مدى كفاية قواعد الغش الواردة في القانون الأردني لحماية المستهلك الإلكتروني

(دراسة مقارنة)

The Extent of Applying Fraud The Slipwated In Jordanian Civil law Over Electronic Consumer

مقدم من الطالب

رافع عارف دخيل البكر

إشراف الدكتور

عبد الله السوفاني

قدمت هذه الإطروحه استكمالاً لمتطلب الحصول على درجة الدكتوراة في

فلسفة القانون – تخصص قانون خاص.

كلية الحقوق

جامعة عمان العربية

٢٠١٤

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

تفويض

أنا الطالب رافع عارف دخيل البكر، أفوض جامعة عمان العربية بتزويد نسخ من رسالتي ورقيا وإلكترونيا للمكتبات أو المنظمات أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها حسب التعليمات للجامعة.

الأسم : رافع عارف دخيل البكر

التاريخ :_ ٢٠١٥/١/٥

التوقيع :_ .....

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الإطروحة

مدى كفاية قواعد الغش الواردة في القانون الأردني لحماية المستهلك الإلكتروني

(دراسة مقارنة)

وأجيزت بتاريخ ٢٠١٤/١٢/١٩

الاسم		التوقيع
أ.د أحمد عبد الكريم	رئيساً	
د. عبد الله خالد السوفاني	عضواً ومشرفاً	
د. عوض الزعبي	عضواً	
د. قيس عنيزات الشرايرى	عضواً	

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين على ما أنعم على عباده من فضل العلم والمعرفة،

وبما أنني أنهيت رحلتي....عند شاطئ....أرجو أن يكون مرسى السلامة.

فأنني أتوجه بالشـــكر والعرفان إلى المشرف على أطروحتي هذه، **الدكتور/ عبد الله السوفاني،** الذي تكرم علي بإرشاده وأشرفه.

وكما أشـــكر **الدكتور أحمد أبو شنب،** على إرشاده واختياره هذا الموضوع ،وكان الضوء الذي ينير لي الطريق أثناء دراستي في جامعة عمان العربية .

وكما أتقدم بالشكر إلى لجنة المناقشة الكريمة، ولمن شارك في وصولي إلى هذه المرحلة.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

الإهداء

إلى الروحين الطاهرتين....

والدي و والدتي رحمهما الله

الذان كانا المنارة....التي استرشدت بها

إلى الزوجة رفيقة الدرب

وإلى الأبناء....لهم مني كل الحب

لما قدموه من تضحيات من أجل الوصول إلى بر الأمان

إلى الأصدقاء ....والأخوة

لهم مني كل المحبة والتقدير.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهرس المحتويات

شكر وتقدير ..... د
المقدمة ..... ك
الفصل التمهيدي:محددات الدراسة ١
مصطلحات الدراسة ٢
أهداف الدراسة ٦
أهمية الدراسة ٦
منهجية الدراسة ٧
محددات الدراسة ٧
مصادر معلومات الدراسة ٨
خطة الدراسة ٨
الدراسات السابقة ١٠
الفصل الأول:القانون المدني الخاص الأردني بشأن المعاملات الإلكترونية ٢٠
المقدمة: ٢١
المبحث الأول:الغش الإلكتروني ٢١
المبحث الثاني:العقد وتفسيره ٤٨
المبحث الثالث:دور القاضي في تفسير العقد ٧٢
الفصل الثاني:حماية حقوق المستهلك ١١٠
مقدمة ١١١
المبحث الأول: حقوق المستهلك ١١٣
المبحث الثاني:حماية المصالح الاقتصادية للمستهلك ١٢٥
المبحث الثالث:الحق في الأمان والحق في التعويض ١٤٤
الفصل الثالث:القواعد التي تحكم إبرام العقود الإلكترونية ١٥٦
مقدمة ١٥٧
المبحث الأول:العقد الإلكتروني ١٦٠
المبحث الثاني:مضمون الإرادة والعقد الإلكتروني ١٧٥
المبحث الثالث:إبرام العقد ١٨٤
الفصل الرابع:الدراسة المقارنة في مدى كفاية قواعد الغش الواردة في القانون المدني الأردني لحماية المستهلك الإلكتروني ٢٣٦
مقدمة ٢٣٧
المبحث الأول:التوقيع الإلكتروني ٢٣٩
المبحث الثاني:حجية التوقيع الإلكتروني في قانوني الاونسيترال النموذجي قانون المعاملات الإلكترونية الأردني .. ٢٦٨
الخاتمة ٣٠٠

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النتائج والتوصيات: ٣٠٢
أولاً:النتـائج: ٣٠٢
ثانياً:التوصيات: ٣٠٨
المراجع ٣١٥
أولاً:باللغة العربية: ٣١٥
الدراسات: ٣٢١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مدى كفاية قواعد الغش الواردة في القانون الأردني لحماية المستهلك الإلكتروني

(دراسة مقارنة)

إعداد

رافع عارف دخيل البكر

إشراف الدكتور

عبد الله السوفاني

الملخص

لقد أصـــبح المستهلك في ظل الاقتصاد الحر، وتحكم آليات السوق فيه، عرضة للتلاعب بمصـــالحه، ومحاولة غشـــه وخداعه. فقد يلجأ المنتج إلى التغاضي عن سلامة وأمن المستهلك بإيهامه بمزايا غير حقيقية في إنتاجه، ولذلك وجب حماية المستهلك والبحث عن الوسائل اللازمة لـــذلك، فالخطر الذي يتعرض له المســـتهلك في إطار التجارة الإلكترونية أكبر من الخطر في التجارة التقليدية؛ لأن نطاق التجارة الإلكترونية أوسع وأشمل.

ولذلك يحتاج المستهلك إلى الحماية سواء على المستوى الوطني أو الدولي. وتنبع أهمية توفير حماية المســـتهلك من أنه يمثل الطرف الضعيف في العملية التعاقدية، فالرغبة في الربح السريع دفعت العديد من التجار والمنتجين ومقدمي الخدمات لاتباع أساليب غير مشروعة للإثراء السريع، باستخدام وسائل الغش والخداع المختلفة. ومن هنا تظهر أهمية التعريف بالمستهلك الذي نسعى لتوفير الحماية له. وبعد اتساع مستخدمي الإنترنت في العالم، بدأ يتبلور مفهوم الحماية

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

الإلكترونية للمستهلك، والذي يعني الحفاظ على حقوق المستهلك ،وحمايته من الغش أو الاحتيال، أو شـــراء بضائع مغشوشة باستخدام أدوات شبكة الإنترنت التي تستطيع الوصول إلى كل مكان، وتمارس تأثيرًا يتجاوز أحياناً الأدوات التقليدية في الواقع.

أن المخاطر التي يتعرض لها المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية قد يكون مصدرها التاجر، الذي يمثل الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية، و كثيرا ما يتسم سلوكه بالغش والتحايل على المستهلك. كما قد يقع الخطر من الغير، كما في حالة اختراق الشبكات الإلكترونية المنجزة، حيث يتم ســـرقة المعلومات وإعادة اســـتخدامها على نحو يضر بالمستهلك، الأمر الذي يتطلب حماية المعاملات الإلكترونية، فضلاً على أن الدعاية والإعلان في نطاق العقد الإلكتروني بصفة خاصـــة قد يلعب دوراً عظيما في إيقاع المستهلك في خطأ يدفعه إلى التعاقد دفعاً، خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار قوة شبكة الإنترنت من حيث الانتشار، التأثير، الدعاية، الإعلان، والقدرة على النفاذ بسرعة وسهولة للمستهلك، حتى أصبح يشعر أنه محاصر في مسكنه وعمله؛ ليكتشف بعد فوات الأوان أنه ضـــحية لمؤامرتين، الأولى، من وســـائل الدعاية والإعلان. والثانية، من قبل التاجر أو المنتج صـــاحب الســـلعة التي يسوقها عن طريق الانترنيت. كل ذلك يستوجب حماية المســـتهلك الإلكتروني من الغش والتحايل الذي يتعرض له من خلال عقود التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

The Extent of Applying Fraud The Slipwated In Jordanian Civil law Over Electronic Consumer

Abstract

The consumer has become in light of the free economy, and control of market mechanisms in it, vulnerable to manipulation interests, and try to cheating and deception. Product has resorted to overlook safety and consumer security mock the benefits of non-real in its production, and therefore must protect consumers and the search for means to do so, danger posed to the consumer in greater danger in traditional commerce e-commerce framework; because the e-commerce a wider range and more .comprehensive

Therefore, the consumer needs to be protected, whether at the national or international level. The importance of the provision of consumer protection that it represents a weak party to the contractual process, desire for fast profit led many traders, producers and service providers to follow the rapid methods of illegal enrichment, using different means of fraud and deception. Hence the importance of the definition of consumer, who seek to provide protection to his show. After the expansion of Internet users in the world, began to take shape the concept of electronic consumer protection, which means maintaining consumer rights, and protection from fraud or fraud, or buying fake goods using the Internet that can reach everywhere, tools, and exercises influential sometimes beyond the traditional tools in fact.

That the risks to consumer e-commerce contracts may have come from the merchant, which represents the other party to the contractual relationship, and often characterized by behavior of cheating and fraud on the consumer. Risk of third parties may also located, as in the case of breaching the completed electronic networks, where it is to steal and reuse information to the detriment of the consumer, which requires the protection of electronic transactions, as well as on the advertising within the mail decade is particularly has played a great role in the the rhythm of consumer error paid to contract a boost, especially if we take into account the power of the Internet in terms of circulation, influence, publicity, advertising, and the ability to access quickly and easily to the consumer, even became feels boxed in his home and his work; only to discover too late that the victim of plots to The first, a means of advertising. And second, by the merchant or the product marketed by the owner of the item via the Internet. All of this requires electronic consumer protection from fraud and fraud, which exposed him through e-commerce contracts online

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المقدمة

في الماضي عندما كانت علاقات الفرد بمجتمعه بسيطة، واحتياجاته محدودة، كان يستطيع أن يختار بسهولة ما يحتاجه من سلع وخدمات، إذ لم يكن أمامه سوى القليل من الخيارات. لكن نتيجة التطور العلمي الكبير الذي شهده العصر الحديث، أصبح الفرد مستهلكاً في مختلف جوانب حياته. فهو يعقد في اليوم الواحد العديد من العلاقات مع المنتجين والموزعين. إلا أن هذه العلاقات لا تكون عادة متوازنة، إذ أن البائع أو مقدم الخدمة يتميز بالقوة الاقتصادية والاختصاص والخبرة. ومن هنا نشأت الحاجة إلى حماية المستهلك.

يُقصد بالمستهلك: الشخص الذي يحوز أو يستخدم سلعاً أو خدمات لغرض غير مهني.[١] ذلك أن المعيار الأساسي هنا هو الحيازة، أو الاستخدام للسلع أو الخدمات، بهدف شخصي أو عائلي. هذا المفهوم الضيق[٢] للمستهلك،هو ما نعتمده في هذا البحث. في حين نطلق اصطلاح "المهني" على المنتج والتاجر، مقدم السلعة أو الخدمة.

---

(١)عرّف المجلس الأوروبي المستهلك عندما وضع ميثاق حماية المستهلك في ١٧ مايو ١٩٧٣ بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي تباع له أشياء أو خدمات لاستخدامه الخاص". كما عرّفه المجلس الاقتصادي والإجتماعي التابع للجمعية العامة للأمم المتحدة بأنه " الشخص الذي يقوم بشراء السلع والخدمات من السوق لاستعمالها".

(٢) يقصد بالمستهلك بالمفهوم الموسع، كل شخص يتعاقد بهدف الإستهلاك . في حين يقصد بالمستهلك وفقاً للمفهوم الضيق، كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية.أنظر في تفصيل ذلك: السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢ ، ص ص ٨ – ١١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إن المستهلك الذي أنتجه المجتمع الاستهلاكي هو كل أفراد المجتمع، وبالتالي، تدخل حمايته في مجمل الالتزامات العامة للدولة التي تتكفل بالأمن العام، وضبط علاقات أفراد المجتمع بصفة عامة. فالدولة مطالبة بتحقيق نوع من التوازن بين اعتبارات المصلحة الاقتصادية العامة، وبين مصلحة الفرد، وإلا تغلّبت مصالح الأقوياء على مصالح الضعفاء أو سادت مصالح أصحاب رؤوس الأموال على حساب مصالح المستهلكين، وهو ما لا يتفق مع مبادئ العدالة الإجتماعية والسلام الإجتماعي.

تمثلت حماية المستهلك بداية، في التزام الدولة بأن تكون مسؤولة عن توفير احتياجاته بأسعار معقولة. وعليه جرى اختزال مجموعة المصالح المشروعة للمستهلك في مصلحة واحدة ،هي الحصول على السلعة أو الخدمة بثمن مناسب، دون النظر إلى شروط الجودة والأمور الأخرى. إلا أن هذه النظرة الضيقة تغيرت مع تطور المجتمعات، بحيث أصبحت حماية المستهلك تتعلق بمعاونته في الحصول على ما يلزمه من مواد وأدوات يتطلبها الاستقرار المعيشي، بجودة مناسبة وبأسعار معتدلة، وفي مختلف الأوقات والظروف، مع دفع أية أخطار، أو عوامل من شأنها الإضرار بمصالحه أو تؤدي إلى خداعه أو تضليله.

يقصد بحماية المستهلك الآن، حفظ حقوقه وضمان حصوله على تلك الحقوق في مواجهة المهنيين. وتأخذ الحماية القانونية للمستهلك مظاهر متعددة، سواء من الناحية الجنائية، أو من النواحي التنظيمية أو الإدارية أو المدنية[1].وتمتد هذه الحماية لتغطي الكثير من المجالات المتصلة بالنشاطات التجارية وأداء الخدمات العامة أو الخاصة والانتفاع بها.

([1])موسى، أحمد كمال الدين، (١٩٨١)، **الحماية القانونية للمستهلك في المملكة العربية السعودية**، معهد الإدارة العامة، إدارة البحوث، ص ٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لقد مرت فكرة حماية المستهلك بمراحل تطور متعددة[١]. فقد ظهرت بعض القواعد التي تنظم العلاقات بين البائع والمشـــتري في القانون البابلي (قانون حمورابي)، والقانون الروماني (القانون البريتوري). كما عالجت المجتمعات الإسلامية هذا الموضوع من خلال مؤسسة الحسبة، التي كانت تطبق الشـــريعة الإســـلامية والأعراف المهنية. أما في أوروبا، فقد أدت الرغبة في تشجيع التجارة والصناعة في ظل انتشار النظام الرأسمالي إلى ترسيخ "مبدأ سلطان الإرادة" الذي نادى به الفيزوقراطيون[٢]، والذي بمقتضاه تمتنع الدولة عن التدخل في الحياة الاقتصادية، على اعتبار أن قانون العرض والطلب يحقق التوازن المطلوب. وبالتالي خلت قوانينها من أي قواعد تحقق الحماية للمستهلك. ولما كثرت الجرائم التي يرتكبها المهنيون بحق المستهلك، قام المشرع الفرنســـي والمشـــرع الإنجليزي في مرحلة متأخرة بإصـــدار مجموعة من القوانين، تهدف في مجملها إلى حمايته[٣].

ولعل من أهم المواثيق الدولية التي سعت لحماية المصالح المشروعة للمستهلكين ما أقره المجلس الأوروبي في ١٧ مايو ١٩٧٣، بقراره رقم ٥٤٣، المتضـــمن للميثاق الأوروبي لحماية المستهلك.

---

(١)انظر في تفصـــيل ذلك: مرفت عبد المنعم صـــادق، الحماية الجنائية للمستهلك، ص ص ١٢ – ٢٠ ، محمد عبيدات،"التطور التاريخي لحـــركة حمايـــة المستهـــلك"، مقال منشور في مجلة حماية المستهلك، العدد الرابع، ١٩٩٥ ، ص ص ١٠ – ١٤.

(٢)عباس، محمد حسني، (١٩٥٤)، **العقد والإرادة المنفردة** ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ص ٣٠.

(٣) في فرنسا صدر قانون خاص بقمع التدليس والغـــــــش في الأول من أغسطـــس ١٩٠٥، وبعد ذلك تتابع صـــــــدور لتشريعات الخاصة بحماية المستهلك. وفي إنجلترا صدرت مجموعة من التشريعات الخاصة بحماية المستهلك،منها قانون الأوصاف التجاريـــة عام ١٩٦٨ وقانـــون الائتمان الاستهلاكي في عـــام ١٩٧٤ وقانون الشروط التعاقدية غير العادلة عام ١٩٧٧ وقانون حماية. المستهلك عام١٩٨٧

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتوافق الآراء في ٩ نيسان ١٩٨٥، المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك، بالقرار رقم ٣٤٨/٣٩، وتوفر هذه المبادئ للحكومات، ولاسيما حكومات البلدان النامية، إطاراً لوضع سياسات وتشريعات بشأن حماية المستهلك. وقد أقرت هذه المبادئ ثمانية حقوق للمستهلك هي:-

الحق في الإعلام (المعرفة)، الحق في الاختيار، الحق في التثقيف، الحق في الاستماع إلى آرائه، الحق في الحصول على السلع والخدمات الضرورية، الحق في الأمان، الحق في التعويض، والحق في العيش في بيئة صحية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل التمهيدي: محددات الدراسة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مصطلحات الدراسة.

