المركز القانوني للكمبيوتر (الحاسب) في التعاقد الالكتروني

أ . صابر راشدي*

مقدمة :

il a fallu 38 ans pour que 50 millions d'américains aient accès à la radio ;13 ans pour la télévision, 16 pour l'ordinateur et seulement 4 ans pour l'internent(1)

هكذا استهل أحد الكتاب حديثه عن التجارة الالكترونية للدلالة عن مدى التطور الذي شهده عالم الاتصالات ، والانتشار السريع الذي عرفته هذه الأدوات ، بحكم سهولة استعمالها ، واختصارها الطرق والآثار التي تبقيها على جميع المجالات .

ثورة تسمى بثورة المعلومات عير مألوفة لا في مسماها ولا في مضمونها ، بالمقارنة مع سابقاتها (الثورة الزراعية والثورة الصناعية) والذي فجّر اختراع الحاسب الآلي عام 1946م ، هذا الجهاز الذي يستطيع أن ينجز في ساعة من الزمن ما لا يستطيع عدد من العلماء انجازه في سنة عمل متواصل ، فقد قيل أن الحاسب يستطيع أن ينجز في خمس دقائق ما يمكن أن ينجز يدويا في ألفي ساعة سنويا .

استغل الإنسان الحاسب استغلالا كبيرا ، مما فتح مجالا واسعا للإنسان في التعامل مع هذا الجهاز سواء من حيث المعلومات أم تصيير البيانات إلى شُحنات إلكترونية غير محسوسة ، وما زاد ذلك أكثر ظهور الشبكة العالمية للمعلومات(الانترنت) التي اكتملت بها المنظومة القانونية ،

هذه الشبكة التي هي عبارة عن أجهزة حاسب متصلة فيما بينها

---

* معهد الحقوق ، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج ، بالبويرة .

(1) M . William Burrington, vice-président d'AOLInc, Séminaire Commerce électronique et développement, Organisation mondiale du commerce, 19/02/1999 . www . wto . org .

مشكلة شبكة ، استعملت في تفعيل وتسهيل المعاملات والمبادلات الدولية للسلع والخدمات ، حيث يبرم عن طريقها يوميا الآلاف من الصفقات التجارية ، والمعاملات المالية والمصرفية ، حتى أصبحت مصطلحات جديدة دخلت المفهوم القانوني والتجاري ة الاقتصادي ، من تجارة إلكترونية ، محفظة إلكترونية ، المصادقة الالكترونية ، الموثق الالكتروني ، عقود إلكترونية ، وما يتم فيها من إيجاب وقبول إلكترونيين ، صادرين عن رضا إلكتروني . . . إلخ[1].

والمثير للجدل في هذه التعاملات الالكترونية ، تلك العقود التي تبرم في الوسط الالكتروني ، واصطلح عليها العقود الالكترونية المتميزة بالعالمية لتغطيتها العالم ولا تقتصر على دول دون غيرها ، لكونها تتم عن طريق الانترنت ، كما تتميز بالانفتاحية إذ يتاح الدخول فيها لكل من يرغب الاشتراك ، ولها صفة الالكترونية لتمامها بواسطة أجهزة وبرامج اتصال إلكترونية تنقل إرادة المتعاقدين بعضهم إلى بعض دون حضور مادي ، ودون تدخل منهم سوى إصدار تعليماتهم آليا بالضغط على أزرار الموافقة .

ولاشك ن لهذه الخصائص التي ذكرناها والتي يتميز بها العقد الالكتروني تأثيراتها في نظامه القانوني ، ويجعل له بعض القواعد الخاصة تخرج به عن القواعد العامة في نظرية العقد التي وضعن أساسا للتعاقد العادي في صورته التقليدية .

فالعقد الالكتروني يتم عن بعد بين عاقدين لا يجمع بينهما مجلس عقد واحد على الأقل من حيث المكان ، يثير العديد من الصعوبات ، إذ يأتي في مقدمتها : صعوبة التحقق من شخصية المتعاقد ، والتحقق من وجود إرادته وصحتها وسلامتها من العيوب ، وصعوبة التحقق من أهلية المتعاقد للتعاقد[2] .

وتكاد تنحصر خصوصيات إبرام العقد الالكتروني في الأحكام الخاصة بركن الرضا وما يتبعها من شكلية معينة يتعذر انجازها إلكترونيا .

(1) أحمد سلامة : القانون الدولي الخاص النوعي (مصر : دار النهضة العربية ، ط1 ، دت) ص 15 ـ 18 .

(2) الدسوقي أبو الليل : الجوانب القاتنوينة للتعاملات الالكترونية(جامعة لكويت : مجلس النشر العلمي ، ط1 ، 2003) ، ص 71 ـ 77 .

ومن خلال ما تقدم ذكره نستخلص أن الحاسب الآلي له دور مهم في التعاقد الالكتروني ، إذ به يتم ن فما دور هذا الجهاز في التعبير عن الإرادة للتعاقد الالكتروني ؟ وما هو الإطار القانوني الذي يمكن إدراجه فيه حتى تتم عملية التكييف سليمة ؟

فبل بيان خطة المقترحة لمعالجة الموضوع ينبغي أن أنبه إلى أن الموضوع على حسب علمي لم يتم معالجته بدراسة مستقلة اللهم ما كان متطرق إليه في بعض المؤلفات المعاصرة ، على الرغم من أن هذه الفكرة طرحت منذ عام 1980م من طرف المدرسة التحررية التي قادها السير : جون بيري بارلاو ، مؤسس المنظمة التي تعرضت لجميع المشاريع الانهونية التي كانت تهخدف إلى تأطير العالم الالكتروني . (1)

ونعالج الموضوع وفق الخطة الآتية :

مقدمة

مدخل تمهيدي : المشكلات القانونية في ضوء مراحل التجارة الالكترونية .

