أو المنتج أو الخدمة، وتعيين نطاقه وماله من ضمان، وفي الإيجاب، وكذلك في طريقة التشغيل أو الاستعمال، وفي قوائم الشراء والايصالات، للمزيد من التطبيقات من هذا القبيل ينظر:

Beaure d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 100.

(48).غسان عمر :التطور التشريعي للقواعد المنظمة لحماية المستهلك، ص5، محمد ابراهيم ابو الهيجاء : عقود التجارة الإلكترونية، ط 1، دار الثقافة، الاردن 2005، ص 47.

(49).د. ممدوح خالد ابراهيم : حماية المستهلك في الماعملات الإلكترونية، ص 184.

(50).حيث نصت المادة الاولى من القانون الفرنسي الصادر في 31 ديسمبر 1975 ما نصه " في عرض وتوزيع السلع والخدمات أو الدعاية المتعلقة بها، أو التعاقد عليها سواء في شكل مكتوب أو شفوي، وفي شأن بيان طرق تشغيل أو إستخدام هذه السلع أو الخدمات وشروط التعاقد، والضمانات المرتبطة بذلك التعاقد، فإنّ إستخدام اللغة الفرنسية يكون أمرا الزاميا ".

(51) حسن عبد الباسط جميعي : عـقود برامج الحاسب الالي، ط 1، دار النهضة العـربية، مـصر 1998، ص 118 وما بعدها.

(52) وقد نص القانون الفرنسي رقم 240 -95 الصادر في 3 مارس 1995 على عقوبة تتمثل بغرامة مالية ويضاعف مقدار هذه الغرامة إذا كان المخالف شخصا معنويا إلى خمسة أضعاف، وتطبق هذه العقوبات على مالكي مواقع الويب على الشبكة الدولية... للمزيد ينظر ممدوح خالد ابراهيم: إبرام العقد الالكتروني، ص 170 وما بعدها.

(53). Conseil D Eter : Section du rapport et des etudes , Internet et les réseaux numériques : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998, www.ladocumentationfrancaise.fr

(54) لذلك نصت الفقرة 8 من النص الأوربي الموحد الذي اعتمدته لجنة الوساطة الأوربية بتاريخ 1996/11/27، على أن " اللغة المستخدمة في التعاقد بوسائل الإتصال عن بعد يعتبر أمرا ذا شأن في دول الاتحاد الأوربي "، وتنص المادة 4/ 3 من التوجيه الأوربي الصادر عام 1992 ذي الرقم 28 على أنّه " في التعاقد بواسطة الهاتف يتعين على المزود أن يعرف نفسه للمستهلك وتوضيح هدف العملية التجارية منذ بداية الكلمة مع المستهلك "، وطبيعي أن ذلك لا يتم إلا عن طرق لغة المستهلك ابتداء.

(55). Beaure d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 100.

(56). Lamy : Droit de l'information et des reseax , 1998 , n – 2548 , p – 1422.

(57) ومن الجدير بالاهتمام هنا أنّه من اجل تحقيق استقرار التصرف القانوني فإنّه لا مانع من الإتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، مع ملاحظة أنّ ذلك قد لا يكون كافيا للاحتياط بشأن القوانين الوطنية المتعلقة بالنظام العام، وعلى وجه الخصوص قوانين حماية المستهلك، ويقع في العمل أنّ كثيرا من المتاجر الافتراضية التي تتعامل عبر الشبكة الدولية للإتصالات والمعلومات، ففي الولايات المتحدة الامريكية مثرلا ينص العقد الخاص بـ Apple storeفي أحد شروطه بأن " تخضع جميع العقود التي يكون Apple store طرفا فيها لقانون ولاية كاليفورنيا، وذلك تجنبا للتعقيدات التي قد تنشأ عن طرح نظرية الإحالة فقد تضمن ذات العقد على عبارة " دون أي اثر لنصوص التنازع الواردة به "، كما نجد نص أحد شروط المركز التجاري الافتراضي " d'IBM Europe , Surf and buy " على أن يخضع للقانون الفرنسي " للمزيد ينظر :

Lamy : n- 2526 et 2549 , p – 1484 et 1492.

(58) د. صـبري حمد خـاطر : المرجع السابق، ص 58 ود. عـبد الرزاق السـنهوري : الوسـيط، المرجع السابق ص 227 وما بعدها.

(59). Beaure d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 107.

(60) نصت المادة 81 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ المعدل على أن " 1 – لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قولا. 2 – ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط ".

(61). Beaure d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 107.

(62). Anne Cousin & Alian Bensoussan : De la tradition et de la modernite , de la coutume sur internet , gazette da palais – Vendredi 14 , Samedi 15 , janvier 2000 , p - -13 ets.

(63). Oliver Hance & Suzan Dionne – Balz: Business et droit d'internet , Paris , 1998 , p -144.

(64) قارن مع نص المادة 10 من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني سابق الذكر، والمادة 6 الفقرة 2 منها من قانون دولة الامارات الاتحادي سابق الذكر، والمادة 6 الفقرة 2 منها من قانون إمارة دبي سابق الذكر.

(65) قارن مع نص المادة 6 الفقره 1 من قانون إمارة دبي سابق الذكر والمادة 1/6 من قانون الامارات الاتحادي.

(66). وجدير بالذكر أن المادة 54 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري الصادر عام 2010 نصت على أن " لا يجوز لمقدم الخدمة ارسال أو الايعاز للغير بارسال اتصالات الكترونية ذات طبيعة تجارية، أي مستهلك لم يتم الحصول منه على موافقة صريحة على هذا الارسال، وتفترض موافقة المستهلك على الارسال في حالة وجود علاقة مع مقدم الخدمة ترجح التوقع الواضح من المستهلك باستلام الإتصال الالكتروني، على أن يكون محتوى الإتصال الإلكتروني ذا صلة بالغرض الذي أقيمت من أجله هذه العلاقة، وبشرط أن يقوم مقدم الخدمة باتاحة الفرصة والطرق الملائمة لمستلم الإتصال الإلكتروني لطلب عدم الحصول على المزيد من الإتصالات الإلكترونية في أي وقت... "

(67). وهو أمر أكدته لجنة اليونسيترال الدولية، للمزيد في ذلك ينظر الوثيقة : A/CN.9/548.

(68). Beaure d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 107.

(69). Anne Cousin & Alian Bensoussan : op cit , p – 100.

كما أن هناك تقنيات تسمح بالتغلب على الأخطاء أو الشك في جدية القبول، منها وجود وثيقة امر بالشراء أو استمارة يتعين على العميل أن يحررها على الشاشة لتأكيد جدية القبول، وتأكيد الأمر بالشراء يرتد إلى موقع البائع... وهو موقف ينسجم مع موقف قانون اليونسيترال الخاص بالخطابات الإلكترونية في المادة 8 منه والمتعلقة بالاعتراف القانوني بالخطابات الإلكترونية أو قبولها، والتي تنص على أن " ليس في هذه الإتفاقية ما يلزم أي طرف باستخدام الخطابات الإلكترونية أو قبولها، ولكن يجوز الاستدلال على موافقة الطرف على ذلك من سلوك ذلك الطرف "... للمزيد في ذلك ينظر :

Beaure d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 108.