المستهلك:

في إحدى النشرات الدورية الإدارية الفرنسية ، تم تعريف المستهلك عندما يتعلق الأمر بالمنتجات"، بأنه ذلك الذي يستخدمها لإشباع حاجاته الخاصة، وحاجات من يعولهم من الأشخاص. وليس لإعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق مهنته. أما في مجال تقديم الخدمات، فيتعلق الأمر بالمستفيدين منها في شكل أعمال على أموالهم المادية المملوكة لهم سلفا، مثل أعمال الصيانة أو الإصلاح أو الخدمات التي يكون الشخص مستفيدا منها".

المستهلك الإلكتروني:

هو ذلك الشخص الذي يبرم العقود الإلكترونية المختلفة، من شراء وإيجار وقرض وانتفاع وغيرها، من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات؛ لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها، ودون أن تتوافر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها.

شبكة الإنترنت العالمية Internet:

هي عبارة عن شبكة اتصالات عالمية تربط، بين ملايين شبكات الاتصال وملايين أجهزة الكمبيوتر بشتى أشكالها وأنواعها.

الشبكة العنكبوتية العالمية WWW:

وهي إحدى الخدمات المشهورة،التي توفرها شبكة الإنتـــرنت العالمية، والتي تساعد على الدخول إلى مليارات المواقع الموجودة على الشبكة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التجارة الإلكترونية E-commerce:

يمكن القول بأن مصطلح التجارة الإلكترونية ببساطة، يعني استخدام الإنترنيت والشبكة العنكبوتية العالمية، لتبادل العمليات بشتى أشكالها بين الأعمال المختلفة، مع التركيز على استخدام التكنولوجيا الرقمية في العمليات التجارية بين الشركات والأفراد.

وقد عرفها البعض بأنها، " المعاملات التجارية التي تتم من قبل الأفراد والهيئات، والتي تعتمد على معالجة ونقل البيانات الرقمية، بما فيها الصوت والصورة، من خلال شبكات مفتوحة مثل الانترنيت أو مغلقة، والتي تسمح بالدخول إلى الشبكات المفتوحة ". وفي التجارة الإلكترونية لابد من التطرق لعدة تعاريف أخرى، ومن أهمها التالي:-

- العمليات الرقمية Digitally Enabled Transactions: وهي جميع العمليات التي تتم بوسائط تكنولوجيا رقمية، والتي في أغلبها تتم عبر شبكة الإنترنيت، والشبكة العنكبوتية العالمية.
- العمليات التجارية Commercial Transactions: وتعني هنا العمليات التجارية التي تتضمن تبادل القيم، والمتمثلة بوسائط النقد المختلفة: كالأموال وبطاقات الإعتماد والشيكات، بين الشركات والأفراد مقابل بضائع أو خدمات.

التوقيع الإلكتروني:

عبارة عن جزء صغير مشفر من بيانات يضاف إلى رسالة إلكترونية، كالبريد الإلكتروني، أو العقد الإلكتروني. وثمة خلط كبير في مفهوم التوقيع الرقمي، حيث يظن البعض أنه أرقام ورموز أو صورة للتوقيع العادي. وهو ليس كذلك، إذ لا تعد صورة التوقيع العادي بواسطة السكانر (الماسحة الضوئية) توقيعا إلكترونيا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالتوقيع الإلكتروني على رسالة ما، عبارة عن بيانات مجتزأة من الرسالة ذاتها، (جزء صـــغير من البيانات)، يجري تشفيره وإرساله مع الرسالة. بحيث يتم التوثق من صحة الرسالة من الشخص عند فك التشفير وانطباق محتوى التوقيع على الرسالة.

ويتم التوقيع الإلكتروني (الرقمي) بواسطة برنامج كمبيوتر خاص لهذه الغاية، وباستعماله فإن الشـــخص يكون قد وقع على رســـالته تماما كما يوقع ماديا، (في عالم الأوراق والوثائق الورقية)، ويستخدم التوقيع الرقمي على كافة الرسائل الإلكترونية والعقود الإلكترونية.

الجريمة الإلكترونية E-Crime:

كل فعل ضار يأتيه الفرد عبر استعماله الوسائط الإلكترونية مثل الحواسيب، أجهزة الموبايل، شبكات الاتصالات الهاتفية، شبكات نقل المعلومات، شبكة الإنترنت، كتدمير بيانات وحواسيب الغير، بواسطة فيروسات. أو محاولة الوصول غير المشروع لبيانات سرية غير مسموح بالإطلاع عليها، ونقلها ونسخها أوحذفها.

الغش التجاري:

"كل فعل من شأنه أن يغير من طبيعة المواد أو فائدتها التي دخل عليها عمل الفاعل، ولا تهم الوسيلة التي لجأ إليها الفاعل في سبيل تحقيق غايته. فقد يتم الغش بإحلال مواد أقل قيمة مكان أخرى أعلى منها، فيما يراد إدخال الغش عليه. أو بإنقاص بعض المواد، أو إضافة مواد أخرى عليه تزيد من كميته وتقلل من مفعوله، وغير ذلك من الصور التي لا تدخل تحت حصر. حيث يتفنن الغشاشون في استنباطها؛ لتحقيق أغراضهم بالحصول على أرباح طائلة وغير مشروعة.

وتعرف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية الغش/الاحتيال الإلكتروني بأنه، "كل سلوك غير مشروع، أو غير أخلاقي أو غير مصرح به، يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات أو نقلها".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حماية المستهلك Consumer Protection:

هى حركة تعمل على حماية المستهلكين من المنتجات غير الآمنة، أو ذات النوعية الرديئة. ومن الغش والخداع في الدعاية أو التصنيف أو التغليف، كما تحميهم من الإجراءات المهنية التي تحد من المنافسة. وحماية المستهلك أو حركة المستهلك نشطة في العديد من الدول، وتشتمل هذه الحركة على نشاطات يقوم بها المستهلكون أنفسهم بالإضافة للإجراءات الحكومية. وتسعى هذه الحركة لتأمين معلومات كافية عن البضائع حتى يتمكّن المستهلكون من اتخاذ قرارات صحيحة في شراء السلع والخدمات؛ كما تحاول أن تعلّم المستهلك الوسائل الفعّالة للحصول على تعويض عن أي عَطَبٍ أو أذىً تسبّبه البضائع الفاسدة.

مشكلة الدراسة

تكمن إشكالية الدراسة في بيان المشكلات التي تواجه المستهلك في التعاقد الإلكتروني، سواء في مرحلة ما قبل التعاقد، أو في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، أو في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني، فهذه الدراسة ستقوم بالإجابة على التساؤلات التالية:-

١. ما هي مبررات حماية المستهلك من المنظور التقليدي والتقني؟
٢. هل أوجد المشرع الأردني نطاقًا قانونيًا متكاملاً لحماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني؟
٣. هل يعتبر العقد الإلكتروني بين المستهلك والمزود عقد إذعان؟
٤. هل هناك فروقات في مجال حماية المستهلك في التعاقد ما بين التشريعات السارية في الأردن، والقوانين المقارنة؟
٥. ما هي حقوق المستهلك في كافة مراحل التعاقد الإلكتروني؟

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٦. كيف يتم حماية المستهلك الإلكتروني؟

أهداف الدراسة

تهدف الدراسة إلى بيان حاجة المستهلك للحماية من المنظور التقليدي والتقني، والكشف عن مدى الحاجة لحمايته قبل إبرام العقد الإلكتروني، كما وتهدف أيضًا إلى توضيح وضع التشريعات السارية في الأردن، والمتعلقة بحماية المستهلك، والتعرف على حقوق المستهلك في كافة مراحل العقد الإلكتروني، بالإضافة إلى الكشف عن مدى حاجة المستهلك للإعلام اللاحق لإبرام العقد الإلكتروني.

أهمية الدراسة

١. ظهور حاجة ملحة لدراسة هذا الموضوع، نظرًا للتطور الحاصل في مجال التعاقد الإلكتروني، الذي يشكل المستهلك أحد أطرافه الرئيسية في الكثير من الحالات، بحيث أصبح المستهلك رهينة شروط المزود عند تعاقده إلكترونيا من أجل شراء سلعة، أو خدمه معينة هو بحاجة ماسه إليها.

٢. بالرغم من التطور العلمي والتقني، إلا أن المستهلك لا يزال يعاني من الغش والتحايل عند تعاقده إلكترونيا، بالإضافة إلى ضعف نوعية السلع والخدمات وارتفاع أسعارها. وهذا ما دفعني إلى البحث، ومحاولة الوصول إلى حلول وطرق قانونية، سواء أكانت حماية مدنية أو جزائية، تساعد المستهلك وتحميه عند تعاقده إلكترونيا، فالثقة والأمان من أهم ما يحتاج إليه المستهلك عند تعاقده إلكترونيا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣. إن حاجة المستهلك إلى الحماية في التعاقد الإلكتروني تنبع أيضًا من كون المستهلك الطرف الأقل خبرة ودراية في المعاملات التجارية الإلكترونية، والأقل قوة في المعادلة الاقتصادية.

٤. تنبع أهمية الدراسة أيضًا من تناولها لوضع المستهلك الأردني، في ظل صدور قانون حماية المستهلك الجديد. وستبين الدراسة كذلك دور الهيئات والجمعيات في حماية المستهلك (مع العلم أن هذه الهيئات حديثة النشأة) وخصوصًا في في الأردن.

منهجية الدراسة

- الاعتماد في إعداد هذه الرسالة على المنهج الوصفي التحليلي.
- الاعتماد في هذه الرسالة أيضًا على المنهج المقارن.

محددات الدراسة

اعتمدت هذه الدراسة على بعض القوانين العربية والغربية وعلى الأخص:-

١. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م.

٢. قانون حماية المستهلك المصري، رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٧م.

٣. قانون المبادلات الإلكترونية التونسي، رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠م.

٤. قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢، بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.

٥. قانون الإنسيترال النموذجي.

٦. إصدارات الأمم المتحدة، الجمعية العامة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ٢٠٠٠م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مصادر معلومات الدراسة

١. تم الإطلاع على الكتب، والدوريات العلمية، والمراجع والدراسات ذات الصلة بالتجارة والتسويق الإلكتروني، والتي تلقي الضوء على المستهلك الإلكتروني، ومدى حماية من كرق الخداع والغش إلكترونيا.

٢. كما تم عن طريق الإنترنت الاطلاع على القانون المدني الأردني في شأن المعاملات الإلكترونية، وتبيان مدى كفاية هذا القانون لحماية المستهلك الإلكتروني.

خطة الدراسة

قام الباحث بتقسيم موضوع الدراسة، " مدى كفاية قواعد الغش الواردة في القانون المدني الأردني لحماية المستهلك الإلكتروني ــ دراسة مقارنة " إلى:-

فصل تمهيدي: (محدات الدراسة) وأربعة فصول متتالية على النحو التالي:-

الفصل الأول: القانون المدني الخاص الأردني بشأن المعاملات الإلكترونية، وينقسم إلى ثلاث مبحثين:

المبحث الأول: الغش الإلكتروني

المبحث الثاني: العقد وتفسيره.

المبحث الثالث: دور القاضي في تفسير العقد.

الفصل الثاني: حماية حقوق المستهلك، وينقسم إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: حقوق المستهلك.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني: حماية المصالح الاقتصادية للمستهلك.

المبحث الثالث: الحق في الأمان والحق في التعويض.

الفصل الثالث: القواعد التي تحكم إبرام العقود الإلكترونية، وينقسم إلى أربع مباحث:

المبحث الأول: العقد الإلكتروني.

المبحث الثاني: مضمون الإرادة والعقد الإلكتروني.

المبحث الثالث: إبرام العقد.

المبحث الرابع: عناصر العقد الإلكتروني.

الفصل الرابع: الدراسة المقارنة في (مدى كفاية قواعد الغش الواردة في القانون الأردني لحماية المستهلك الإلكتروني)، وينقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول: التوقيع الإلكتروني.

المبحث الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في قانون الأونسيترال النموذجي وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني

الخاتمـــــة

النتائج والتوصيات

المراجـــــع

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدراسات السابقة

أولاً: الدراسات باللغة العربية:

١. دراسة (الحجار، ١٩٨٦م) بعنوان: "حماية المستهلك"، دراسة تحليلية للواقع الأردني".

هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على واقع حماية المستهلك الأردني، من خلال التعرف على التجربة الأردنية في هذا المجال. والتعرف على المشاكل التي يعاني منها المستهلك الأردني ومحاولة اقتراح الحلول لها. وقد قام الباحث بتوزيع استمارتي استبيان، وزعت الأولى على عدد ٢٦٠ مستهلكا، أما استمارة الاستبيان الثانية فقد تم توزيعها على العاملين في عينة من منظمات قطاع الصناعة والتعدين بلغت ٢٢ منظمة.

وقد توصل الباحث إلى جملة نتائج كان من أهمها:-

- بالرغم من تعدد الجهات الحكومية المعنية بحماية المستهلك، إلا أن الباحث لاحظ عدم وجود قسم متخصص ضمن الجهات الحكومية يعنى بمشاكل المستهلك ، ومتابعة شكاويه ومقترحاته.
- أكد المستهلكين على ضرورة توفير المعلومات المناسبة والكافية لهم، من اجل اتخاذ قرارات الشراء على أسس سليمة. وقد وضح المستهلكون أنه من خلال خبرتهم الشخصية يمكن القول بأن معلومات الإعلانات المبثوثة والمنشورة مضللة ولا تساعد في عملية الشراء.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢. دراسة (الربيعى، ١٩٩٦م) **بعنوان "حقوق ورغبات المستهلكين في سياسات التسويق".**

هدفت الدراسة إلى تحليل واقع سياسة حماية المستهلك في العراق، وذلك من خلال محورين تضمن الأول دراسة القوانين والأنظمة والمؤسسات ذات العلاقة بحماية المستهلك، والثاني اهتم بالتعرف على رأي المستهلك بالسياسات والأنشطة التسويقية، من حيث مدى مراعاتها لحقوقه.

ولتحقيق ذلك الهدف قام الباحث بالعمل في اتجاهين، تضمن الأول زيارة المؤسسات والدوائر ذات العلاقة بحماية المستهلك، أما الاتجاه الثاني، فقد تضمن التعرف على رأي المستهلك في مدى مراعاة تلك المؤسسات لرغباته وحقوقه، وذلك وفق استمارة استبيان أعدت لهذا الغرض ووزعت على عينة من المستهلكين في مدينة بغداد.

وقد أشارت نتائج الدراسة إلى وجود قلق لدى المستهلك جراء ضعف مراعاة المؤسسات التسويقية لحقوقه ورغباته، كما أشارت الدراسة إلى وجود حالة من عدم الرضا لدى المستهلك عن حالة الرقابة في السوق ، حيث أشار أغلب أفراد العينة إلى عدم وجود أجهزة تقوم بالرقابة والتفتيش على السوق يمكن للمستهلك اللجوء إليها؛ لضمان حقوقه عند تعرضه للضرر.

٣. دراسة (الشعيبى والملاح، ١٩٩٨م) بعنوان: " **دراسة تحليلية لأثر الوعي الإستهلاكي في حماية المستهلك** ".

يهدف هذا البحث إلى دراسة وتحليل العلاقة بين الوعى الإستهلاكي وحماية المستهلك. وقد تم التعبير عن الوعى الاستهلاكي فى هذا البحث بمجموعة من المتغيرات، وتم دراسة العلاقة بين هذا الوعي وبين بعض الخصائص الاقتصادية والاجتماعية للمستهلكين بمحافظة الاحساء ،وهى أساسا مستوى الدخل ومستوى التعليم لرب الأسرة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولتحقيق هذا الهدف تم إعداد استمارة استبيان أعدت خصيصا لهذا الغرض، وتم استيفاؤها من عينة عشوائية من المنطقة. وقد استخدم التحليل الإحصائي اللابارميترى ؛ لدراسة العلاقة السابقة ، وذلك نظرا للطبيعة الوصفية لبيانات هذه الدراسة، وتحديدا فقد تم استخدام مربع كاى لدراسة مدى معنوية العلاقة بين الوعى الاستهلاكي وكل من مستوى الدخل، ومستوى التعليم لرب الأسرة. كما استخدم معامل كرامر لتقدير القوة الارتباطية لهذه العلاقة. وقد أوضحت نتائج البحث وجود علاقة معنوية إحصائية بين مستوى الوعى الاستهلاكي وبين مستوى الدخل وبينة وبين مستوى تعليم رب الأسرة. كما أوضحت النتائج أيضا وجود علاقة ارتباطيه معنوية بين الوعى الاستهلاكي وكل من مستوى الدخل، ومستوى التعليم لرب الأسرة. وتخلص الدراسة إلى أن السياسات المتعلقة بحماية المستهلك، يجب أن توجه لتنمية وتثقيف المستهلكين، مع التركيز على شرائح المجتمع الأقل دخلا والأدنى فى المستوى التعليمي. بالإضافة إلى أهمية تفعيل القوانين الحالية لحماية المستهلك، حيث أشارت النتائج إلى وجود فجوة بين القوانين القائمة وتطبيق هذه القوانين.