المبحث الأول : مدى الحاجة لتشريع جديد للعقود الالكترونية .

المطلب الأول : لا حاجة لتشريع جديد .

المطلب الثاني : ضرورة التشريع للمعاملات الحديثة .

المبحث الثاني : مركز القانوني للحاسب في القفه المعاصر والحلول التشريعية

المطلب الأول : مركز الكمبيوتر في القفه القانوني

المطلب الثاني : الحلول التشريعية والتطبيقية

خاتمة .

مدخل تمهيدي :

المشكلات القانونية في ضوء مراحل التجارة الالكترونية

إن تحديد تحديات التجارة الالكترونية القانونية ، يستلزم تصور العملية من بدايتها وحتى نهايتها بشكل عام لا تفصيلي ، ومن ثم توجيه مؤشر البحث نحو استخلاص عناوين التحديات ومن ثم بيان محتوى

(1) علي كحلون : الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة و التجارة الالكترونية ، (تونس : دار إسهامات في أدبيات المؤسسة ، دط ، 2002)، ص 311 .

التحدي وما تقرر من حلول مقارنة لمواجهته .

التجارة الالكترونية في صورتها العامة ، طلبات بضاعة او خدمات يكون فيها الطالب في مكان غير مكان المطلوب منه الخدمة او البضاعة ، وتتم الاجابة بشان توفر الخدمة او البضاعة على الخط ، وقد يكون الوضع ـ كما في المتاجر الافتراضية ـ ان تكون البضاعة او الخدمة معروضة على الخط يتبعها طلب الخدمة او طلب الشراء من الزبون المتصفح للموقع ، وعلى الخط ايضا ، وبالتالي يمثل الموقع المعلوماتي على الشبكة ، وسيلة العرض المحددة لمحل التعاقد وثمنه او بدله في حالة الخدمات على الخط (أي عبر شبكات المعلومات) . وتثير هذه المرحلة (السابقة على التعاقد فعليا) مشكلات وتحديات عديدة ،

أولها : توثق المستخدم أو الزبون من حقيقة وجود الموقع أو البضاعة أو الخدمة .

وثانيهما : مشروعية ما يقدم في الموقع من حيث ملكية مواده ذات الطبيعة المعنوية (مشكلات الملكية الفكرية) .

ثالثها : تحديات حماية المستهلك من انشطة الاحتيال على الخط ومن المواقع الوهمية او المحتوى غير المشروع للخدمات والمنتجات المعروضة .

ورابعها : الضرائب المقررة على عائدات التجارة الالكترونية عبر الخط ، ومعايير حسابها ، ومدى اعتبارها قيدا مانعا وحادا من ازدهار التجارة الالكترونية [1] .

خامسا : الكمبيوتر المستعمل في العمليات الالكترونية ما هو محله فيها هل له شخصية قانونية أو ما هو إلا وسيلة أو نائب عن الشخص الطبيعي ؟ . ويتفرع عن هذا التحدي تحديات هي :

1 ـ التوثق من سلامة صفة المتعاقد أي توثق كل طرف من صفة وشخص ووجود الطرف الأخر وضمان ان المعلومات تتبادل بينهما حقيقية

2 ـ حجية العقد الالكتروني أو القوة القانونية الإلزامية لوسيلة التعاقد : وهذه يضمنها في التجارة التقليدية إقرار القانون بصحة وسيلة

(1) http : //www . opendirectorysite . info/e-commerce/04 . htm

التعبير عن الإرادة ومن جهة حجية العقد المكتوب يضمنها عنصر الكتابة المعترف به وعنصر توقيع الشخص على العقد المكتوب أو على طلب البضاعة أو نحوه أو البينة الشخصية (الشهادة) في الأحوال الجائز إثبات التعاقد بغير الكتابة ممن شهد الوقائع المادية المتصلة بالتعاقد إن في مجلس العقد أو فيما يتصل بإنفاذ الإطراف للالتزامات بعد إبرام العقد ، فكيف يتم التوقيع في هذا الفرض ، وما مدى حجيته إن تم بوسائل الكترونية ، ومدى مقبوليته بينة في الإثبات ، وآليات تقديمه كبينة إن كان مجرد وثائق وملفات مخزنة في النظام ؟

3 ـ تتمثل في إنفاذ المتعاقدين لالتزاماتهما ، البائع أو مورد الخدمة الملزم بتسليم المبيع أو تنفيذ الخدمة ، والزبون الملزم بالوفاء بالثمن ، ولكل التزام منهما تحد خاص به ، فالالتزام بالتسليم يثير مشكلات التخلف عن التسليم أو تأخره أو تسليم محل تتخلف فيه مواصفات الاتفاق ، وهي تحديات مشابهة لتلك الحاصلة في ميدان الأنشطة التجارية التقليدية ، أما دفع البدل أو الثمن ، فانه يثير إشكالية وسائل الدفع التقنية كالدفع بموجب بطاقات الائتمان ، أو تزويد رقم البطاقة على الخط ، وهو تحد نشأ في بيئة التقنية ووليد لها ، إذ يثير أسلوب الدفع هذا مشكلة امن المعلومات المنقولة ، وشهادات الجهات التي تتوسط عملية الوفاء من الغير الخارج عن علاقة التعاقد أصلا ، إلى جانب تحديات الأنشطة الجريمة في ميدان إساءة استخدام بطاقات الائتمان وأنشطة الاستيلاء على رقمها وإعادة بناء البطاقة لغرض غير مشروع .