٤. دراسة (الملاح وزغلول، ١٩٩٧م) بعنوان: " **أثر الوعي الاستهلاكي في حماية المستهلك ودور الحكومة في تحقيق الحماية** ".

واستخدما بيانات مقطعية عن خصائص المستهلكين بمنطقة شبرا الخيمة بمصر، وطبقا أسلوب التحليل الإحصائي الوصفي واللابرمتري في تحليل البيانات. وأوضحت النتائج أن هناك علاقة طردية بين كل من المستوى التعليمي، ومستوى الدخل وتفضيل الجودة وحماية المستهلك. كما أوضحت النتائج أيضًا عدم وجود علاقة بين الحالة الاجتماعية والوعي الاستهلاكي، وأن غالبية المستهلكين يرون أن حماية المستهلك هي عامل مشترك بين الأفراد والحكومة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٥. دراسة (اللحاح وسحبل، ١٩٩٨م) بعنوان: " **أبعاد ومجالات حماية المستهلك من منظور المستهلك**".

هدفت الدراسة لتحديد إلى أي مدى يتمتع المستهلك المصري بالحماية من وجهة نظره، وكذا تحديد الأسباب التي تؤدي إلى ضعف الحماية للمستهلك بصفة عامة، وتحديد مجالات وأبعاد الحماية التي يجب التركيز عليها، وفق الأولويات التي يراها المستهلك. وقد بلغ حجم عينة الدراسة ٣٨٤ مستهلك، وتم توزيع استمارات الاستبيان على المستهلكين القاطنين بمحافظة المنوفية بجمهورية مصر العربية. وقد توصلت الدراسة إلى عدة نتائج كان من أهمها:

- إن المستهلكين لديهم وعي كافي بجوانب حماية المستهلك.
- على الرغم من الاختلافات الواضحة بين مفردات عينة الدراسة فيما يتعلق بمفهوم حماية المستهلك، إلا أن النتائج عكست إدراك المستقصى منهم لمضمون الحماية وان اختلفت صور التعبير عن هذا المضمون.
- وجود استعداد لدى نسبة كبيرة من المستقصى منهم للانضمام إلى جمعيات لحماية المستهلك، وقد بلغت هذه النسبة ٩٤.٧ %.وهذه النسبة العالية تمثل مؤشرا قويا على اقتناع المستقصى منهم بأهمية حماية المستهلك.
- أشار ٩٢.٦ % من المستقصى منهم، إلى عدم وجود درجة كافية من الحماية لحقوق المستهلك. ويعكس ذلك ضعف الدور الذي تقوم به الأطراف المعنية بحماية المستهلك. أشارت الدراسة إلى عدم رضا أفراد العينة عن معايير الجودة المحددة من قبل الحكومة، وأنها تعد غير كافية لتحقيق مستوى مناسب من الجودة للسلع والخدمات التي تقدم للمستهلك.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

-

٦. دراسة (حاتم، ١٩٩٨م) بعنوان: "**حماية حقوق المستهلك في السوق اليمنية: الواقع والمستقبل** ".

هدفت الدراسة إلى التعرف على الواقع الراهن لحقوق المستهلك ومستوى حمايتها في السوق اليمنية، وكذا الاطلاع على الدور الذي تقوم به الجهات المعنية بحماية حقوق المستهلك في السوق اليمنية، والتعرف على الوسائل الكفيلة بتعزيز حماية حقوق المستهلك بمختلف أشكالها.

وقد تم توزيع استمارة استبيان على عينة من المستهلكين في محافظة عدن بلغ عددهم٤٢٠ مستهلكا. وقد كانت أهم نتائج الدراسة على النحو التالي:-

- يرى ٧٥ % من أفراد عينة الدراسة انه توجد في اليمن أجهزة أو هيئات حكومية رقابية وتفتيشية على السوق، لكن ٨٢ % منهم يرون أن دور هذه الأجهزة والهيئات ضعيف، في حين يرى١٨% أن دورها معدوم، وأشار٦% فقط من أفراد العينة ، أنه توجد في اليمن هيئة للمواصفات والمقاييس وضبط الجودة. ويرى ٦٢ % من أفراد العينة ضرورة أن يكون جهاز الرقابة والتفتيش جهازا مستقلا لا يتبع وزارة محددة.

٧. دراسة (الدورى، ٢٠٠٠م) بعنوان:" **أثر تحقيق متطلبات إدارة الجودة الشاملة على حماية المستهلك " دراسة استطلاعية في عينة من مستشفيات بغداد.**

هدفت الدراسة إلى محاولة التعرف على أثر إدارة الجودة الشاملة في توفير الحماية للمستهلك، (المستفيد من الخدمة الصحية) من خلال التحسين المستمر لحقوقه، وبما يضمن ويساعد في تحقيق رضاه عن جودة الخدمة الصحية المقدمة له في كل من المستشفيات الحكومية والأهلية (عينة الدراسة). كما هدفت الدراسة إلى تحفيز وتشجيع المستشفيات عامة وعينة الدراسة بشكل خاص، على تبني فلسفة إدارة الجودة الشاملة، حتى تضع أقدامها على الدرجة الأولى لرضا

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المستهلك من خلال الاهتمام بحقوقه وبالتالي تعزيز وتأهيل فلسفة التوجه نحو المسؤولية الاجتماعية. وقد اختار الباحث عينة الدراسة من عدد ٢ مستشفى حكومي، وقام بتوزيع ١٨ استمارة استبيان، أما المستشفيات الأهلية فقد اختار الباحث ٥ منها، قام من خلالها بتوزيع ٧٠ استمارة استبيان على المرضى.

وقد أشارت نتائج الدراسة إلى وجود علاقة ارتباط بين حماية المستهلك، والرضا عن الخدمة الصحية. وأن هناك علاقة أثر بين متطلبات إدارة الجودة الشاملة، وحماية المستهلك في المستشفيات الحكومية والأهلية بشكل عام. كما أشارت النتائج إلى أن المرضى الراقدين في المستشفيات الحكومية، ينظرون إلى المستشفيات الحكومية على أنها اكثر التزاماً بدورها ومسؤوليتها الاجتماعية.

٨. دراسة (الخير،٢٠٠١م) بعنوان:" **حماية المستهلك ودورها في رفع مستوى الوعي الإستهلاكي لدى المواطن السوري** ".

هدفت الدراسة إلى التعرف على واقع حماية المستهلك في سوريا، ولتحقيق هذا الهدف والوصول إلى إثبات أو نفي الفرضيات التالية:-

- الوعي الاستهلاكي لدى المستهلك السوري ضعيف.
- الرقابة الحكومية على السوق الاستهلاكية غير فعالة.
- تشكيل جمعية لحماية المستهلك في سوريا، تحقق الحماية للمستهلك السوري.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فقد جمعت البيانات من خلال المقابلات والزيارات الميدانية، وأسئلة الاستبيان المرسلة للمستهلكين، والذين بلغ عددهم ٥٠٠ مستهلك. وتم إثبات جميع الفرضيات الموضوعة بمستوى ثقة ٩٥%، كما تم اقتراح عدد من التوصيات التي يمكن أن تسهم في تحقيق حماية أفضل للمستهلك في سوريا.

٩. دراسة (عبدالله ذيب محمود، ٢٠٠٩م) بعنوان: " **حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني**".

تهدف الدراسة إلى بيان حاجة المستهلك للحماية من المنظور التقليدي والتقني، والكشف عن مدى الحاجة لحماية المستهلك قبل إبرام العقد الإلكتروني، كما وتهدف أيضًا إلى توضيح وضع التشريعات السارية في فلسطين والمتعلقة بحماية المستهلك، والتعرف على حقوق المستهلك في كافة مراحل العقد الإلكتروني، بالإضافة إلى الكشف عن مدى حاجة المستهلك للإعلام اللاحق لإبرام العقد الإلكتروني.

ومن النتائج أن فكرة إكتساب المزود لوصف المستهلك غير دقيقة؛ بسبب أن الشخص المبحوث عن حمايته هو الطرف الضعيف في العملية التعاقدية، وقد يعتبر الإعلان التجاري الإلكتروني الموجه إلى المستهلك إيجابيًا، وقد يكون دعوة للتفاوض أو للتعاقد، يتمثل حق المستهلك في الإعلام والتبصر، من خلال تحديد شخصية المزود، وصف المنتج أو الخدمة محل التعاقد. يعتبر العقد الإلكتروني عقد إذعان إذا لم يكن هناك تفاوض، فالأمر يتوقف على مدى إمكانية التفاوض حول شروط العقد.أن توسيع مسؤولية المزود عن المنتجات والخدمات المعيبة، هو في صالح المستهلك. هناك بعض الحقوق المستحدثة للمستهلك، كحقه بالإعلام اللاحق لإبرام العقد الإلكتروني، وإلتزام البائع بتسليم المبيع المطابق، وحق المستهلك بالعدول.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن التوصيات على المستوى العربي، إصدار قانون خاص لحماية المستهلك من قبل الجامعة العربية ، بحيث يكون هذا القانون ملزم وشامل لكافة إهتمامات المستهلك العربي، والعمل على قيام تعاون بين الدول العربية في مجال حماية المستهلك، ويكون ذلك بزيادة الإعتماد على الإكتفاء الذاتي، وعدم الإعتماد على الشركات العالمية لتوفير السلع الأساسية للمستهلكين، حيث أن ذلك يجعل المستهلك تحت رحمة هذه الشركات، سواء تعلق الأمر بمستوى جودة هذه السلع، وبرفع الأسعار لهذه لسلع والخدمات. كذلك العمل على إنشاء المزيد من جمعيات حماية المستهلك في الوطن العربي، والمساهمة في رفع مستوى التنسيق بين جمعيات حماية المستهلك في الوطن العربي.

ومن التوصيات على المستوى الدولي يجب مراعاة اللغة الأم للمستهلك. فاللغة هي وسيلة مهمة في فهم المستهلك لمحتوى التعاقد الذي يريد أن يقدم عليه، كذلك ضرورة أن تتناول القوانين الحديثة، وخصوصًا قوانين حماية المستهلك، وقوانين التجارة الإلكترونية حماية المستهلك جزائيًا بشكل صريح. بحيث تجد هذه التشريعات عقوبات رادعة لمن يستغل المستهلك في مقابل الشركات الكبرى، والتي يقوى لا المستهلك على مقاومتها، و البحث عن وسائل أكثر أمانًا للتعاقد الإلكتروني؛ لتوفير الثقة لدى المستهلك.والإعتراف كذلك بالقوة الإلزامية للتوجيهات الأوروبية، خاصة إذا تم تحديد مدة زمنية معينة، ينبغي خلالها على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي تعديل قوانينها وفقًا لأحكامها، بالإضافة إلى الاعتراف أيضًا بالقوة الملزمة للقوانين النموذجية المعنية بالتجارة الإلكترونية، لأن هذه القوانين تمثل ضمانة أساسية لحماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، وضرورة إصدار قانون خاص ملزم يتعلق بحماية المستهلك من الأمم المتحدة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١٠. دراسة (سامى عبد العزيز، ٢٠٠٩م) بعنوان: " **المعالجة الصحفية لقضية حماية المستهلك المصرى** ".

استهدفت هذه الدراسة التعرف على الانطباعات الموجودة لدى الرأى العام بشأن قضايا حماية المستهلك في مصر، بالإضافة إلى تحديد صورة جهاز حماية المستهلك لدى المواطنين، والكشف عن مدى فعاليته في صون المستهلكين وحمايتهم ، وضبط الأسواق، وتحقيق الأمان في كافة المعاملات التجارية.

كما سعت الدراسة لتحديد الاختلافات بين الصحف، على اختلاف توجهاتها، بشأن معالجتها لقضية حماية المستهلك، وتحديد أبرز القضايا الرئيسية المتعلقة بحماية المستهلك، بالإضافة إلى التعرف على القضايا الفرعية التي طرحتها الصحف في هذا الشأن، وذلك من خلال دراسة تحليلية لمضمون المواد الصحفية المنشورة في الصحف المصرية بتوجهاتها المختلفة، خلال عام ٢٠٠٨ حديثة العهد ولم تصل إلى مرحلة التبلور والنضوج لدى الجمهور المصرى، وأن الأدوار والمهام الخاصة بجهاز حماية المستهلك وكذلك البنود المختلفة لقانون حماية المستهلك ما زالت غير واضحة تماماً بالنسبة للجمهور.

كما أظهرت الدراسة أن صورة جهاز حماية المستهلك في صحف الدراسة جاءت في مجملها إيجابية، وأن التوجهات والسياسات التحريرية لصحف الدراسة، انعكست على تناولها لدور كل من الأجهزة التنفيذية بالحكومة، وكذلك جهاز حماية المستهلك في الرقابة والمتابعة في إطار حماية المستهلك.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتوصى الدراسة بقيام جمعيات أو روابط المؤسسات الإنتاجية بمبادرة إطلاق حملات توعية للمستهلكين، بالإضافة إلى إجراء دراسة مماثلة على باقى وسائل الإعلام وبخاصة التلفزيون؛ لكى يحدث ما يمكن تسميته بالتوافق والتناغم بين وسائل الإعلام، بما يزيد من درجة الوعى لدى الجمهور، ويؤكد في نفس الوقت حرص الدولة على حقوق المستهلك باعتباره التزاماً منها.

١١. دراسة (راجندرا، ٢٠٠٩) بعنوان:" **التجربة الهندية في مجال حماية المستهلك والتى تعتمد على ما يسمى بـــ: محاكم المستهلك " كعنصر حاسم في تفسير النزاعات التي قد تنشأ فيما يتعلق بحقوق المستهلكين، من حيث اتخاذ الإجراءات التي تؤدي إلى حماية المستهلك وذلك عن طريق:**

- معاقبة الشركات الإحتكارية التي تعتمد على الاستغلال، وعرض منتجاتها بطرق غير مشروعة.
- توفر خدمات ما بعد البيع مثل الصيانة وتوفر قطع الغيار. وللوقوف على إمكانية تطبيق هذا الحق ، يمكن الإجابة على التساؤلات التالية:
  - قيام الحكومة بتشديد الإجراءات ضد الممارسات غير المشروعة التي تمارسها بعض المنظمات.
  - إيجاد ضمانات معقولة على المنتجات المباعة.
  - احترام اهتمامات ورغبات المستهلكين من قبل المنظمات الإنتاجية والخدمية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول:القانون المدني الخاص الأردني بشأن المعاملات الإلكترونية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المقدمة:

ولما كانت ضـــرورة البحث في الفصـــل الأول دراســـة القانون المدني الأردني، بشأن المعاملات الإلكترونية في جزئية معينة، وهي الغش الإلكتروني والعقد وتفسيره ودوره القاضي، فقـــد تم تقســـيم البحـــث إلى ثلاثة مباحث الأول منها الغش الإلكتروني، والمبحث الثاني العقد وتفسيره، أما المبحث الثالث دور القاضي في تفسير العقد.

المبحث الأول:الغـش الإلكتروني

يعـــد التقـــدم في تكنولوجيا المعلومات وعولمة الأســـواق من أبرز التطورات العالمية المعاصـــرة التي حدثت خلال العقد المنصـــرم. وقد ساهمت هذه التطورات في تقديم العديد من المنـــافع والمزايا للاقتصـــاديات الوطنية، حيث ســـاهمت عملية العولمة في حدوث العديد من التأثيرات الإيجابية، التي من أهمها ســـهولة انتقال التكنولوجيا، وتدفق الاستثمارات، وانخفاض تكاليف النقل، والاســـتفادة من التجارة الإلكترونية. كما بات واضـــحاً أن تكنولوجيا المعلومات والاتصالات تتمتع بإمكانيات هائلة للنهوض بالتنمية والنمو الاقتصادي، حيث أنها تمتلك القدرة على تعزيز الابتكـــار وتحســـين الإنتاجية والحد من تكاليف إتمام الصـــفقات، وإتاحة المعرفة المتراكمـــة العالمية في متناول الجميع في غضـــون زمن قليل للغاية. ومن أبرز آثار تقدم تلك التكنولوجيات النمو الكبير الذي حققته التجارة العالمية في الســـلع والخدمات المتصلة بتكنولوجيا المعلومات والاتصالات خلال السنوات القليلة الماضية.

إلا إنـــه على الرغم من المزايـــا والمنـــافع الهائلة الناجمة عن عمليات العولمة والتقدم التكنولوجي في المعلومات والاتصـــالات، نجم عنها بعض الظواهر والتأثيرات الســـلبية، من أبرزها، ظهور حالات جديدة من الغش والاحتيال.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التي ترتبط بـــالمجتمع الإلكتروني الرقمي الجـــديد.ويعتبر الغش من الجرائم التي تعد بمثابة ظاهرة متغيرة حســـب تغير الظروف المحيطة. ففي ظل انتشـــار المعاملات الإلكترونية، وتطور وسائل وفرص التجارة بين الدول، برزت أشكالا جديدة وغير تقليدية للغش والاحتيال.

وإذا كانت حالات وأشكال الغش التقليدية المعروفة تمتلك تهديدا للمستهلكين للأفراد على وجه الخصوص، فإنه من المتوقع أن تشكل تلك الحالات والأشكال الجديدة للغش تهديدات أكبر لقطاع عريض من المستهلكين، وأيضا المؤسسات والحكومات، بالشكل الذي من المحتمل أن يبرز في إطاره الغش التجاري كأحد أكبر التحديات التي يمكن أن تواجه الحكومات والجهات الرسمية للتغلب عليه. [١]

المطلب الأول

الغش الإلكتروني فى اطار معاملات التجارة الإلكترونية:

على الرغم من تكرار حـــدوث هذه الجرائم في ظل تزايد أعداد مســـتخدمي الإنترنت، وتنـــامي حجم التجارة الإلكترونية، إلا إنه حتى الآن يوجد كثير من الغموض الذي يكتنف كيفية التعامل مع هذه الجرائم.

أيضا يثار الكثير من الجدل حول المفهوم التقليدي للغش التجاري، ومدى انطباقه على الجرائم الإلكترونية. فالغش يعرف بأنه كل فعل من شأنه أن يغير من طبيعة أو خواص المواد أو فائدتها التي دخل عليها عمل الفاعل. كما يعرف بأنه كل فعل عمدي ينال سلعة ما بتغيير خواصها أو ذاتيتها أو صفاتها الجوهرية وبشكل عام العناصر الداخلة في تركيبها.

([١])الشوا، محمد سامي، (٢٠٠٠)،**ثورة المعلومات**، دار النهضة العربية، ص ١٣٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بحيث ينخدع المتعاقد الآخر. ويسهل التعرف على الغش في الحالات ذات الطبيعة المادية أو المرئية، مثل بيع اللحوم الفاسدة، بيع الأدوية المتسممة، خلط البنزين بالكيروسين، بيع قطع غيار السيارات والآلات المقلدة، بيع مواد التجميل ومساحيق الوجه المنتهية الصلاحية، وغيرها. ولكن في حالات الجرائم الإلكترونية قد لا تتوافر تلك الطبيعة المادية أو المرئية بسهولة[١].

ويمكن تحديد الأسباب الرئيسية وراء صعوبة إثبات الغش التجاري الإلكتروني، أنه كجريمة لا يترك أثرا بعد ارتكابه. وصعوبة الاحتفاظ الفني بآثاره إن وجدت. وأنها تعتمد على الخداع في ارتكابها والتضليل في التعرف على مرتكبيها. وأنه يعتمد على قمة الذكاء في ارتكابه. ويترتب على هذه الصعوبات مشكلات خطيرة، من أبرزها الاعتماد على أسلوب سد الثغرات في مكافحة الأشكال الجديدة للجريمة، والاحتيال الإلكتروني. وتكشف الإحصائيات عن حالات الجريمة الإلكترونية مدى خطورة الاعتماد على أسلوب سد الثغرات في مكافحة الجريمة الإلكترونية، حيث تشير إلى أن كل شكل جديد من أشكال الاحتيال الإلكتروني يبرز بشكل محدود في البداية، ثم لا يلبث أن ينمو، حتى ينتشر بشكل كبير، ثم لا يلبث أن يضمحل ويزول في النهاية[٢].

---

(١)حجـــازي، عبد الفتاح بيومي، (٢٠٠٤)، "**حماية المســـتهلك من الغش التجاري والتقليد في عقود التجارة الإلكترونيـــة عبر الإنترنت**"، الندوة الثالثة لمكافحة الغش التجاري والتقليد في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية،الرياض.

(٢)شـــتا، محمد محمد، (٢٠٠١م) ، **فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاســـب الآلي**،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

حدود انتشار الغش المرتبط بالتجارة والاقتصاد على الإنترنت:

لقد شاع خلال عام ٢٠٠٤ انتشار العديد من جرائم الاحتيال الإلكتروني، حيث انتشر في هذا العام الكثير من الفيروسات المختلقة والبرامج المفجرة، كما زادت الرسائل الإلكترونية المزعجة بنسبة ٤٠%. أيضا شاع مصطلح الهاكرز مقترنا بالجريمة الإلكترونية الجديدة، الذي أثار خوف ورعب الكثيرين من مستخدمي الإنترنت من الأفراد، أو المؤسسات، أو الجماعات، أو الحكومات والمنظمات والدول، بحيث أصبح مؤخرا يشكل أمرا خطيرا.

وعلى الرغم من أن تلك الجرائم تعد بمثابة احتيالا إلكترونيا بحتا، إلا إنها تستهدف جني الأموال، أو إلحاق الخسائر بأطراف أخرى، أو ضرب قدراتها التنافسية. كما أن بعضها قد يستهدف التشهير، أو الحصول على إثارة غير مشروعة، وغيرها من دوافع الإجرام المعروفة، والتي يوفر لها الفضاء الافتراضي مجالا خصبا، في ظل ما يكتسبه مرتكب تلك الجرائم من شروط حماية أوفر، وقدرة على التخفي، وانخفاض في حجم المخاطرة، وقلة الرقابة أو البطء في استقبال الجريمة.

لقد نال موضوع الاحتيال التجاري على الإنترنت أهمية كبيرة خلال الآونة الأخيرة ، نظرا لانتشار استخدامات الإنترنت في كافة مجالات الحياة، بحيث إن جرائم الإنترنت احتلت نسبة هامة من بين الجرائم الاقتصادية الحادثة على مستوى كثير من الدول.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على الرغم من المزايـــا والمنافع الهائلة الناجمة عن عمليات العولمة والتقدم التكنولوجي في المعلومات والاتصالات، إلا إنه في ذات الوقت نجم عنها بعض الظواهر والتأثيرات السلبية، من أبرزها ظهور حالات جديدة من الغش والاحتيال ، التي ترتبط بالمجتمع الإلكتروني الرقمي الجديد[١].ويعتبر الغش من الجرائم التي تعد بمثابة ظاهرة متغيرة حسب تغير الظروف المحيطة. ففي ظل انتشار المعاملات الإلكترونية، وتطور وسائل وفرص التجارة بين الدول، برزت أشكالا جديدة وغير تقليدية للغش والاحتيال.

وإذا كانت حالات وأشكال الغش التقليدية المعروفة تمتلك تهديدا للمستهلكين للأفراد علي وجه الخصوص، فإنه من المتوقع أن تشكل تلك الحالات والأشكال الجديدة للغش تهديدات أكبر لقطاع عريض من المستهلكين، وأيضا المؤسسات والحكومات، بالشكل الذي من المحتمل أن يبرز في إطاره الغش التجاري كأحد أكبر التحديات التي يمكن أن تواجه الحكومات والجهات الرسمية للتغلب عليه.

من هنا، فإنه من الأهمية بمكان السعي للوقوف على الحالات والأشكال الجديدة المحتملة للغش في إطار تلك التطورات العالمية المعاصرة، وذلك بهدف تحديد المخاطر المترتبة عليها، ومن ثم تسهيل مهام الجهات الرسمية في تحديد واقتراح الوسائل والآليات المناسبة لمكافحتها.

([1])UNCTAD . The E-Commerce and Development Report 2004, United Nations, New York and Geneva. (2004).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتشير دراسة (Government Printer for the State of Victoria,2002)[1] إلى أن الممارسة غير الأخلاقية توجد في قلب كافة أشكال الاحتيال، حيث يستطيع الفرد المخادع أن يحصل على ميزة أو مصلحة مالية باستخدام تقنيات أو بنية تحتية تدعم التجارة الإلكترونية. كما تشير الدراسة إلى أنه لا يوجد قانون أو تشريع بسيط حتى الآن، يتمكن من تعريف جريمة الاحتيال المرتبطة بإساءة الاستخدام في التجارة الإلكترونية الذي يستهدف الكسب المادي. فإساءة الاتصال أو التفاعل في البيئة الإلكترونية قد يعامل في طبيعته كجريمة سرقة أو كجريمة خداع، وتعد الممارسات غير الأخلاقية، على أنها جريمة ترتبط بتشريعات المستهلكين والممارسات التجارية حسب قوانين العديد من الدول.

([1]) Government Printer for the State of Victoria ."Inquiry into Fraud and Electronic Commerce: Emerging Trends and Best Practice", Discussion Paper, Drugs and Crime Prevention Committee, DCPC, Parliament of Victoria, October 2002),

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

أنواع الغش الشائعة المرتبطة بالتجارة الإلكترونية:

إن وسائل الغش فى اطار معاملات التجارة الإلكترونية متعددة بكثرة، لدرجة أنه لا يمكن عدها أو الإلمام بها على وجها التحديد؛ لكونها تتسم بذات الصفات التى تتسم بها التجارة الإلكترونية، من كونها متجددة و تخضع للتطور المستمر. و لكن يمكن الإشارة إلى بعض أنواع ذلك الغش على النحو التإلى[1]:

أ- الغش في عمليات التجارة التي تتم بالاتصال المباشر على الخط:

على الرغم من تحسينات السرعة والكفاءة التي تقدمها التقنيات المرتبطة بالإنترنت للتعاملات التجارية، إلا إنها تخلق أيضا مخاطر تجارية جديدة ومتعددة. فغالبا ما يتيح عنصر السرعة في إجراء الصفقات التجارية على الخط تسهيلات لحدوث الغش والاحتيال؛ نتيجة عدم وجود فترة انتظار Cooling-off بين أطراف الصفقات، يمكن أن تعكس شروط الاتفاقية المقترحة، ومن ثم الحصول على دليل مؤكد عن أهمية الموضوع، أو تعريف كافي للطرف الآخر في الصفقة. وأحيانا لا يكون بالإمكان تشغيل أو فرض عمليات الرقابة الداخلية الضرورية؛ لمنع حدوث الغش الذي يحدث في التعاملات التجارية على الإنترنت، والتي يتم فيها بناء الاتفاقيات والدفع في آن واحد بشكل متزامن.

([1])الغش التجارى فى المجتمع الإلكترونى – ورقة عمل مقدمة إلى الندوة الرابعة لمكافحة الغش التجاري والتقليد في دول مجلس التعاون الخليجي، من الغرفة التجارية الصناعية بالرياض خلال الفترة ٢٠-٢١ سبتمبر عام ٢٠٠٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فضلا عن أن التعاملات الإلكترونية تنطوي على قدر من الخسائر، ينجم عن غياب المعلومات التي تتاح بسهولة في الصفقات التقليدية، والتي ترتبط بالخصائص الاجتماعية وسمات الأعمال الرئيسية،سواء للبائع أو للمشتري، والتي تستخدم لتوفير المصداقية والثقة في التعاملات التجارية. وتتمثل أبرز تلك الخصائص والسمات في المظهر وتعبيرات الوجه، ولغة الشخص، والصوت، والملبس، والتي جميعها لا يكون بالإمكان التعرف عليها حال إتمام الصفقة على الإنترنت.

وترتكز المخاطر المرتبطة بسـرقة المعلومات الشخصية من قواعد البيانات، التي يمكن أن تسـتخدم بالتالي في ارتكاب الغش أو الاحتيال. فالمؤسـسـات التي تعتمد في صفقاتها على التعاملات الإلكترونية، تحتفظ بقواعد بيانات كبيرة للمعلومات الشـخصـية، متضـمنة الأسماء والعناوين، والحسابات البنكية، وتفاصيل البطاقات الائتمانية، مثلما تتضمن المعلومات الشخصية المرتبطة بنماذج الشراء التي يمكن أن تستخدم للأهداف التسويقية. ولما كانت بعض المعلومات لا يمكن الحفاظ على سـريتها، فتظهر فرص كبيرة لحدوث الغش، ليس فقط في إساءة استخدام وسائل التعريف، ولكن أيضا في القدرة على الاحتيال على ضحايا بشكل أكثر سهولة.

أيضا لما كانت التجارة الإلكترونية تتم بين أطراف تقع في دول مختلفة، فإنها تتضمن كافة المخاطر التقليدية المصاحبة لعمليات التجارة الدولية. بل أنه في حالة إتمام الصفقة على الإنترنت تكون تلك المخاطر أكثر صعوبة في التعريف وتحديد موقع الطرف الآخر، ومن ثم أكثر صعوبة لنقل الرقابة القانونية لموقع أو دولة الطرف الآخر.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وترتبط معظم الاحتيالات في التعاملات التجارية التي تتم عبر الإنترنت، بممارسات التضليل والخداع التي تعكس الأنشطة المشابهة، التي تحدث باستخدام التقنيات الورقية التقليدية. ويتمتع المحتالون على الإنترنت الآن بالقدرة على الوصول المباشر للملايين من الضحايا في العالم، وبأقل تكلفة ممكنة، على سبيل المثال مكائد المكافآت العالية، مثل مكائد الاحتيال الهرمي Pyramid scheme واحتيال Ponzi التي تستخدم سلسة خطابات ورسائل إلكترونية، ومكائد فرص التجارة، ومزادات الاحتيال والجوائز واللوتارية الخادعة[١].

وتتضمن الأشكال الأخرى للغش عبر استخدام الإنترنت عدم تسليم السلع والخدمات أو تسليم منتجات أو خدمات معيبة، وقد أصبحت تلك الأشكال أكثر انتشارا في بيئة الأعمال التي تعتمد على منتجات وخدمات الكمبيوتر والخدمات المالية. فعلى سبيل المثال رغم الأهمية الكبيرة للتعاملات في الخدمات الصحية والطبية للمستهلك، إلا إنه قد تم اكتشاف العديد من حالات الغش والاحتيال المرتبطة بهما.

([1])Smith R. and G. Urbas (2001), "Controlling Fraud on the Internet: A CAPA Perspective", A Report for the Confederation of Asian and Pacific Accountants, Confederation of Asian and Pacific Accountants, Australian Institute of Criminology, Research and Public Policy Series No. 39, Malaysia.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب- الغش في المزادات الإلكترونية:

يرتكز سوق المزاد عبر الإنترنت على الصورة، وتوصيف البضاعة من خلال نص مقتضب في الغالب. ونظراً لصعوبة تفحصها عن قرب، لا يبق أمام المشتري سوى الثقة بعارضها. وحسب تقرير الاتحاد الفيدرالي للتجارة ومراقبة الاحتيال بالإنترنت، فإن جرائم الاحتيال التي تحدث في المزادات على الإنترنت، تعتبر من أكثر جرائم الإنترنت شيوعا وانتشارا.

ج- الغش في نقل الأموال إلكترونيا:

أيضا يمكن أن يستخدم الإنترنت في القيام بالعديد من أشكال السرقة للأموال المنقولة إلكترونيا. فأحيانا يتم الحصول على بعض الوسائل المرتبطة بحماية المعلومات، مثل كلمات المرور وتفاصيل الحسابات، والتي يتمكن من خلالها المحتالون من الوصول إلى قواعد البيانات الخاصة بشركات الأعمال والمؤسسات المالية. وفي بعض الظروف، قد ينقل المحتالون الأموال إلكترونيا، من خلال إرسال أوامر بالبريد الإلكتروني. وعندما يصبح استخدام التجارة الإلكترونية أكثر انتشارا، فمن المتوقع تزايد إساءة استخدام الإنترنت المرتبط بنقل الأموال إلكترونيا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

د- الغش في الأسهم والاستثمار:

يســـتخدم الإنترنت حاليا بشـــكل أكثر تنظيما في كافة أنشطة الشركات، التي تتسع من مجرد تقديم العروض والتجارة في الأســـهم إلى اعتماد الجهات الرســـمية على حفظ المستندات الرسمية إلكترونيا. وبالفعل بدأت تظهر حالات وأمثلة عديدة للغش والاحتيال التي ترتبط بسوق الأسهم، حيث يستخدم بعض المحتالين الإنترنت حاليا، لنشر معلومات خاطئة لجذب المستثمرين، أو للتلاعب بالأسهم.

ه- الغش المرتبط بوسائل التعريف:

تتمثل أحد أبرز الاستراتيجيات المستخدمة بشكل متكرر في ارتكاب الغش في خلق مستندات خاطئة؛ لتحريف أحد وسائل التعريف. فالتعريف المسروق يتم إنشاؤه بشكل احتيالي، وبالتالي فإنه من الممكن أن يستخدم في سرقة النقود أو بأي شكل آخر غير قانوني، ومن ثم تجنب المساءلة والاعتقال.وتكنولوجيا الإنترنت تجعل إخفاء أحد وسائل التعريف عملية أكثر سهولة.

فالبريد الإلكتروني ومواقع الإنترنت قد يتم التلاعب بها من خلال تضمنيها تفاصيل خادعة، أو تغيير مصدر الرسالة التي تبدو أنها آتية من مستخدم آخر. من هنا، فإنه لا يوجد وسيلة لمعرفة المسارات التجارية لأولئك الأفراد المحتالون على الإنترنت[1].

([1])الغش التجارى فى المجتمع الإلكترونى ، مرجع سابق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

و- الاحتيال في التحصيل:

قد تتجه مؤسسات الأعمال إلى تنفيذ أنشطة المشتريات والتحصيل إلكترونيا. فقد انتشرت خلال الفترة الأخيرة توجهات الشركات، لإتمام عملية التحصيل وتوثيقها إلكترونيا. الأمر الذي يؤدي إلى مستويات أعلى من المرونة والثقة والتعاون الذي ينشأ بين أطراف عملية التحصيل. وتنتاب عملية التحصيل الإلكتروني بعض مخاطر الاحتيال، نتيجة عدم وجود الرقابة الداخلية عندما يتم تنفيذ أنظمة التحصيل الإلكتروني الجديدة.