يضاف إلى هذه التحديات ، تحديات يمكن وصفها بالتحديات العامة التي تتعلق بالنشاط ككل لا بمراحل تنفيذه كتحدي خصوصية العلاقة بين المتعاقدين وخصوصية المعلومات المتداولة بينهما :

1 / تحدي حماية النشاط ككل من الأنشطة الإجرامية لمخترقي نظم الكمبيوتر والشبكات ، أو ما يعرف عموما بجرائم الكمبيوتر .

2 / تحدي مشكلات الاختصاص القضائي في نظر المنازعات التي تظهر بين أطراف العلاقة التعاقدية ، إذ في بيئة الانترنت ، تزول الحدود والفواصل الجغرافية ، وتزول معها الاختصاصات المكانية لجهات القضاء ، فأي قضاء يحكم المنازعة وأي قانون يطبق عليها عند اختلاف جنسية المتعاقدين ، وهو الوضع الشائع في حقل التجارة الالكترونية .

ما يوضح لتحديات التجارة الالكترونية والوسائل التقنية لحل هذه التحديات . [1]

المبحث الأول :

مدى الحاجة لتشريع جديد للعقود الالكترونية

لقد ساهم تطور وسائل المواصلات الإعلامية ازدهار هذا القطاع ، إذ تظهر في كل يوم تقنية جديدة لم تعهد من قبل ، وتعدد الشبكات المفتوحة التي قربت بين المفكرين والأماكن وغيرها ، حتى أمكن القيام بأعمال يومية من دون الخروج من البيت ، فمن هذه الناحية ، كان من الضروري التعرض لمظاهر التطور التقني والفني بهدف بيان آثاره على النظام القانوني واقتراح الإطار القانوني لمناسب ،

يصر فقهاء القانون على إخضاع القنوات الحديثة للإطار القانوني بدون تردد بل يؤكدون منذ البداية أنه لا وجود لفراغ تشريعي ، وهو ما يوجب دراسة الإطار القانوني لقنوات الاتصال الحديثة .

وأفضت دراسة (تنظيم عقود التجارة الدولية الإلكترونية دراسة مقارنة في ضوء اتفاقات التجارة الدولية)[2] إلى « أن طبيعة (تجارية ودولية) عقود التجارة الالكترونية قد تخطت معايير التكييف المعروفة ، من حيث غرض إنشائها ومحل الالتزام فيها » ، واعتبر تنظيم عقود التجارة الدولية الالكترونية « يقتضي مواجهة القضايا التي تطرحها حرية التجارة بنظامها الالكتروني المستحدث وحرية التعاقد ، مما استتبع البحث عن القواعد المنظمة لها خارج الأطر القانونية الوطنية العاجزة عن مواجهة ما تثيره مثل هذه العقود من مسائل قانونية شائكة وما تتطلبه من حلول» .

انطلاقا من هذا الاتفاق على وجوب التشريع نجد هناك اختلافا حول هذا التقنين هل هو نفس القانون الذي يحكم العقود التقليدية أم لابد من تشريع جديد ؟ هذا ما نوضحه في هذا المبحث ،

---

(1) http : //www . opendirectorysite . info/e-commerce/05 . htm

ـ الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق ، ص 38 ـ 50 .

(2) رسالة الماجستير الموسومة بـ (تنظيم عقود التجارة الدولية الإلكترونية ـ دراسة مقارنة في ضوء اتفاقات التجارة الدولية) المقدمة من الباحث عبدالرحمن بن صالح القهرة ، تم مناقشتها يوم 09/ 04 2008م كلية الحقوق بجامعة عدن .

المطلب الأول : لا حاجة لتشريع جديد

يرى أصحاب هذا الرأي أنه لا حاجة لقانون جديد ، ، كما صدرت قوانين تنص على ذلك ، وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين نذكر في الأول ما ذهبت إليه التشريعات الحديثة ، وأما الفرع الثاني لأراء الفقهاء .

الفرع الأول : التشريعات الوضعية :

أغلب التشريعات احديثة في مجال التقنين للمعاملات الالكترونية المستحدثة نجدها تخصص في تقنينها العقود الالكترونية بما تتميّز به عن العقود التقليدية ، إذ يأتي في مقدمة القانون التعريف بالمصطلحات المستعملة في القانون ، وكذلك هناك دكر بالخصوص الالكترونية منها ، إلى جانب هذا الموقف نجد خلاف هذه التشريعات من يجعل تشريع التجارة الالكترونية تشريعا جديدا يخرج منها المبادلات (العقود بوجه خاص) تابع للتشريع المعمول به في العقود التقليدية ، وفي مقدمة التشريعات قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي في الفصل 1 من الباب الأول : أحكام عامة : « يضبط هذا القانون القواعد العامة المنظمة للمبادلات والتجارة الإلكترونية .

يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون» .

تعبير صريح في كون لعقد الالكتروني تحكمه القواعد العامة المنظمة للعقود التقليدية .

الفرع الثاني : في المجال الفقهي

وعليه تنطبق القواعد المعلومة في تكوين العقد وتنفيذه ، لأن حسب هذا الرأي العقد الالكتروني عقد عن بعد ، ولا يعتبر البعد ظاهرة جديدة أو من الأمور المستحدثة ، بل تضمنته القوانين والفقه الإسلامي [1] .

فمن الممكن أن يطبق الإطار القانوني التقليدي على العقود الالكترونية ، لأن التغيير لم يشمل الجوهر ولم يتعد الناحية الشكلية ، ولا

(1) عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، القاهرة ، 1990

يمكن أن يكون ذلك سببا في استحداث إطار جديد [1] .