ز- مخاطر الاستشارات من الخارج Outsourcing Risks:

توجد أيضا فرص مختلفة للجريمة الاقتصادية، يمكن أن تحدث في الاتصال أو الربط مع الخدمات الاستشارية من الخارج، يرتبط ذلك بالتحديد بتكنولوجيا المعلومات وإدارة البيانات. فالاعتماد على موفري خدمة التطبيق **(ASPs)** Application Service Providers ــ الذين يوفرون الحيز المطلوب، لتخزين المعلومات الرقمية ينتمون لجهات أخرى ــ يولد مخاطر أن تستخدم تلك المعلومات لتنفيذ أغراض احتيالية أو بيعها بدون ترخيص. إن الاعتماد على الاستشارات الخارجية في خدمات تكنولوجيا المعلومات يخلق بوجه عام أيضا مخاطر للاحتيال أو الفساد، حيث قد يسيئ المتعاقدون الثقة التي يحصلون عليها في إدارة بيانات سرية وحساسة.

ح- الاحتيال على الحكومات:

يمكن أن تستفيد الحكومات من تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في تقديم وإدارة خدماتها إلكترونيا، إلا إنها بمؤسساتها ووكالاتها الرسمية أيضا قد تكون عرضة للاحتيال. وتتزايد فرص هذا الاحتيال على سبيل المثال لموفري خدمة الرعاية الصحية لموظفي القطاع الحكومي نتيجة التلاعب في أنظمة تنفيذ المطالبات إلكترونيا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وترتبط مخاطر أشكال المطالبات الإلكترونية بالتزييف أو التلاعب إلكترونيا، أو حل شفرة التوقيع الرقمي.

أيضـــا موظفي القطاع الحكومي قد يستخدمون تكنولوجيا المعلومات التي تتاح لهم لأغراض تســـهيل العمل الرسمي بشكل غير مناسب في تنفيذ أغراض غير مرخصة لهم. فعلى الرغم من الكثير من التحذيرات الصـــريحة حول الاســـتخدام غير المناسب من جانب الموظفين للإنترنت في موقع العمل، تظهر هناك باستمرار حالات لإساءة بعضا منهم للإنترنت. [1]

ط- احتيال المستهلك:

على الرغم من اتخاذ العديد من الاحتياطات لحماية المســـتهلك من التصرفات الاحتيالية على شـــبكة الإنترنت، إلا إنه لا يزال هناك تزايد مســـتمر في أعداد الشكاوى التي تصدر من المســـتهلكين الذين يتعرضون لأفعال احتيالية على الإنترنت. وتزداد خطورة هذا الأمر بمعرفة مدى التنوع الكبير في أشـــكال وصـــور هذا الاحتيال، التي تتغير بشـــكل طردي مع التقدم في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

ي-الاحتيال الهرمي:

يعتبر الاحتيال الهرمي من أبرز أشـــكال الاحتيال التي برزت في البيئة العربية خلال السنوات القليلة الأخيرة، وهو عبارة عن برامج تسويقية واستثمارية احتيالية، يتم بموجبها مكافأة المشاركين عند إقناعهم لأشخاص آخرين بالانضمام لهذه البرامج التسويقية، وبشكل أساسي، فإن هذا الهرم يتشكل عند قيام شخص واحد أو مجموعة من الأشخاص (شركة مثلا).

---

(1) الغش التجارى فى المجتمع الإلكترونى ، المرجع السابق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بجمع الأموال من مجموعة من الأشـــخاص (على شـــكل اشـــتراك لمرة واحدة مثلا)، والطلب من هؤلاء الأشـــخاص جمع الأموال من أصـــدقائهم، بإقناعهم بالمشاركة في مثل هذا البرنامج وهكذا تبدأ الحلقة الأولى من الاحتيال، ويتم منح الوعود للمشـــاركين بحصـــولهم على عوائد مالية مجزية، أو الترقية في الهيكل التنظيمي لمثل هذا المشـــروع التسويقي مقابل إقناعهم لأشخاص آخرين بالاشتراك، وتركز المشاريع التسويقية الهرمية على تبادل الأموال، وتوظيف أشـــخاص جدد دائما. ولا يتعلق الأمر ببيع ســـلع أو منتجات إلا كغطاء لمثل هذه الأنشـــطة الاحتيالية، وخوفا من السلطات الأمنية.

من هنا يتضـــح مدى خطورة الغش التجاري الإلكتروني، الذي يتســـبب كل شكل جديد حادث منه في كم هائل من الخســـائر، حتى يتم التوصـــل إلى الطريق أو الوسيلة الفعالة للتغلب عليه ومكافحته. الأمر الذي يوضـــح مدى القصـــور في الاعتماد على أسلوب سد الثغرات في مكافحته، بما يعزز من الدعوة إلى إيجاد أسلوب بديل أكثر فعالية للوقاية من الغش التجاري قبل وقوعه. وهو ما يســـتلزم مزيد من الاهتمام بالتعرف على التســـهيلات التي يمكن أن تقدمها أي خدمة أو منتج إلكتروني جديد، بالشـــكل الذي يضـــمن عدم القدرة على اســـتغلاله في الغش أو الاحتيـــال في العمليـــات التجارية، وذلك بهدف تقليص حجم الخســـائر الناجمة عن الغش قبل حدوثه[1].

(1) الغش التجارى فى المجتمع الإلكترونى، مرجع سابق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع

جريمة الغش الواقعة على المتعاملين فى التجارة الإلكترونية:

إن التجارة الإلكترونية تثير العديد من المشكلات القانونية و العملية الهامة، التى تحتاج إلى بحث متعمق، وتركيز الأضواء عليها. ومن أهم تلك المشكلات، هى كيفية حماية المستهلك نظرا لعدم توافر أطراف العقد وكذا محل العقد فى مكان واحد.

واستكمالا لما سلف نجد أن التجارة الإلكترونية تتسم بعدة خصائص، وأهمها:-

أ- عدم وجود علاقة مباشرة بين طرفى العقد.

ب-عدم الإعتماد على الوثائق الكتابية فى التعامل

ج-تجاوز الحدود الزمنية والجغرافية.

د- اتساع مجال التجارة الإلكترونية.

ه- فكرة النشاط التجارى. [1]

([1])الشواء، محمد سامي، مرجع سابق ، ص ١٣٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الخامس

تعريف الغش بالقانون والفقه الأردني والمصري والمعاهدات الأوروبية

الغش أو الخداع (التدليس) من آفات المجتمع المعاصر، يستفحل في مختلف المجالات الحياتية، خاصة الإقتصادية، ويكاد يطال جميع ما يحتاج إليه المستهلك في مأكله أو مشربه أو ملبسه أو علاجه أو ما يرغب فيه من أسباب التكمل. لذلك كان لا بد من تظافر الجهود للحد من انتشار هذه الآفات والتقليل من آثارها. وبما أن نصوص القانون المدني لم تعد كافية لحماية المستهلك من الخداع والغش، كان لابد من أن يتدخل المشرع بالأسلوب الجزائي، لتأمين أكبر قدر من الحماية.

عرفت المادة (١٦٤) من المجلة التغرير بأنه " توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية ". وقضت في المادة (٣٥٧) بأنه " إذا غر أحد المتبايعين بالآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً، فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ ".

هذا في حين عرفت المادة (١٤٣) من القانون المدني الأردني التغرير بأنه: "أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل إحتيالية قولية أو فعلية، تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها".

فالتغرير إذن، هو الالتجاء إلى الحيلة بقصد انتزاع رضاء الطرف الآخر. ولإعماله كعيب من عيوب الإرادة لا بد من تحقق الشروط التالية:-

١. أن تكون هناك طرق إحتيالية، قولية أو فعلية. ويستوي أن تكون هذه الطرق عبارة عن نشاط إيجابي أو موقف سلبي من قبل المهني.
٢. أن تكون الوسائل التي يستخدمها المهني غير مشروعة ولم يجري بها العرف.
٣. أن يكون التغرير هو السبب الرئيسي في حمل المستهلك على التعاقد.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤. أن يقترن التغرير بغبن فاحش. أما الخداع، فيمكن تعريفه بأنه إلباس أمر من الأمور مظهراً يخالف حقيقة ما هو عليه، ويتحقق بإتيان طرق إحتيالية، تعني استخدام وسائل خارجية ينسج منها المهني ما يغطي كذبه ويطليه بلون الحقيقة، مستهدفاً تدعيم أقواله وتغيير وجه الحقيقة على وجه يؤدي إلى الخداع. والغش هو " كل تغيير أو تعديل يقع على الجوهر، أو التكوين الطبيعي لمادة أو سلعة معدة للبيع ويكون من شأن ذلك النيل من خواصها الأساسية أو إخفاء عيوبها، أو إعطاءها شكل أو مظهر سلعة أخرى تختلف عنها في الحقيقة ".[١]

مما ورد سابقاً، نجد أن التغرير بالمفهوم الذي تأخذ به التشريعات المدنية لا يستوعب كل حالات الخداع والغش التي قد يلجأ إليها المهني. فالتغرير بالمفهوم المدني، هو عيب يصيب الإرادة عند تكوين العقد، في حين أن الخداع والغش ينطبقان على كل ما قد يقع بعد تكوين العقد أو يقع خارجاً عن دائرة العقد، كما في عمليات الوزن، أو القياس، أو الكيل المزيفة، أو غير الصحيحة.

أما القانون المصري فقد عرفه بأنه: "كل فعل من شأنه أن يغير من طبيعة المواد أو فائدتها التي دخل عليها عمل الفاعل، ولا تهم الوسيلة التي لجأ إليها الفاعل في سبيل تحقيق غايته. فقد يتم الغش بإحلال مواد أقل قيمة مكان أخرى أعلى منها فيما يراد إدخال الغش عليه. أو بإنقاص بعض المواد، أو إضافة مواد أخرى عليه تزيد من كميته و تقلل من مفعوله، وغير ذلك من الصور التي لا تدخل تحت حصر. حيث يتفنن الغشاشون في استنباطها لتحقيق أغراضهم، بالحصول على أرباح طائلة وغير مشروعة.

([١])المادة ٢ من القانون المصري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ المعدل بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ الخاص بقمع التدليس والغش.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبعد أن وجد المشرع المصري أن النصوص الواردة في قانون العقوبات غير كافية لمعالجة الخداع والغش، أصدر قانوناً أساسياً في هذا الشأن ، هو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١، المعدل بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤، والقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ ، بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها. [١]

وقد اهتمت التشريعات الحديثة بتجريم الخداع والغش بأنواعه وصوره المتعددة، ووضعت العقوبات الرادعة. كما تعمل الدول جاهدة على مكافحة الخداع والغش بمختلف الوسائل الإدارية والإعلامية والعقابية. وتجرم بعض الدول الخداع والغش، عن طريق النص على المخالفات ذات العلاقة ضمن قانون العقوبات. وعلى خلاف ذلك، فإن الكثير من الدول عملت على إصدار تشريعات خاصة بشأن مكافحة الخداع والغش. وفي مقدمة هذه الدول فرنسا، التي أصدرت في سنة ١٨٥١ بعض القوانين لمكافحة الغش التجاري. كما أصدر المشرع الفرنسي قانوناً في الأول من أغسطس لسنة ١٩٠٥، عاقب فيه على الغش. بيد أن هذا التشريع عُدل أكثر من مرة، كان آخرها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٨، الخاص بحماية وإعلام المستهلكين.

وقد عالجت المواد ٢/١١١، ٣/١١٣ من القانون الفرنسي، الصادر عام ١٩٩٣، في شأن حماية المستهلك هذه الموضوعات. فضلا عن بعض النصوص الواردة في تشريعات صدرت عام ٩٧٨ ، في شأن حماية المستهلك في فرنسا.

---

(١)محمود، عبد الله حسين، (٢٠٠٢)، **حماية المستهلك من الغش التجاري أو الصناعي**، دار النهضة العربية القاهرة، ص ١١٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وما تجدر الإشارة إليه أن العقد النموذجي الفرنسي في شأن التجارة الإلكترونية الصادر عام ١٩٩٧، قد أوجب تحديد ما إذا كان المستهلك قد وافق صراحة أو ضمنا على استعمال بياناته الاسمية التي يتم تلقيها بمناسبة هذا العقد، الهدف من ذلك حماية أسرار المستهلك وخصوصياته. وهو ما تم النص عليه في التوجيه الأوروبي، الصادر في ١٩٩٧/١٢/١٥، حيث تبنى الحق في حماية المستهلك وحماية بياناته الشخصية.

مما سبق، نخلص إلى أن المتعاقد في التجارة الإلكترونية، ملزم بتبصير المستهلك عن سلعته أو خدمته التي يعرضها، وملزم بذكر البيانات الجوهرية على نحو يحقق علم كاف وشامل للمستهلك، حتى يمكن القول أن إرادة المستهلك كانت حرة حال تقاعده، وأن الإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى فسخ العقد في حالة وقوع المستهلك في غلط أو تدليس، كما يمكن المستهلك الذي أصابه الضرر أن يطالب بالتعويض عن الأضرار إن كان لهذا التعويض مقتضى. [١]

(١) محمود، عبد الله حسين، المرجع السابق، ص ١١٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب السادس

التمييز بين الغش والخطأ الجسيم

أن كل غش مهما بلغ من البساطة، يشكل في ذاته أساساً صالحاً لعده خطأ جسيماً، مما يكفي معه البحث في الخطأ الجسيم، باعتباره ذلك الخطأ الذي لا يدفعه ولا يحول دون ترتيب آثاره مجرد التمسك بالإدعاء بحسن النية، أي ذلك الذي يستوي هو والغش في ترتيب آثارهما سواء بسواء، فهو والغش سواء. بإعتبار أن الغش جزء من الخطأ الجسيم، من حيث مبدأ تقريره والخطأ الجسيم يستوي مع الغش من حيث الآثار المترتبة عليه، والتي من أهمها عدم جواز دفعه بإدعاء حسن النية لعدم جدوى التذرع بحسن النية والتمسك بها في مواجهته.

والخطأ الجسيم من ناحية أخرى يتقرر في حالات قصوى (Extreme)، لا يحتملها بحال ضمير العدالة، (حتى النسبية او فلتقل الواقعية منها)، ولا يمكن ان تبررها حتى أشد الإعتبارات أهمية كإعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع. مما يتوجب معه تداركها بمواجهة استثنائية غير عادية تتناسب وطبيعتها المغرقة في الشدة، وذلك من خلال دعوى مخاصمة الحكم القضائي وتقرير المسؤولية المدنية عنه. تماماً كالحال في عدم انطباق أي من قوانين الفيزياء العادية والمتعارف عليها فيما تعرف " بالمتفردات العظمى"، باعتبارنا ندخل فيها إلى حالة قصوى من الكتلة البحتة متناهية الجاذبية (كالثقوب السوداء) او من الطاقة (كالكوازارات).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بما يجعل قوانين الفيزياء المتعارف عليها عاجزة عن التصـــدي لتفسير ما يحدث فيها، أو ما بعدها من ظواهر وإحداث فيما وراء ما يعرف بخط الأفق. ففي مثل هذه الحالات القصوى تعجز القوانين العادية للطبيعة عن فهم أو تفسير ما يحدث فيها، مما يجعل قوانين أخرى مختلفة تماماً هي التي تحكمها في هذه الحالات[1].

حتى إذا عدنا من علم الطبيعة إلى علم القانون نقرر الشأن ذاته في حالات صدور الحكم القضائي بناء على غش أو خطأ جسيم، فهي حالات يهتز إليها ضمير العدالة، ويئز بها عرش القضاء، وتضيق بها إلى درجة لا تحتمل معها مواجهتها بالطرق العادية، حيث تنطوي على خطورة استثنائية تستدعي بلا شك عدالة استثنائية أو طريقاً استثنائياً للعدالة، من خلال تقرير قواعد قانونية استثنائية خاصة لمواجهة هذه الحالات المغرقة في التطرف والشدة.

ولكن، ما معيار الخطأ الجسيم؟ الخطأ الجسيم هو ذلك الذي يقع فيه الشخص المختص ما كان ليقع به العادي غير المختص، أو هو ذلك الذي يكون من الجسامة إلى درجة لا يمكن معها حتى التذرع بحسن النية ، فيستوي هو والغش مرتبةً سواء بسواء.

وللتعرف على الخطأ الجسيم نستعرض ثلاثة من تطبيقاته التي تؤكد في مجموعها على فكرة واحد هي التي نبرزها في هذا المقال والتي تتمثل في "تعذر النسبة"، فالخطأ الطبي الجسيم

---

(1) المجالي، نظام، **شرح قانون العقوبات**، دار عمان للنشر والتوزيع ، الأردن ، ص ١٧٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(الموجب للمسؤولية) في قانون العقوبات مثلاً، هو ذلك الذي كان من الجسامة بمكان إلى درجة، يتعذر معها نسبته إلى العمل الطبي، أو مهنة الطب مما لا تحميه معه هذه المهنة من التعرض للمسؤولية، ويعرف بأنه الخطأ الذي يقع فيه الطبيب المختص، ما كان ليقع فيه حتى الطبيب العادي. وقياساً على ذلك، يكون الخطأ الجسيم في مجال العمل القضائي، هو ذلك الذي يقع به القاضي ، ما كان ليقع به كاتبه بجهد متواضع[١].