وكذلك نجد الذين قالوا بأن العقد الالكتروني هو تعاقد عن طريق الوكيل أو الرسول ، وما الحاسب الالكتروني إلا صورة جديدة لنظام الرسالة ، وقد تضمنت تشريعات من قبل التعاقد بالمراسلة أو بين غائبين[2] .

المطلب الثاني : ضرورة التشريع للمعاملات الحديثة

يرى أصحاب هذا الرأي أنه من الضروري عدم إخضاع العقود الإلكترونية للمبادئ التقليدية ، لكونها لا تتماشى مع آليات العالم الفرضي واحتياجاته ، وهذا الموقف ظلت تناشد به المدرسة التحررية منذ عام 1980 ، وقاد هذه الحركة بأمريكا على يد [3] . JOHN PERRY BARLOW

دعت هذه المدرسة إلى تبني منظومة حديثة تتلاءم ومستوى التعامل الالكتروني الحديث ، وتعتمد بالأساس على الحرية المطلقة في تكوين العقد وتنفيذه ، نفيا لكل قاعدة قانونية مسبّقة . [4]

يؤيد هذا الرأي الكثير من الذين كتبوا في هذا المجال سواء بطريقة صريحة أو غير مباشرة من وصايا مؤتمرات ومناشدات الباحثين وغيرها . . وربما كان ذلك دافعا قويا ومشجعا لكثير من الدول العالمية من تشريع قوانين تخص المعاملات الالكترونية ، ونقسم الكلام في هذه المسألة إلي فرعين :

الفرع الأول : على المستوى القانون الدولي

وعلى رأسها القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، بناء علي تقرير اللجنة السادسة (628/ 51/ A) ، في الجلسة العامة 58 في 1996/12/16م ، فانه يركز أساسا على إعداد العقود بواسطة الحاسب الآلي .

---

(1) على كحلون : المرجع السابق ، ص 310 .

(2) GHESTIN . Traité de droit civil, la formation du contrat 1993 .
. Traité de droit civil, les obligations, la contrat;1980

(3) وهو مؤسس منظمة Electronic Frontier Fondqtion التي تعرضت لجميع المشاريع القانونية التي كانت تهدف إلى تأطير العالم الالكتروني .

(4) علي كحلون : المرجع السابق ، ص 311 .

ويتمثل القانون الثالث الذي تبنته اللجنة في مشروع القواعد الموحدة الخاصة بالتوقيعات الالكترونية وهذا المشروع يجري إعداده في شكل اتفاقية دولية ينتظر أن يتم اعتمادها في صيف هذا العام .

ومن الدول الأوروبية نأخذ التوجيه الأوروبي الصادر في عام1997 ، والتوجيه رقم 31/ 2000 .

الفرع الثاني : علي مستوى القانون الداخلي

التشريع الفرنسي الصدار في عام 1994 المسمى بقانون (Tou bon) حيث يستلزم استعمال اللغة الفرنسية ، والقانون الفرنسي الصادر في عام 1997[1] ، وقانون الولايات المتحدة الأمريكي ucc عام 1999وأما في الدول العربية تعتبر تونس أول دولة عربية صدر فيها قانون ينظم التجارة الالكترونية هي تونس ، ثم تبعتها العديد من الدول العربية مثل الأردن2001 البحرين في 2002والإمارات 2002 في إمارة دبي والمصري 2004 والكويت العربية ومؤخرا المغرب . [2]

المبحث الثاني :

مركز القانوني للحاسب في القفه المعاصر والحلول التشريعية .

يتضمن هذا المبحث مطلبين الأول للكلام عن الآراء الفقهية حول الإطار القانوني للكمبيوتر ، والمطلب لثاني للحلول التشريعية والتطبيقية .

المطلب الأول : مركز الكمبيوتر في القفه القانوني

القواعد الخاصة التي نصت عليها القوانين المختلفة المتعلقة بالمعاملات الالكترونية أجازت التعبير عن الإرادة الكترونيا متى تحققت شروط صحة الإرادة والتعبير عنهاK وإذا كان هذا موقف التشريعات المختلفة فكيف ينظر الفقه إلى هذه المسألة ؟

تجدر الإشارة في البداية إلى أنه رغم الاتفاق الذي ساد التشريعات المختلفة إلا أننا نلاحظ اختلافا في وجهات النظر لدى الفقه حيث تعددت

(1) تقنين المعاملات التجارية على الإنترنت arabwebtalk . com/index . php

(2) محمد أمين الرومي : التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2004 ، ص 07 .

ـ موقع البوابة القانونية اشركة ladis، www . tachreaat . com .

المحاولات الفقهية التي ترمي إلى تسويغ التعاقد الكترونيا وما يترتب على ذلك من صحة إبرام العقد[1] . نورد كل رأي فقهي في فرع مستقل مع النقد الموجه إليه .

الفرع الأول : إسناد الشخصية القانونية إلى الجهاز الالكتروني .

يذهب اتجاه أول إلى منح الشخصية القانونية إلى الجهاز الالكتروني الذي يتم بواسطته إبرام العقد ، ومن هنا يعتبر هذا الرأي الجهاز الالكتروني بمثابة الشخص القانوني ، والشخص القانوني يتمتع بأهلية إبرام العقد[2] .

ويسند أصحاب هذا الرأي قولهم **بالحاسب البيولوجي** هذا الكمبيوتر الهجين Hybrid computer سوف يكون ذو كفاءة خيالية حيث سوف يقوم بعمليات معالجة لعدد ضخم من المعلومات كما سوف يقوم بإجراء العديد من المحاكاة العلمية للعديد من الظواهر المعقدة Computer simulations Artificial Intelligence وسيضع أسس لما يسمى بالذكاء الصناعي ، والشيء المثير هو أن فكرة هذا الكمبيوتر يعمل بعمل الخلايا العصبية في جسم الإنسان وبالتالي سوف يكون لها القدرة على التعلم وتحليل المعلومات والصور كما يفعل العقل البشرى . [3]

نقد الرأي :

غير أن هذا القول غير مستساغ من الناحية القانونية ، فالشخصية القانونية مرتبطة بالذمة المالية والجهاز الالكتروني ليس له ذمة مالية . ومن ثم فلن تكون له شخصية قانونية وتنعدم أهليته القانونية ، ناهيك عن كون الاعتراف الذي يضفى على الشخص الاعتباري الشخصية القانونية مقصور على مجموعات الأشخاص والأموال ولا يمتد إلى الأجهزة والآلات .

---

(1) راجع في عرض هذه الاتجاهات الفقهية . د . إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي و القانون المقارن ، ص77 .

(2) راجع في هذا الرأي :

_ Tom Allen & Robin Widdison, Can computers make contracts ? 1996Harvard journal of law and technology, 9-1

_ Lionel thoumyer : léchange des consentements dans le commerce électonique, www . juriscom . net

(3) د . حازم فلاح سكيك : ماذا تعرف عن الكمبيوتر البيولوجي ؟ قسم الفيزياء ـ جامعة الأزهر http : //majdah . maktoob . com/vb/majdah1566/

الفرع الثاني : الكمبيوتر مجرد وسيلة

اتفق أصحاب هذا الرأي في كون الكمبيوتر وسيلة كإطار قانوني لـه ، ولكن اختلفوا على النحو الآتي :

وذهب اتجاه ثان إلى تشبيه الجهاز الالكتروني بالهاتف والفاكس فهو مجرد أداة أو وسيلة اتصال تربط بين المتعاقدين وبالتالي الجهاز لا يبرم عقدا لحساب شخص ما وإنما الشخص هو الذي يبرم العقد باستخدام الحاسب الآلي الذي يقتصر دوره على نقل الإرادة من متعاقد إلى آخر . (1)

يذكر الأستاذ **عبد الرحمن القهرة** في رسالته فيما يتعلق بالمركز القانوني الذي تحتله الآلة الالكترونية في التعاقد ، أنه انتهى إلى أن الآلة وإن كانت ليست لها إرادة إلا أنها تساهم وبفاعلية في إبرام العقد . (2)

نقد الرأي :

وقد انتقد هذا الاتجاه أيضا على أساس أن هناك فرق بين الأجهزة الإلكترونية السابقة في هذا الشأن في نقلها لإرادة المتعاقد وكيفية التعامل معها ، كما أنه يتحمل المتعاقد الأخطاء في البرمجة وتشغيل البرامج الالكترونية التي تقوم بعملية التعاقد فما يصدر من الجهاز يعد كأنه صدر من المتعامل نفسه مباشرة ومثال ذلك ما يعرف بالثلاجة الإلكترونية التي تقوم بالاتصال بالتاجر وتنبيهه على إحضار المواد التي نقص وزنها على المعهود والتاجر هنا يقوم بإحضار السلعة المطلوبة من طرف الثلاجة .

أما القول الثاني ينتقد في جعل الإرادة منقسمة بين العقد كأصل وبين الكمبيوتر وهذا لم يقل به أحد إلا في هذه الرسالة العلمية .

الفرع الثالث : الكمبيوتر له دور النائب أو الوكيل

أما الاتجاه الثالث فيأخذ بنظرية النيابة Representationفي التعاقد ، حيث يعتبر الجهاز الالكتروني نائبا عن المتعاقد يتعامل باسمه

---

(1) يراجع كذلك :

ـ العقود الإلكترونية دراسة فقهية مقارنة ، د . عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر الأستاذ المساعد بقسم الثقافة الإسلامية ـ كلية التربية ـ جامعة الملك سعود ـ الرياض ـ المملكة العربية السعودية ، ص 09

(2) مقدمة بكلية الحقوق وتم مناقشتها في 09/ 04 2008 .

ولحسابه[1] . أي أن الكمبيوتر هو الذي يقوم بعملية التعاقد لحساب الشخص المتعاقد .

نقد الرأي:

وفي الرد على هذا الاتجاه نجد منتقديه يتساءلون . . . كيف يمكن للجهاز عديم الإرادة أن يبرم عقد الوكالة بينه وبين المتعاقد مصدر النيابة المزعومة ؟ . إذ الوكالة تصرف قانوني والتصرف القانوني يتطلب توفر الإرادة لدى عاقده

الرأي الراجح :

وفي سبيل البحث عن رأي يفض هذا الخلاف القائم ذهب بعض الفقه العربي إلى أن الجهاز الالكتروني لا يخرج عن كونه أداة أو وسيلة في يد المتعاقد ، يستعملها كما يستعمل الأوراق والأقلام في التعبير عن إرادته ، فالجهاز مجرد وسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقد وإعلانها للمتعاقد الآخر ، فإذا استخدم المتعاقد جهازا الكترونيا فإن الإرادة التعاقدية سواء كانت إيجابا أم قبولا لا تنسب إلى الجهاز وإنما تنسب إلى المتعاقد الذي استخدم الجهاز وسخره لخدمته ،

المطلب الثاني : الحلول التشريعية والتطبيقية

وبعد هذا المخاض الفقهي نقول أن الإطار القانوني للكمبيوتر لا تطرح إشكالا ففي العقود بالنسبة لموضوع العقد والسبب ، إذ تبقى المبادئ العامة فاعلة وإن تغير شكل المعاملة .