أما الخطأ العادي، فهو الخطأ في الاجتهاد مغفور الزلل؛ نظراً لحقيقة استيلاء النقص في طبيعة البشر. أي مما يغتفر فيه لصاحب المهنة،أو الوظيفة فتتحمله عنه الوظيفة، أو المهنة ذاتها وتنسبه إليها، ولا يعود ثمة مكان لتقرير مسؤوليته عنها ببساطة؛ لأن مثل ذلك يعيقه عن أدائه لمهنته أو وظيفته، ويمنعه من التطور الذي تلزمه إتاحة حرية الاجتهاد فيها. ففي النظرية العلمية، يوجد مجال للاختلاف، فإذا كانت توجد وسيلة علمية محل إختلاف بين مؤيد ومعارض لها وأخذ بها الطبيب، فلا يعتبر مخالفاً للأصول العلمية. وكذلك إذا أخذ برأي مرجوح في مجال الكشف عن الأمراض مثلاً، ولم يأخذ بالرأي الراجح .. ولكن تتقرر مسؤولية الطبيب، ولا يكون عمله الطبي أو الجراحي مبرراً إذا خالف الأصول المرعية في مهنة الطب، كأن يجري عملية جراحية بأدوات غير معقمة ، أو يجريها وهو في حالة سكر، أو يترك في جسم المريض سهواً أداة من أدوات الجراحة .." [٢].

---

(١)المجالي، نظام، المرجع السابق ، ص ١٧٨.

(٢) المجالي، نظام، المرجع السابق ، ص ١٧٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي ذات الســـياق، لا يســـأل القاضي عن خطأه البسيط في الاجتهاد، كأن يرى تفضيل نص على آخر في الوقـــت الذي تقرر فيه المحكمة العليا،(محكمة التمييز)، خلاف ذلك فيما بعد بـــاجتهـــاد هيئة عامة. أو أن يخطئ في احتســـاب الحقوق العمالية للعامل، نتيجة لتعقد بعض العمليات الحسابية في القضايا العمالية. أما أن يأتي القاضي ليقرر أن المادة القانونية التي يستند إليها أحد المتداعين إمامه هي مادة في قانون الإجراءات المدنية والتجارية المصري لا في قانون التنفيذ الاردني، أو أن يأتي ليقرر أن تقرير الخبرة الذي اســـتند إليه أحد طرفي النزاع دحضـــه تقرير خبرة مضـــاد، في حين جاء ملف الدعوى خلواً من أية إشارة لذلك. أو أن يأتي القاضي ليقرر أن الموظف معين على عقد في الوقت الذي يثبت فيه أنه معين بقرار، فكل هذا مما لا شك انه يعد بالحتم خطأ جسيماً لا يغتفر ولا يعد من قبيل الاجتهاد الذي إذا أخطأ فيه المرء فله أجر واحد، ولا يمكن بحال نســـبته إلى الوظيفة القضائية التي تتنزه عنه وتترفع عن نسبته اليها ولا تحمي مرتكبه ، لأنه وان كان منتمياً عضوياً اليها إلا أن قراره الصادر بالاستند إلى أي من ذلك يجعلها منه براء، فما بالنا بالغش الذي لا يتصور الا بوقوع جريمة تستوجب حكماً جزائياً قطعياً لاثباته أو حتى الادعاء بقيامه؟[1]

وعليه، وحيث تتعذر نسبة الخطأ الطبي الجسيم إلى مهنة الطب أو العمل الطبي، فلا يعود ثمة مجال لوصف مثل هذا النوع من الخطأ بالمهني، اذ تتعذر نسبته إلى "المهنة".

([1]) سمور، أنور عارف عبد الكريم، (١٩٩٣)،**القرارات الإدارية المنعدمة في القضاء الإداري الاردني** ، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية ،ص٤١ -٤٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولهذا فلا نتفق مع مصطلح "الخطأ المهني الجسيم"، ونقرر بملئ الفم عدم دقة هذا المصطلح الوارد في مشروع التعديل المقترح، فالخطأ المهني بحكم طبيعته وماهيته الذاتية لا يمكن بحال ان يشمل او يستوعب الخطأ الجسيم والخطأ الجسيم، لا يمكن بحال وصفه بالمهني وان كان ارتكب في معرض ممارسة المهنة او الوظيفة المعنية، إلا أن هذه الوظيفة وتلك المهنة تتبرأ منه فتتعذر نسبته اليها.

وإذا جاز لنا أن نضـــرب صفحاً عن مثال آخر فنقول بالخطأ الجسيم في اطار النظرية العامة في العقود في القانون المدني، حيث رفضـــت هذه النظرية استيعاب كل من حالتي الغش والخطأ الجســـيم في اطارها، باعتبار ان "الارادة المشـــتركة للمتعاقدين" تتنزه عن توقع الغش والخطأ الجسيم، ولما كان نطاق التعويض في المسؤولية العقدية يتحدد بالاضرار المتوقعة دون غير المتوقعة منها، فكان لابد من تقرير التعويض عنها باعتبارها خطأ تقصيرياً لا تعاقدياً، ومن هنـــا كان الخطأ في حالتي الغش في العقد والخطأ الجســـيم في تنفيذ الالتزامات التعاقدية خطأ تقصيرياً لا تعاقدياً وإن ارتكب في معرض عقد، ولذلك نجد المادة (٢/٢٢١) من القانون المدني الأردني ، والتي قررت أنه [ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشـــا أو خطأ جســـيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد]. وكـــذلـــك نجـــد ما قررته المادة (٢/٢١١) من ذات القانون من أنه [وفى كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم]. [١]

([١]) سمور، أنور عارف عبد الكريم، المرجع السابق ، ص.٤٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن تطبيقات الخطأ الجسيم أيضاً، نجد القرار المنعدم في النظرية العامة للقرارات الإدارية في القانون الإداري، وإذا كان التطبيق السائد للقرار المنعدم هو في مجال عيب عدم الاختصاص الجسيم فإن هنالك من الحالات الأخرى المبنية على الخطأ الجسيم، والتي تنحدر بالقرار الإداري ليصبح من قبيل الاعتداء المادي، بما ينزع عنه أية صفة قانونية بالمطلق تسمه بقرينة المشروعية ، التي تتمتع بها القرارات الإدارية، أو تحصنه من الطعن مثلاً بانقضاء الموعد المخصص لذلك، وهي مزايا تستفيد منها القرارات الإدارية حتى الباطلة منها. وقد عرف الفقه الاعتداء المادي على أنه عمل مادي غير مشروع فقد طبيعته الإدارية، كما وعرفه بأنه خطأ جسيم تأتيه الإدارة أثناء قيامها بعمل مادي يتضمن اعتداءً على حرية فردية أو ملكية خاصة. وفي هذا المجال نرى حكم محكمة التنازع الفرنسية في قضية (SCHNEIDER)، والذي ورد فيه أن الاعتداء المادي يتحقق في حالتين احدهما: المخالفة الصارخة والواضحة التي ينطوي عليها القرار الإداري بحيث لا يمكن أن يعد تطبيقاً لنص من قانون أو لائحة. [1]

وكما لاحظنا في حالة عيب عدم الاختصاص الجسيم، فهو القرار الذي يستحيل نسبته إلى الإدارة بأن يقع بالاعتداء من سلطة على سلطة أخرى في الدولة مستقلة بالكامل عنها، أو هو القرار الذي يصدره شخص منقطع الصلة بالكامل عن الإدارة (لا صفة تمثيلية له بالمطلق) . وهنا يبان وجه المقاربة بين جميع الأمثلة السابقة ؛ لإثبات فرضية العلاقة بين الخطأ الجسيم وفكرة انبتات الصلة، أو تعذر نسبة العمل المعني عن أصله الذي يمنحه المشروعية سواء أكان مرفقاً (كالقرار الإداري)، أو مهنة (كالخطأ الطبي)، أو إرادة (كالخطأ الجسيم في تنفيذ العقود).

([1]) علي، محمد محرم محمد، **النصب و التجارة الإلكترونية**، بحث مقدم المؤتمر – شرطة دبي أفريل ٢٠٠٣، المجلد الأول ص ٤٩٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي ذات الوقت نجد حالة الخطأ الجسيم الذي تتعذر نسبته إلى الإدارة أصلاً ، فيتبرأ منه المرفق العام ويرفع عنه غطاء المشروعية، الذي تتمتع به القرارات الإدارية ما أن تصدر حتى يتقرر إلغاؤها، بتقرير عدم مشروعيتها بالطريق المحدد قانوناً للطعن بها. والقرار المنعدم كما نعلم لا يتحصن مهما انقضت المدة على صدوره، ويجوز رفع دعوى مبتدأة لتقرير انعدامه، باعتباره ولد ميتاً ولا يكون من شأن الحكم الصادر بانعدامه إلا تقرير مثل هذه الحالة ، ومنحها كلمة القضاء بتقريرها في الحالة المعنية. وهذه الحالة هي ذاتها التي نجدها في مجال الأحكام المنعدمة في إطار النظرية العامة للحكم القضائي، والتي سندرسها في الأسطر القادمة. [١]

([١]) علي، محمد محرم محمد، المرجع السابق ، ص ٤٨٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب السابع

أثار الغش

من الأضرار التي ترتبت على الغش التجاري وتقليد السلع على مستوى المستهلك؛ الآثار السلبية على السلامة العامةوأثرها على الاقتصاد الوطني المتمثل في زيادة البطالة، بسبب خسائر الشركات التي تتعرض منتجاتها للغش والتقليد. أما فيما يخص أصحاب العلامات التجارية، فقد جاءت على حساب الإساءة إلى سمعة المنتج، لجهة قضائه على ثقة العميل والمستهلك في العلامة التجارية.

ومن الآثار السلبية الأخرى للتقليد والغش التجاري، تردد الشركات صاحبة العلامات التجارية عن الاستثمار في تلك الدول، ومن ثم التأثير على منحنى الاستثمار والاستهلاك، ما يؤدي إلى انخفاض مكونات الطلب الكلي الفاعل في تحقيق مستوى أعلى للناتج القومي. [١]

المبحث الثاني:العقد وتفسيره

تعد عملية التفاوض (Négociation ou pourparlers pré-contractuels)، أو المرحلة السابقة، على إبرام العقد (Période Pré-Contractuelle)، من أهم مراحله وأخطرها على الإطلاق، لما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد، وبما ينشأ عنهـــا من مشكلات قانونية عديدة.

([١])زينب مكي ، الأثار السلبية للغش الإلكتروني ، الدانة الدولية للملكية الفكرية ، ٨ سبتمبر ٢٠١١م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مازالت تثير الكثير من الإشكالات؛ سواء منها ما يتعلق بالإخلال بالالتزامات السابق تحديدها في هذه المرحلة، أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية المدنية التي تنشأ على الطرف المتسبب، في حالة عدم بلوغ الغاية من المفاوضات وهي إبرام العقد المنشود. ومن أهم هذه المشكلات القانونية وأكثرها وقوعا في الحياة العملية، وخاصة في عقود التجارة الدولية، مشكلة قطع مفاوضات العقد بسوء النية أو بدون سبب جدي، أو بدون مبرر مشروع، وطبيعة المسؤولية التي تترتب على هذا القطع، وما هو مداها الحقيقي؟.

إن المرحلة السابقة على التعاقد هي فترة "استكشافية" [1]ملؤها العجائب والتناقضات (Mystères et Paradoxes)؛ لما تثيره من المناقشة والمساومة، والمحاورة والمراوغة، والكر والفر، والإصرار والمثابرة، والصعود والهبوط، والمخاوف والإهتمامات الساخنة المثيرة للجدل؛ بغرض تحسس المصلحة، وجس النبض وتكوين فكرة شاملة عن أساسيات التعاقد. وعادة ما تستغرق هذه المرحلة وقتا طويلا وشاقا، وخاصة في العقود "الثقيلة" غير التقليدية، التي لا تلائمهـــا القواعد الكلاسيكية المعروفة للإيجاب والقبول. ومن ثم، تثير الفترة السابقة على إبرام العقد نوعين هامين أساسيين من الصعوبات القانونية: صعوبات تتعلق بتمييزها وتحديدها، وصعوبات أخرى مرتبطة بالإحاطة الشاملة بالنظام القانوني لمرحلة المفاوضات وأحكامها.

([1]) Cf. Terré (F), Simler (ph) et Lequette (y). les Obligations, 8 éd. 2002, P.181, N 184, Flour (J), Aubert (J.L) et Savaux (E). Les Obligations, 9 éd. 2001, N 130.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فكلما كان الإعداد للعقد جيدا، بكل حرية ودراسة وطمأنينة وعقلانية، كلما جاء مضمون العقد متوازنا ومتعادلا ومتكافئا، لا يشوبه نقص أو غموض أو إبهام، بما يكفل تنفيذه دون خلافات أو منازعات. وعلى العكس من ذلك، كلما كان الإعداد رديئا وسيئا، وكانت المفاوضات سريعة وإرتجالية، كانت صياغته مبهمة أو غامضة أو متناقضة، وجاء العقد غير متوازن ومشوبا بالغموض والثغرات؛ الأمر الذي يفتح الباب واسعا للنزاع والصراع والخصومة بين الطرفين مستقبلا. فإن العقد لا يكون ملزما، إلى متى كان مفيدا، شريطة أن يكون عادلا ومتكافئا بين المتعاقدين. [1]

وقد تم تقسيم هذا الفصل على مبحثين حيث تناول الباحث في المبحث الأول (العقد وتفسيره)، من حيث: ماهية العقد ومفهوم تفسير العقد، والتعريف بتفسير العقد، والعلاقة بين الإرادة والتعبير عنها وأنواع التفسير. أما في المبحث الثاني (دور القاضي في تفسير العقد)، من حيث: تفسير العبارات الواضحة والغامضة وتفسير عقود الإذعان والعقود النموذجية، ومبدأ حُسن النية، القانون " التشريع "، العُرف، العدالة، سلطة محكمة التمييز " النقض" في مراقبة تفسير العقود.

([1])د.الزقرد،أحمد، (٢٠٠١)، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، **مجلة الحقوق**، جامعة الكويت، العدد ٣، ١٧٧ وما يليها؛ وراجع أيضا: د. النكاس، جمال، (١٩٩٦)، العقود والإتفاقات الممهدة للتعاقد، نفس المجلة، العدد ١، ص١٧٩ و ما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول

العقد

عرفت المادة ١٠٣ من مجلة الأحكام العدلية العقد بقولها: " العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا، وهو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول " وقد عرفته المادة ٨٧ من القانون المدني الأردني بقولها: " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما، على وجه يثبت اثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر ".

وقد تجنب المشروع الموحد للقانون المدني العربي إيراد تعريف للعقد، وسايره بذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني، والذي حدد الاطار العام للعقد في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول (المادة ٧٣ وما يليها) ، والتي تطابق المادة ١٤٦ من القانون العربي الموحد ، كما ان المشرع السوري لم يورد تعريف للعقد أيضا ، وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد اورد تعريفا للعقد تم حذفه من النص النهائي؛ خوفا من كثرة التعريفات حيث جاء بتعريف العقد: " العقد هو اتفاق ما بين شخصين أو أكثر ....".

وقد عرفه الدكتور محمد وحيد الدين سوار بقوله : " العقد هو اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني ".[١]

---

(١) سوار، محمد وحيد الدين،**النظرية العامة للالتزام**، الجزء الأول، مطبعة الروضة ، دمشق ١٩٩٠- ١٩٩١، ص ٤٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويطلق العقد في اللغة على الجمع بين أطراف الشـــيء وربطها، وضـــده الحل، ويطلق أيضـــاً بمعنى إحكام الشـــيء وتقويته. ومن معنى الربط الحسي بين طرفي الحبل أخذت الكلمة للربط المعنوي للكلام أو بين الكلامين، ومن معنى الإحكام والتقوية الحسيّة للشيء أُخذت اللفظة وأُريد بها العهد، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثّق، والضمان، وكل ما يُنشئ التزاما.

وعلى ذلك يكون عقداً في اللغة، كل ما يفيد الالتزام بشيء عملاً كان أو تركاً، من جانبٍ واحد أو من جانبين، لما في كل أولئك من معنى الربط والتوثيق.

أما المعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد فانه لا يبعد عن المعنى اللغوي له، بل هو حصـــرُ له وتخصـــيص لما فيه من العموم، وللعقد معنيين عندهم، ويطلق بإطلاقين: فمن عباراتهم ما يفيد أن العقد هو ربط بين كلامين ينشـــأ عنه حكم شرعي بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما.

وهذا يتفق كل الاتفاق مع تعريف القانونيين للعقد، بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه.

ولذا فإن أكثر الفقهاء لا يطلقون اسم العقد على الطلاق، والإبراء، والإعتاق وغيرها مما يتم بكلام طرف واحد من غير كلام الطرف الثاني. في حين يطلقون اسم العقد على البيع، والهبة، والزواج، والإجارة وغيرها مما لا يتم إلاّ بربط كلامين من طرفين.