فإن أكثر ما يطرح كتساؤل فيما يتعلق بالرضا ومراقبة شرط الأهلية[2] ، كما أثارت الشكلية الإلكترونية مشكلة التعامل بها في العقود التي لا يمكن أن تتلاءم وهذه الشكلية ، وعلى هذا يكون الكلام في هذا المطلب في فرعين هما :

---

(1) راجع في تبني هذا الاتجاه

John . P . fisher, Computers as agents : A proposal approsh to revised UCC article 2, Indiana l . j . 72 . 1997

(2) لمزيد من المعلومات في مسألة قيام الكمبيوتر مقام الشخص ، يراجع :

صابر راشدي : شروط صحة عقد البيع بالانترنت ، رسالة الماجستير ، جامعة الأمير عبد القادر ، ص 89 وما بعدها .

الفرع الأول : مراقبة الأهلية والرضا الإلكترونيين .

يعد احتمال الغش والتحايل في العالم اللامادي أمر وارد جدا وممكن بأسهل الطرق ، إذ إمكانية إنشاء المواقع التجارية الوهمية من الأمر الهينة ، وعلى هذا الأساس قد ناقشت الغرف التجارية والندوات الدولية هذا الموضوع ، ووضعت جملة من التوصيات أهمها :

ضرورة التثبت من أهلية المتعاقد ، وصفته ، والتحري قبل إبرام العقد .

ضرورة الانضمام إلى معاهدة بروكسل للاستفادة من الأحكام الواردة بها ، والخاصة بالتعويض عن حوادث الاحتيال والغش .

لذلك اتجه التفكير إلى وضع أدوات قانونية تسمح بمراقبة هويّة المتدخلين ، وكان ذلك عبر تدخل خدمات المصادقة الإلكترونية[1] ، خاصة إذا كانت المعاملة في فضاء مفتوح ، وبين أطراف ليس لهم معرفة سابقة . ولتفادي هذه المخاطر في المعاملة الإلكترونية ، لابد من الرجوع إلى شهادات الاعتماد أو ما يقابلها ، حتى تضمن صحة المعاملة ، وشهادة المصادقة الإلكترونية تضمن بالضرورة هوية المعني بالأمر ، وبالتالي الوصول إلى تحديد معرفة هوية المتعاقد ومدى أهليته ، وذلك بالإطلاع على المصادقة الإلكترونية .

أما ما يتعلق بالرضا فقد تضمنت المجلة الأمريكية حديثا عن الذوات الإلكترونية وتعرضت لجهاز الكمبيوتر ونظامه القانوني .

ومهما تكن الوضعية فإن مجرد الضغط على الزر دليل على الموافقة ويعتبر ذلك رضا ، إلا أنه حماية للرضا من أي عيب بادرت التشريعات في التدخل لتعديل الكفة وجعل الرضا واعيا بوضع جملة من القيود في إطار حماية المستهلك علي وجه التحديد :

ـ هوية وعنوان وهاتف البائع ومشتري الخدمات . وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة .

---

(1) يراجع فيها : نادر ألفرد : العالم المصرفي عبر الإنترنت : (بيروت : الدار العربية للعلوم ، ط1 ، 1421/2001) ، ص 75

محمد أمين : التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ، ص 37 . وهي من قبل الشهادة الثوتقية .

صابر راشدي : المرجع السابق ، ص 104 .

ـ طبيعة وخاصية وسعر المنتوج . كيفية تسليم المنتوج ومبلغ تأمينه والأداءات المستوجبة .

ـ الفترة التي يكون خلالها المنتوج معروضا بالأسعار المحددة . شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع .

ـ طرق وإجراءات الدفع ، وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة .

ـ طرق وآجال تسليم وتنفيذ العقد ، ونتائج عدم إنجاز الالتزامات .

ـ إمكانية العدول عن الشراء وأجله .

ـ كيفية إقرار الطلبية . طرق إرجاع المنتوج أو الإبدال وإرجاع المبلغ .

ـ كيفية استعمال تقنيات الاتصال حين يتم احتسابها على أساس مختلف عن التعريفات الجاري بها العمل .

ـ شروط فسخ العقد ، إذا كان لمدة غير محددة أو تفوق السنة .

ـ المدة الدنيا للعقد ، فيما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بمنتوج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية .

يتعين توفير هذه المعلومات إلكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للإطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة .

الفرع الثاني : الحلول التشريعية[1]

أثارت الشكلية الالكترونية حفيظة التشريعات والقوانين المختلفة فبدأت تتسارع في وضع حلول لهذه الأزمة ، وفى سبيل ذلك ذهبت معظم التشريعات إلى استبعاد تطبيق القواعد الخاصة بالعقود الالكترونية على بعض التصرفات القانونية الهامة . وفضلت أن تبرم تلك التصرفات في الشكل التقليدي دون الالكتروني ، وذلك مراعاة لعدة اعتبارات من أهمها :

1 ـ أهمية وخطورة بعض التصرفات كرهن السفينة والحقوق الوارد على العقار بصفة عامة .

(1) يراجع القوانين التي صدرت في هذا الشأن ، محمد الأمين الرومي : المرجع السابق ، 149 وما بعدها ، وكذا مركز القوانين العربية ، عنوان الالكتروني : arblaws . com

2 ـ عدم اتصال بعض التصرفات بالمعاملات التجارية الالكترونية وإنما هي تصرفات شخصية أو مدنية بحتة كالزواج والهبة والوصية .