وبجوار هذا فإن هناك من الكُتاب في الفقه من يعممون، فيطلقون كلمة العقد على كل تصرف شرعي، سواء أكان ينعقد بكلام طرفٍ واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي الجملة أن كتب الفقه تذكر كلمة العقد، وتريد بها أحياناً المعنى العام، وهو المراد للتصرف، وتذكرها أحياناً وتريد بها المعنى الخاص، وهو ما لا يتم إلاّ من ربط كلامين يترتب عليه أثرُ شرعي. وهذا هو المعنى الشائع المشهور حتى يكاد ينفرد هو بالاصطلاح، وهو المعنى الذي يتبادر إلى الذهن إذا أطلقت كلمة العقد. أما المعنى الثاني فلا تدل عليه كلمة العقد، إلا بتنبيه يدل على التعميم.

ويطلق جمهور الفقهاء والأحناف منهم خاصة العقد بمعنيين:-

الأول : هو تعليق كلام أحد المتعاقدين بكلام الآخر، شرعاً، على وجه يظهر أثره في المحل.

الثاني: العقـــد هو مـــا يتم به الارتباط بين إرادتين، من كلام وغيره، ويترتب عليه التزام بين طرفيه. فالعقد عند هؤلاء، لا يكون إلا في ما يحدث بين اثنين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

مفهوم تفسير العقد

ان قلنا بأن العقد هو التزام المتعاقدين وتعهدهما، او قلنا بأنه ارتباط الايجاب بالقبول أو قلنا بأنه اتفاق ما بين شـــخصين أو أكثر فإن الاشخاص يعبرون عن ارادتهم بالقول أو بالكتابة، أي كتابة الكلمات والجمل والشروط التي تكوّن العقد، وحيث ان اسلوب التعبير قد يختلف حسب طبيعة القارئ او العاقد ،وحيث ان العقد هو قانون المتعاقدين وشـــرعتهم فتظهر الحاجة إلى ما يدعو إلى تفسير عبارات العقد او الاتفاق لتحديد ما اتجهت إليه إرادة اطراف العقد، إذ غالباً ما يثير هذا الأمر خلافات بين المتعاقدين وذلك حينما يقوم أحدهما بتفسير يتناقض أو لا يطابق ما ذهب إليه الطرف الآخر[١]، وحتى يكون هذا التفســير ذي جدوى لا بد أن يكون العقد صحيحاً حتى يكون قابلاً للتنفيذ[٢]، لذلك فكان من الواجب اللجوء إلى القاضـــي للفصـــل بالتعرض بين تفســير طرفي العقد بما تعاقدوا عليه، والقاضـــي بهذا الشـــأن يستعين بالقواعد التشريعية التي تســـاعده ويستند اليها فيما عرضه الخصوم عليه من خلاف على تفسير ما تعاقدوا عليه وحتى يتضح لنا مفهوم التفسير لا بد لنا أن نتكلم عن المقصود بتفسير العقد وكذلك العلاقة بين الإرادة والتعبير عنها بالإضافة إلى أنواع التفسير.

---

(١) الســـرحان، عدنان إبراهيم و خاطر، نوري محمد، (٢٠٠٥) شـــرح القانون المدني (مصـــادر الحقوق الشخصية)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص٢٤٢.

(٢) الفار، عبد القادر، مصـــادر الالتزام (مصـــادر الحق الشخصي في القانون المدني)، ط١، دار الثقافة للنشر التوزيع، عمان، ١٩٩٦، ص١٥١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولاً: التعريف بتفسير العقد:

يراد بالتفسير بيان ما هو غامض والإيضاح والكشف عن المراد[١]، ولا شك أن أول ما يعرض للقاضـــي في شـــأن العقد هو تفســـيره إذا كان في حاجة إلى تفسير، وتفسير العقد هو اســـتخلاص النية المشتركة او التعرف على ارادة المتعاقدين المشتركة. فالتفسير هو البحث عن معنى إرادة الأطراف بألفاظ معينة فهو بحث باللغة القانونية. [٢]

وقد قيلت آراء متعددة من الفقه حول تحديد معنى تفسير العقد[٣]، إلا أن التعريف الحديث لمفهوم التفسير هو "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعتري العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به".[٤]

فالتفسير عملية ذهنية ذات شقين[٥]: "شق مادي وآخر معنوي، الأول ينحصر في البحث المنصب على التعبيرات المدونة في العقد، في صيغة شرط أو أكثر، حيث يقوم المفسر بتقريب أجزاء الشرط من بعضها، أو بتقريب الشرط من الشرط الذي يسبقه أو يليه، أو حتى تقريب التصرف من تصرف آخر سابق، أو لاحق أو معاصر لتحريره.

---

(١) انظر في ذلك ايضا: عبد الحكـــم فودة، تفســـير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف

(٢) انظر في مفهوم التفسير القضائي، د.الشواربي،عبد الحميد، (١٩٩٧)، **المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء**، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ٢١٩.

(٣) الفضـــل، منذر، (١٩٩٦)،**النظرية العامة للالتزامات**، الجزء الأول، دار الثقافة للنشـــر والتوزيع، عمان، ص٢٦٥.

(٤) فودة، عبد الحكيم، (١٩٨٥)، **تفســـير العقد في القانون المصـــري والمقارن**، مؤســـسة المعارف للطباعة والنشر، ص١٧.

(٥) فودة، عبد الحكيم، المرجع سابق، ص١٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

"ومن ظروف الدعوى وبهذا قررت محكمة التمييز الأردنية بقولها: " محكمة الموضوع هي صاحبة الصلاحية في تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أوفي المقصود في العقد مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها".[١]

أما الشق المعنوي فإنه يأتي نتيجة للشق المادي، وبمعنى آخر هو مجموعة الأفكار التي تستقر لدى القاضي، من حصيلة بحثه المادي، فيعتبرها تشكل النية المشتركة للطرفين.وفي ذلك قررت محكمة التمييز الأردنية بقولها:" لمحكمة الموضوع تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أوفى بالمقصود في العقد مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها دون الخروج عن عبارات العقد، لان العبرة في تفسير العقد وتحديد حقوق طرفيه الواردة فيه هو ما حواه من نصوص ".[٢]

هذا وقد تعددت تعريفات الشراح للتفسير في معناه الاصطلاحي، فذهب بعضهم إلى أن المقصود به تحديد معنى الشرط التعاقدي والغرض منه مستندين في ذلك إلى الهدف من عملية التفسير بينما ذهب البعض الآخر إلى التعلق بالأساس الذي يقوم عليه، وهو الإرادة الحقيقية للطرفين، فعرفوه بأنه استخدام بعض وسائل الاستدلال من أجل الكشف عن المعنى الخفي للاتفاق، ومن أجل التعرف على النية الحقيقية للطرفين. [٣]

---

(١) انظر بذلك: قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٦/٣٣٨١ (هيئة خماسية)، تاريخ ٢٠٠٧/٢/٢٥

(٢)قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٥/٣٦٧٨ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٤ منشورات مركز عدالة.

(٣)عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص١٥- ١٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خلاصة القول إن الإطار المناسب لنظرية التفسير يفترض أساساً وجود عقد قائم صحيح.[١]وبالتالي لا تطبق على القرارات الإدارية[٢] ولا ينحصر نطاقها في التفسير بمعناه الضيق، وهو التفسير بالإيضاح لما غمض من العقد، بل تشمل أيضاً التفسير التكميلي على ضوء العرف الجاري في المعاملات لينصهر كلاهما في بوتقتها[٣]، وذلك من أجل الحصول على الإرادة المشتركة للطرفين.

ثانياً:العلاقة بين الإرادة والتعبير عنها:

إن تفسير العقد يتصل بمبدأ سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً، لذلك بدأ المشرع الأردني نصوص القانون المدني الخاصة بتفسير العقد بالمادة (٢١٣)، التي جاء فيها[٤]: "الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما إلتزماه في التعاقد".

---

(١) وبذلك قررت محكمة التمييز الأردنية بقولها: " من المستقر عليه في قضاء محكمة التمييز أن التكييف القانوني لوقائع الدعوى لا يخضع لرغبة الخصوم ولا يقيد المحكمة من إعطائها التكييف القانوني الصحيح ولأن محكمة الموضوع هي صاحبة الصلاحية في تفسير العقود مستهدية بظروف الدعوى وما قصده طرفا التعاقد وفق أحكام المادة ٢٣٩ من القانون المدني.

أوجبت المادة ١٥٧ من القانون المدني أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه، وأجازت المادة ١٥٨ من ذات القانون أن يكون المحل عملاً وإذا كان العقد مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً. كما تشترط المادة ١٦٣ من هذا القانون أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد فإن منع التعامل في شيء كان العقد باطلاً. وحيث أن محل عقد العمل هو العمل في مطعم في منطقة البيادر. وحيث أن التحقيق فيما إذا كان العقار المستأجر من المدعى عليه يمكن ترخيصه من الجهات الرسمية للعمل كمطعم وفق الغاية المنصوص عليها في اتفاقية العمل بين طرفي الدعوى هو أمر ضروري للفصل في الدعوى لأنه إذا منع الشارع التعامل في شيء كان العقد باطلاً.. " قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٥/٤١٩٢ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٦/٦/٤ منشورات مركز عدالة.

(٢) تقول في ذلك محكمة النقض المصرية: "... ويكون النعي على الحكم إغفاله الرد على ما طلبته الطاعنة من تطبيق قواعد التفسير المنصوص عليها في المادتين ١٥٠، ١٥١ مدني غير مجد، إذ أن مجال تطبيق تلك القواعد هو العقود ولا تطبق على القرارات الإدارية".- نقض مدني سنة ١٩٦٢، المكتب الفني، السنة القضائي رقم ١٣، ص ٢٦.

(٣)فودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص٢٣.

(٤)انظر أيضاً المادة (١٧٥) من مجلة الأحكام العدلية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حيث تتمثل الإرادة في العقود في عامل شخصي وباطني، ويبرز إلى الخارج عن طريق التعبير، وهو مظهرها وأساسها المادي الملموس. وقد يأتي هذا التعبير أحياناً في صورة ضمنية، إذا كان مظهره الخارجي يومئ بوجود هذه الإرادة[١]، فالإرادة لا يمكن أن تبقى كامنة.

والأصل أن تتطابق الإرادة الحقيقية مع التعبير عنها، بأن يعبر المتعاقدان تعبيراً صحيحاً عما يدور في أعماق نفسيهما، وذلك عند استعمال ألفاظ تعبر عن مرادهما، بحيث يمكن فهم مقصودهما من المعنى الظاهر لعبارات العقد، فلا يكون هناك حاجة إلى صرفها أو تأويلها إلى معنى آخر[٢]، وهذه الدقة في التعبير تكون إذا قام بتحرير العقد شخص مختص، لديه إلمام بالقانون وممارسته، كالموثقين والمحامين، إذ يستعملون ألفاظاً واضحة تدل على ما يقصده طرفا العقد.

ومع ذلك قد يحصل اختلاف بين الإرادة المصرح بها والإرادة الباطنة، إذ كثيراً ما نجد عقوداً يداخلها اللبس والإبهام، ويسري فيها الضعف والركاكة، فتأتي عباراتها مشوشة التأليف، قلقة التراكيب، ويرجع ذلك إلى قيام من ليس لهم دراية بالقانون بتحريرها.

ويثور التساؤل هنا حول الإرادة التي يؤخذ بها كأساس للعقد وتفسيره، في حال اختلاف الإرادتين. فهل تعتمد الإرادة المصرح بها أو الإرادة الباطنة؟

---

(١)السنهوري، عبد الرزاق، (١٩٩٨)، **نظرية العقد**، الجزء الأول، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٩٢٧.

(٢) فودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص٢٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لقد نشأ خلاف حول هذا الموضوع بين الفقهاء الغربيين. فمنهم من أخذ بالإرادة الباطنة الحقيقية، ويعرفون بالفقهاء التقليديين، ومنهم من أخذ بالإرادة الظاهرة، وهم الفقهاء الاجتماعيون[١]. وهو نفس الانقسام الذي عرفه الفقه الإسلامي، مع ترجيحه للإرادة الظاهرة.

ولا شك أن هذا التناقض وعدم التطابق بين الإرادة والتعبير لا يظهر غالباً إلا عند تنفيذ العقد، فهو المحك الحقيقي لنصوصه على أرض الواقع، حيث يظهر التضارب بين التعبير والإرادة وهكذا يأتي دور القاضي في التفسير[٢].

ثالثاً: أنواع التفسير:

التفسير قد يصدر من أكثر من جهة[٣]:

- التفسير الذي يصدر عن طرفي العقد، وذلك فيما يبرمانه من اتفاقات تفسيرية، معاصرة أو لاحقة للعقد محل النزاع، بغية منع أو حسم ما يثور من خلاف حول دلالة بعض تعبيراته. ولا شك أن هذا أفضل تفسير على الإطلاق، إذ إنه يصدر مباشرة من ذوي الشأن وبمحض إرادتهم.
- التفسير الذي يصدر من أرباب المهن كالمحامين، والموثقين، ووكلاء الأعمال، ومندوبي السجلات كالسجل التجاري.
- التفسير القانوني (التشريعي) [٤]: وهو الذي يصدر عن المشرع في صيغة نصوص قانونية، تستند في أساسها إلى الإرادة الضمنية للأفراد، فالمشرع بذلك يفسر إرادة المتعاقدين عن طريق إكمال النقص الذي اعتري عقودهم.

---

(١)رضا المزغني وعبد المجيد عبـــــودة، التفسير القضائي في القانـــــون المدني، ط١، معهد الإدارة العامة بالمملكة العربية السعودية، ١٩٨٣، ص١٣١.

(٢) فوده، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص٢٩.

(٣) الفضل، منذر،(٢٠١٢)، **الوسيط في شرح القانون المدني "مصادر الالتزامات وأحكامها** ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، عمان ، ص ١٨٩.

(٤) فودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص ٢٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

-

- التفسير القضائي[1]: وهو ما يصدر عن قضاة الموضوع في حال طرح النزاع عليهم، وبالتالي فهو وسيلة يستخدمها القاضي لفض النزاع.

المطلب الثالث

التزام التبصير بالسلعة قبل التعاقد

يعد الالتزام بإعلام المستهلك وتبصيره من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البائع لحماية المستهلك بصفة عامة، بإعتبار أن التعاقد عن بُعد يتم من خلال استخدام وسائل الاتصال الحديثة، فإن ذلك يتطلب تزويد المستهلك بجميع المعلومات الضرورية للتعبير عن إرادته بقبول العرض، وتمكنه من الموافقة على شروط التعاقد برضا تام، إذ إن دراسة الالتزام وطبيعته وأساسه القانوني في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت يوفر حماية فعالة لمن يتعاقد عبر شركة الاتصال الإلكترونية من المخاكر التي قد يتعرض لها؛ كما أن الالتزام بالتبصير الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت يُعد من أهم الضمانات القانونية لتحقيق المساواة في العلم بين المنتج والمشتري أو المستهلك، إذ يحتاجان إلى حماية القانون.[2]

([1])الفضل، منذر، مرجع سابق، ص ٢٦٥.

([2]) إسماعيل، محمد سعيد أحمد،(٢٠٠٩)، **أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية**، منشورات الحلبي الحقوقية ، جامعة دمشق، ص ٣٦٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولقد وردت تعريفات عديدة حول الالتزام بالتبصير، إذ تم تعريفه بأنه: " التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين، بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضاءً سليماً كاملاً متنوراً على علم بكافة تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار اخر يجعل من المستحيل على أحدهما، أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الأخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالتزام بالإدلاء بالبيانات. [١]

كما عرف بأنه" " تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما، أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون الطالب على بينه من أمره، بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد".[٢]

يُعرف الالتزام بالتبصير أيضاً بأنه: " التزام المنتج أو المهني بوضع المستهلك في مأمن ضد مخاطر المنتج المسلم له، سواء أكانت سلعة أم خدمة، وهو ما يتطلب أن يبين المنتج أو المهني للمستهلك كل المخاطر التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشئ المسلم له".[٣]

---

(١) المهدي، نزيه محمد الصادق، (١٩٨٢)، **أنواع العقود، دراسة فقهية مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص ١٥.

(٢) المنتصـــر، سهير، **الالتزام بالتبصير**، نقلاً عن خالد جمال أحمد، الالتزام بالتبصير قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر ، دون تاريخ ، ص ٨٢.

(٣)النكاس، جمال، حماية المستهلك وأثرها على نظرية العامة في العقد في القانون المدني الكويتي، **مجلة الحقوق**، الإسكندرية، مصر، دون تاريخ، ص ٤٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكما عرف بأنه: "عبارة عن التزام قانوني سابق لإبرام العقد، يلتزم بموجبه أحد الطرفين بتزويد الطرف الأخر بالمعلومات الخاصة بالعقد، وذلك من أجل أن يصدر الرضا الصحيح والسليم من طرفي العقد".[١]

ومن خلال التعريفات السابق نلخص إلى النتائج التالية: [٢]

١. أن الالتزام بالتبصير كما يبدو من لفظه ومعناه، التزام سابق على التعاقد ينشأ وينفذ في مرحلة سابقة على نشأة العقد.