ومن التشريعات التي تبنت منهج الاستبعاد القانون الأمريكي حيث تنص المادة (3 /ب/1) من القانون الأمريكي الموحد للتجارة الالكترونية على أن « هذا القانون لا ينطبق على معاملة من المعاملات بقدر ما يخضع تنظيمها لقانون يحكم إنشاء وتنفيذ الوصايا أو ملا حقها أو الائتمانات الإيصائية » . كما نجد القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التوقيع الالكتروني لسنة 2000 حدد بعض الاستثناءات التي لا ينطبق عليها هذا القانون وتتمثل هذه الاستثناءات في إنشاء الوصية وتنفيذها وقوانين الميراث والتشريعات الخاصة بالتبني والطلاق والحالة الاجتماعية وأوراق المحاكم واتفاقات الائتمان والأوراق الخاصة بالتأمين الصحي وأوراق اليانصيب

وتنص المادة (3) من قانون كندا الموحد للتجارة الالكترونية على أنه : « لا ينطبق هذا القانون فيما يتعلق بما يلي :

أ ـ الوصايا وملاحقها . ب ـ الائتمانات المنشأة بوصايا أو بملاحق وصايا .

ج ـ سلطات الوكيل بقدر ما تتعلق بالشؤون المالية أو الرعاية الشخصية بفرد ما .

د ـ المستندات المنشئة أو الناقلة لحقوق في أراضي » .

وأيضا تنص المادة (10/1/أ) من قانون ايرلندا للتجارة الالكترونية عام 2000 على عدم تطبيق نص هذا القانون على الوصية أو ملحق الوصية وعقود الأمانة وحقوق الملكية العقارية أو تسجيلها .

أما التوجيه الأوروبي الصادر في 8 يونيو 2000 فقد قرر أنه لا ينطبق هذا التوجيه على العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية فيما عدا حقوق الإيجار والعقود التي تتطلب تدخلا من المحاكم والسلطة العامة وعقود الكفالة والعقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث مثل عقود الوصية والهبة والزواج وإشهار الطلاق والتبني .

وعربيا نطالع قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية رقم 2 لسنة 2002 حيث نص في مادته الخامسة على :

« يسرى هذا القانون على السجلات والتواقيع الالكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الالكترونية ويستثنى من أحكام هذا القانون ما يلي :

أ ـ المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا

ب ـ سندات ملكية الأموال غير المنقولة . ج ـ السندات القابلة للتداول .

د ـ المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد عن عشر سنوات وتسجيل أية حقوق متعلقة بها .

هـ ـ أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل » .

ويذهب البعض[1] إلى أن نص المادة27/1) /ب) من قانون إمارة دبي يؤدى إلى إمكان إتمام بعض التصرفات القانونية التي تتوقف على الإجراءات التي أشار إليها النص من إذن أو ترخيص أو إقرار أو موافقة وذلك بطبيعة الحال ما لم يتمثل أي منها في إجراء رسمي . تنص المادة (27 /1/ ب) من قانون إمارة دبي على أنه « على الرغم من وجود أي نص مخالف في أي قانون آخر يجوز لأية دائرة أوجهة تابعة للحكومة ، في أداء المهمات المناطة بها بحكم القانون أن تقوم بما يلي : أ . . . .

ب . إصدار أي إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة في شكل سجلات الكترونية . . . »

كما نص القانون الأردني للمعاملات الالكترونية رقم 85 لسنة 2001 في المادة (6) منه على أنه « لا تسرى أحكام هذا القانون على ما يلي :

أ ـ العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقا لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها :

1 ـ إنشاء الوصية وتعديلها .

2 ـ إنشاء الوقف وتعديل شروطه .

3 ـ معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق ، ص 126 .

الإيجار الخاصة بهذه الأموال .

4 ـ الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية .

5 ـ الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة .

6 ـ لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم .

ب ـ الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استنادا لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول» .

ومن وجهة نظر شرعية يطالعنا قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم 26/3/54 الذي ينتهي إلى جواز التعاقد الإلكتروني إلا أنه يستثنى عقودا ثلاثة من ذلك ، حيث لا تنطبق عليها قواعد العقد الالكتروني ويجب إبرامها في الشكل التقليدي وهذه العقود هي :

1 ـ عقد الزواج لاشتراط الشهادة .

2 ـ عقد الصرف لاشتراط التقايض .

3 ـ عقد السلم لاشتراط تعجيل رأس المال .

و يجدر بالذكر أن مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري جاء خلوا من بيان للتصرفات التي لا تخضع لقواعد العقود الالكترونية الأمر الذي أثار خلافا حول تلك المسألة على الصعيدين الفقهي والقضائي في مصر .

الفرع الثالث : الحلول التطبيقية

وفى مقابل ما ذهبت إليه التشريعات المختلفة من استبعاد لبعض التصرفات من الشكلية الالكترونية يلاحظ البعض أن الشكلية الالكترونية أصبحت أمرا لا مفر منه ، وأنه يجوز إبرام كافة أنواع العقود الكترونيا ولو كانت عقودا شكلية سيما وقد ظهرت مهنة جديدة في مجال المعاملات الالكترونية هي مهنة الموثق الالكتروني Notaire électronique .

والموثق الالكتروني : هو طرف ثالث محايد يتمثل في أفراد أو

شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الالكترونية ، ويطلق عليهم بالإنجليزيةcertification authority .

والوظيفة الأساسية للموثق الالكتروني أو لجهة التوثيق الالكترونية هي تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الالكترونية وتحديد أهليتهم القانونية في التعامل ناهيك عن التحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته وكذلك جديته وبعده عن الغش والاحتيال .

ويأخذ التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 بفكرة الموثق الالكتروني ووضع مسمى له حيث أطلق عليه (مقدم خدمات التصديق) . كما أسند قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي أعمال المصادقة الالكترونية إلى (مراقب خدمات التصديق) الذي يتم تعيينه بقرار من رئيس سلطة منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الالكترونية والإعلام .

وبناء على ما سبق نستجلي أن هناك اتجاهاً يتخذ من فكرة التوثيق الالكتروني حلاً لأزمة الشكلية الالكترونية . فجهة التوثيق تكون مسئولة عن توثيق العقد الالكتروني الأمر الذي يجعل الوضع يبدو تطبيقا لمهنة الموثق العادي في فرنسا ومحرر العقود في ليبيا والشهر العقاري في مصر . . . الخ

على اعتبار أن كلا منهما يعد شاهدا محايدا ومستقلا عن العقد المبرم بين الأطراف . غاية الأمر أن الموثق الالكتروني لا يعد موظفا عاما في حين أن الموثق العادي هو موظف عام طبقا لقانون السلطة العامة .

ولعل الأمر يتطلب تعديلا في القوانين واللوائح ذات الصلة بالتوثيق حيث يتم إدراج مهنة الموثق الالكتروني أو جهة التوثيق الالكترونية ضمن هذا الإطار ، وذلك لاتسامها بالحيدة والنزاهة ، وتكون بذلك مؤتمنة على حفظ وتسجيل الوثائق والمحررات الالكترونية . (1)

الخاتمة :

بعد هذا العرض الموجز للمسألة الإطار القانوني للحاسب الآلي الذي يعد اكتشافه مفتاح الدخول إلى العهد الثالث ، ولأهمية معرفة أحكام هذا الجهاز في التعاملات التي يقوم بها الإنسان ، إذ يتبين لنا أنه من

(1) الصالحين محمد أبوبكر العيش : الشكلية في عقود الإنترنت والتجارة الالكترونية ، موقع البوابة القانونية اشركة ladis، www . tachreaat . com .

الضروري تفادي سلبيات وسائل الاتصال الحديثة إما عن طريق التنظيم أو الرقابة أو المسؤولية ، هذا بصفة عامة

و بصفة خاصة لابد للمتعامل بواسطة الحاسب الآلي عبر شبكة الانترنت أن يتأكد من شخصية المتعامل معه ، ومدى صلاحيته لممارسة مثل هذه التعاملات أم لا ومدي صحة رضاه ، وذلك مراعاة لما أبدعته المفكرة الإنسانية من حلول إن على مستوى التشريع إن على مستوى التطبيق ،

وبذلك يبقى الحاسب الآلي وسيلة لها ما يميزها عن غيرها من الوسائل التي اجتهد الإنسان واستعملها في حياته اليومية ، وهذا التميز هو السبب الكافي الذي دفع الدول المعاصر من سن قانون خاص به ويسمى قانون الكمبيوتر .

مراجع البحث

مراجع باللغة بالعربية:

/1 إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي و القانون المقارن.

/2 أحمد سلامة : القانون الدولي الخاص النوعي(مصر : دار النهضة العربية ، ط1 ، دت.

/3 حازم فلاح سكيك : ماذا تعرف عن الكمبيوتر البيولوجي ؟ قسم الفيزياء ـ جامعة الأزهر

/4 الدسوقي أبو الليل : الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية(جامعة لكويت : مجلس النشر العلمي ، ط1 ، 2003) .

/5 صابر راشدي : شروط صحة عقد البيع بالانترنت ، رسالة الماجستير ، جامعة الأمير عبد القادر.

/6 الصالحين محمد أبوبكر العيش : الشكلية في عقود الإنترنت والتجارة الالكترونية ، موقع البوابة القانونية لشركة ladis، www . tachreaat . com .

/7 عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر : العقود الإلكترونية دراسة فقهية مقارنة ــ الرياض ـ المملكة العربية السعودية .

/8 عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، القاهرة ، 1990

/9 علي كحلون : الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة و التجارة الالكترونية (تونس : دار إسهامات في أدبيات المؤسسة ، دط ، 2002) .

/10 القهرة عبدالرحمن بن صالح : تنظيم عقود التجارة الدولية الإلكترونية ـ دراسة مقارنة في ضوء اتفاقات التجارة الدولية، رسالة الماجستير تمت مناقشتها يوم 09/ 04 2008م كلية الحقوق بجامعة عدن .

/11 محمد أمين الرومي : التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2004 .

12/ نادر ألفرد : العالم المصرفي عبر الإنترنت : (بيروت : الدار العربية للعلوم ، ط1 ، 1421/2001) .

مراجع باللغات الأجنبية:

1/ GHESTIN . Traité de droit civil, la formation du contrat 1993 .

2/ John . P . fisher, Computers as agents : A proposal approsh to revised UCC article 2, Indiana l .. 1997

3/ Lionel thoumyer : léchange des consentements dans le commerce électonique, www . juriscom . net

4/ M . William Burrington, vice-président d'AOLInc, Séminaire Commerce électronique et développement, Organisation mondiale du commerce, 19/02/1999 .

5/ majdah . maktoob . com/vb/majdah1566/

6/ Tom Allen & Robin Widdison, Can computers make contracts ? 1996Harvard journal of law and technology,

مواقع انترنيت:

1/ www . opendirectorysite . info/e-commerce/04 . htm

2/ www . opendirectorysite . info/e-commerce/05 . htm

3/ www . tachreaat . com .

4/ www . wto . org .