٢. أن الالتزام بالتبصير التزام قانوني، يستمد وجوده من المبادئ العامة للقانون (كمبدأ حُسن النية)، فهو لا يستمد ودوده من العقد الوارد عليه.

٣. أن المدين بهذا الالتزام لا يطالب بإعلام دائنه لكل صغيرة وكبيرة من المعلومات التي يعرفها عن العقد المراد إبرامه، ولكنه يلتزم بتقديم المعلومات الجوهرية التي تفيد الدائن في إبرام العقد ولا يتمكن من الحصول عليها بوسائله الخاصة. [٣]

٤. ينبغي على المدين بالتبصير أن يتحرى الدقة والصدق فيما يقدمه إلى دائنه من معلومات تتصل بالعقد ، وإلآ أعتبر مخلاً بالتزامه على نحو يجب المساءلة والتعويض. [٤]

---

(١) الرفاعي، أحمد، **الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي**، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، دون تاريخ، ص ١٠٥.

(٢) العبادي، زاهر طارق، **الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني**، "دراسة مقارنة" رسالة ماجستير ، جامعة جدارا،أربد الأردن، دون تاريخ ، ص ٢٤.

(٣)أحمد، خالد جمال، **الالتزام بالإعلام قبل التعاقد** ، دار النضهة العربية ، القاهرة ، مصر، دون تاريخ ، ص ٨٣

(٤) أحمد، خالد جمال، المرجع السابق ، ص ٨٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٥. أن الالتزام بالتبصير قبل التعاقد التزام عام سابق على جميع أنواع العقود متى توافرت شروط وجوده، فلا يخص عقداً بعينه أو عقوداً بذاتها، إنما يفرض على أحد طرفي العقد المزمع إبرامه أو كليهما أياً كان نوع هذا العقد، مادامت هناك معلومات تتصل بالعقد يجوزها أحدهما ويجهلها الطرف الأخر جهلاً مشروعاً. (١)

٦. أن لفظ التبصير الوارد في هذا الالتزام محل التعريف، لفظ رحب الدلالة واسع المعنى والمغزى، يشمل كثيراً من المعاني والمسطلحات، فيدخل في معناه ما يقدمه المدين من بيانات ومعلومات بسيطة كما يندرج فيه لفظ المشورة أو النصيحة وذلك عندما يكون للإعلام المقدم إلى الدائن أثر كبير في توجيهه إلى اتخاذ إقرار معين بشأن العقد، هذا فضلاً عن شمولية التبصير للفظ التحذير أو لفت الانتباه، وذلك عندما يتضمن التبصير قدراً من المعلومات الخاصة بشئ ما يتسم بالخطورة.

٧. لقيام المدين بتنفيذ إلتزامه بالتبصير تنفيذاً صحيحاً أثر كبير في بناء العقود بناءً صحيحاً خالياً من أي شائبة أو عيب قد يكون سبباً في هدمه بعد قيامه(٢).

ولذلك فإن الالتزام بالتبصير، هو التزام يلقي على عاتق المهني في العقود التي تبرم مع المستهلكين كعقود البيع أو تقديم الخدمات، حيث لزم المهني بموجبه بأن يقدم للمستهلك المعلومات الضررية والتفصيلية المتعلقة بالشئ المبيع أو الخدمة، وإخباره عن أية شروط تتعلق بالمسؤولية التعاقدية أو الضمانات، بحيث تسمح هذه المعلومات للمستهلك بالتعاقد عن وعي وعلم كافيين بالعملية محل التعاقد.

---

(١) العبادي، زاهر طارق ، مرجع سابق ، ص ٢٥.

(٢) العبادي، زاهر طارق ، المرجع السابق ، ص ٢٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع

الغش قبل التعاقد مسئولية من ؟

كلما أمكن التثبت من وجود عقد كان محصلة لتطابق الإيجاب مع القبول خلال مرحلة المفاوضات، أنعقدت المسؤولية العقدية. ولا داعي للجدال والنقاش في هذه الحالة حول أنعقادها على أساس العقد المبرم بينهما والذي يحميه القانون بقواعد المسؤولية العقدية إذا ماتم خرقه[١].فقد يبرم أطراف التفاوض عقد الالتزام بعدم التفاوض مع الغير، أو عقداً يتعلق بتنظيم عملية التفاوض، أو عقد ضمان السرية. فأنه في مثل هذه الحالات يجب على القاضي المعروض أمامه النزاع أن لا يتأخر في تطبيق أحكام المسؤولية العقدية كلما تحقق من توافر أركان المسؤولية العقدية[٢].

فمتى توافرت أركان المسؤولية العقدية[٣]، وهي الخطـــأ العقدي، الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر قامت المسؤولية العقدية على مرتكب الخطأ، فعدم تنفيذ المتفاوض لأحد الالتزامات الناشئة عن العقد يشكل خطأ عقدي ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام ناشئاً عن عمده أو عن أهماله، والخطأ العقدي أما يتمثل بعدم تحقيق النتيجة – إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة – كالالتزام بعدم التفاوض مع الغير أو الالتزام بضمان السلامة أو يتمثل بعدم بذل العناية (الضرر)

---

(١)الأهواني، حسام الدين، (١٩٩٥)، **النظرية العامة للالتزام**، الجزء الأول، ط٢، دار النشر (لا يوجد).

(٢) عبد العال، محمد حســين، (١٩٩٨)،**التنظيم الإتفاقي للمفاوضـــات العقدية – دراسة تحليلية مقارنة** ، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٨٦.

(٣) وفي هذا المعنى جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية رقم ٨٨/٣٩٠ ما يلي "من المتفق عليه أن المسؤولية العقدية شأنها شأن المسؤولية عن الفعل الضار لا تقوم الا بتوافر أركانها الثلاث وهي الخطأ ، الضرر ، العلاقة السببية، والخطأ هنا قائم على الإخلال بإلتزام تعاقدي "مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٩٢، ص ٥٣٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لأنه هو الذي يدعيه، والضرر لا يفترض بمجرد ثبوت الخطأ فقد لا ينفذ المتفاوض (المدين) لأحد التزاماته ومع ذلك لا يصيب الطرف الأخر أي ضرر من ذلك ، وعليه يجب على الطرف المدعي أن يثبت الضرر الذي أصابه إلى جانب إثباته للخطأ[١]. ويجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، ولا يكلف الدائن بإثبات هذه العلاقة بل أن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة ، فعبء الإثبات يقع على المدين لا على الدائن[٢]وأبعد من ذلك قد يجد القاضي عقداً معلقاً على شرط واقف أو عقداً منجزاً أو وعداً أو مجرد عقد بالبدء في التفاوض او بالأستمرار فيه[٣].فكلما ثبت في يقين القاضي توافر عقد من العقود أو حتى مجرد وعد به ، فأنه يطبق قواعد المسؤولية العقدية وأن لم يبرم العقد النهائي[٤].

---

(١) السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري محمد،(٢٠٠٥)**شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية)**، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

(٢) سلطان، أنور، (١٩٩٦) **الموجز في مصادر الالتزام** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ص ٢٤٨.

(٣) وأن عقد التفاوض يختلف عن الوعد بالتفضيل حيث ينشىء الأول التزاماً قاطعاً بالتفاوض ،في حين يلتزم الواعد بالتفضيل عندما يقرر أبرام العقد فأيجابه مشروط بالأبرام ،كما أن محل عقد التفاوض هو الالتزام بالتفاوض يختلف عن الوعد بالعقد حيث يتضمن الوعد قبولاً للعقد النهائي .

(٤) وتطبيقاً لذلك تم الحكم بأن من رهن عقاراً سبق ان وعد ببيعه لأخر يعد مرتكباً لخطأ عقدي .ويعد الواعد أيضا مرتكب لخطأً عقدي إذا لم ينفذ الواعد او تعاقد مع اخر بشروط افضل.

ولمزيد من التفصيل ينظر في حكم هذه القضية في القضاء الفرنسي :Schmidt, op. cit,p.560 نقلاً عن د. محمد حسام لطفي ، مصدر سابق ، ص٧٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعليه نستنتج مما سبق، أنه في حالة الإخلال بأي التزام عقدي في مرحلة المفاوضات، او الاخلال بالعقود الممهدة لإبرام العقد الأصلي فإن المسؤولية تكون عقدية على عاتق الطرف المخل بشرط توافر أركانها وفي الحالة التي ينتفي فيها وجود أي اتفاق خلال هذه المرحلة فأن المسؤولية الناشئة عن المخالفة تكون مسؤولية تقصيرية، تقع على عاتق المقصّر وتلزمه بالمسؤولية العقدية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الخامس

الغش أثناء التعاقد

إن المخاطر التي يتعرض لها المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية قد يكون مصدرها التاجر، والذي يمثل الطرف المتعاقد معه في العلاقة التعاقدية ،حيث يتسم سلوكه بالغش والتحايل قبل المستهلك، وقد يقع الخطر من الغير كما في حالة اختراق الشبكات الإلكترونية المختزن عليها البيانات أو المتداولة من خلالها، حيث يتم سرقة هذه المعلومات وإعادة استخدامها على نحو يضر بالمستهلك. الأمر، الذي يتطلب حماية المعلومات الإلكترونية جنائيا.

إن الغش التجاري، أو الصناعي الذي يتعرض له المستهلك في نطاق المعاملات المدنية العادية – في مضمون السلعة ذاتها – ، هو نفسه الذي يتعرض له في حال ما إن تم إبرام العقد بطريق الانترنت، بل أن فرصة وقوع الغش في حالة التعاقد بطريق الانترنيت أكبر في ظل انعدام المعاينة للسلعة وذلك في الكثير من الأحيان. هذا فضلا، عن أن الدعاية والإعلان في نطاق العقد الإلكتروني له صفة خاصة قد تلعب دورا عظيما في إيقاع المستهلك في غلط يدفعه إلى التعاقد دفعا. خاصة، إذا ما أخذنا في الاعتبار قوة شبكة الإنترنت من حيث الانتشار والتأثير والدعاية والإعلان والقدرة للنفاذ إلى المستهلك حيث تجعله محاصرا في مسكنه وعمله.لاسيما، وأن وسائط التواصل بهذه الدعاية تدفعه للتعاقد حتى قبل أن يكتشف أنه ضحية لمؤامرة مزدوجة من وسائل الدعاية والإعلان ومن قبل التاجر أو المنتج.الأمر، الذي تستوجب حمايته من الغش والتحايل[١]، وهو ما يجعلنا بالضرورة نتعرض للمسائل التالية:-

---

([١]) د. حجازي، عبد الفتاح، **التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية**، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ص ٢٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المسألة الأولى: الحماية الجنائية ضد الغش التجاري والصناعي:

يمكن تعريف الغش التجاري و الصناعي بمايلي:

"كل فعل من شأنه أن يغير من طبيعة المواد أو فائدتها التي دخل عليها عمل الفاعل، ولا تهم الوسيلة التي لجأ إليها الفاعل في سبيل تحقيق غايته. فقد يتم الغش بإحلال مواد أقل قيمة مكان أخرى أعلى منها فيما يراد إدخال الغش عليه. أو بإنقاص بعض المواد أو إضافة مواد أخرى عليه تزيد من كميته وتقلل من مفعوله، وغير ذلك من الصور التي لا تدخل تحت حصر. حيث يتفنن الغشاشون في استنباطها لتحقيق أغراضهم بالحصول على أرباح طائلة وغير مشروعة. [١]

وقد يقع الغش بفعل الإنسان – كما في حالة الإضافة أو النقصان أو الخلط– وقد يكون الغش لأسباب خارجية عن إرادة الإنسان، كما هو الشأن في حال فساد السلعة نتيجة لطبيعتها كاللحوم والبيض والجبن وغير ذلك.

وفي جميع الأحوال، فإن جريمة الغش لها ركنان أحدهما مادي والآخر معنوي. حيث يتحقق الركن المادي بأي فعل من الأفعال التالية:–

- الغش أو الشروع فيه، وكذلك الفساد الذي يطرأ على السلعة.
- العرض أو الطرح للبيع، أو بيع المواد المغشوشة أو الفاسدة. [٢]
- الطرح للبيع أو العرض لـــذات الغرض، أو بيع المـــــواد المغشوشـــة أو الفاسدة.

([١])د. القليوبي، ســميحة، (١٩٩٣)، **غش الأغذية وحماية المستهلك، بحث لمؤتمر حماية المستهلك**، القاهرة، مارس ، ص ٠٤.

([٢])د. محمود،عبد الله حســين، (٢٠٠٢)،**حماية المستهلك من الغش التجاري أو الصناعي**، دار النهضة العربية القاهرة، ص ٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وما تجدر الإشارة إليه،أن هذا الركن المادي يتوافر حتى في حالة البيع الإلكتروني، وذلك عن طريق العرض أو الطرح للبيع من خلال شبكة الإنترنت بالنسبة للسلع الفاسدة ، أو المغشوشة التي تصل إلى المستهلك لاحقا.

كمـــا يتحقق الركن المعنوي في هذه الجريمة بتوافر– نية الغش، أي انصـــراف إرادة الفاعل إلى تحقيق الواقعة الجنائية مع العلم بتوافر أركانها في الواقع[1].أضف إلى ذلك أن المهني في عقد البيع الإلكتروني من الصـــعب تصور جهله بحقيقة العيوب التي في بضاعته أو المنتج الخاصـــة به. ويلحق الغش كذلك، حالات التقليد في مراحل الإنتاج الصـــناعي، وكذلك تقليد العلامات التجارية المضللة للمستهلك.

المسألة الثانية: الحماية الجنائية من جريمة الاحتيال:

قد يلجأ المنتج أو الموزع عامدا لأجل الترويج لمنتجاته إلى الدعاية المضللة التي قد تنطوي في بعض الأحيان على مغالطات علمية، بهدف تحقيق قدر كبير من الربح على حساب المستهلك الذي تخدعه هذه الدعاية.

---

(1) د. محمود، عبدالله حسين، المرجع السابق، ص١٠ وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن الأمثلة على ذلك، ما تلجأ إليه شركات صناعة الألبان المجففة من دعاية عبر شبكة الإنترنيت، وغيرها تفيد أن منتجاتها هي البديل الكامل للبن الأم، على حين أن الثابت لدى منظمة الصحة العالمية أن ملايين الأطفال خاصة في دول العالم الثالث يموتون سنويا قبل السنة الأولى من أعمارهم ؛ بسبب اعتمادهم في التغذية على الألبان الصناعية. (١)

تشير هذه الوقائع وغيرها، بأن جرائم الاحتيال أو النصب يمكن وقوعها بطريق الإنترنيت، حيث تمثل الطرق الاحتيالية فيها في صورة الدعاية المضللة لمزايا السلعة و الفوائد المرجوة من ورائها طريقا للاستيلاء على نقود المستهلك. (٢)

لهذا نجد أن قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر عام ٩٩٣، تضمن نصوصا تحارب الغش والمخادعة، وذلك من أجل حماية المستهلك حيث تضم النصوص طائفتين من الأفعال. الأولى، تنظمها المواد ١٢١، وما بعدها وهي تعاقب كل من يقوم بالدعاية الكاذبة، أو تلك التي من شأنها الإيقاع في الغلط. أما الطائفة الثانية، فهي منظمة بالمواد ٢١٣ وما بعدها، وهي تعاقب على الغش والتدليس، وفي كلا الطائفتين فإن المخادع أو مرتكب الغش، أو المدلس يعاقب بالحبس، أو الغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين. كما يمكن أن تضاف إليهما عقوبات تكميلية أخرى.

---

(١) د. ســرور، محمد شكري،**التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك**، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي، أكاديمية شرطة دبي – الإمارات العربية المتحدة، ٢٦-٢٧ فبراير ٢٠٠٣، ص ١٧٦.

(٢) علي، محمد محرم محمد، **النصب و التجارة الإلكترونية**، بحث مقدم المؤتمر – شرطة دبي أفريل ٢٠٠٣، المجلد الأول ، ص ٤٩٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المسألة لثالثة: بعض صور الحماية الجناية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية:

تمتاز هذه الصور باعتبارها حماية متكاملة للمستهلك في عقود البيع من خلال الإنترنيت، و بصفة خاصة في الأحوال التالية:-

- تجريم فعل الدخول غير المشروع إلى مواقـــع التجـــارة الإلكترونية، والحصول على بيانات المستهلك.
- إمكـــانيـــة معاقبة الجاني عند إتلاف بيانات المســـتهلك بالعقوبة المقررة للإتلاف العمدي للمنقولات بعد التسليم للبيانات والمعلومات، باعتبارها من الأموال المنقولة.
- حماية وسائل الدفع الإلكتروني من التعدي عليها إلى مجال التجارة الإلكترونية.
- التعدي على بيانات البطاقة الائتمانية التي تخص المستهـــلك.
- تزوير المحررات الإلكترونية التي يكون المستهلك طرفا فيها. [1]

وعليه، فإننا نجد تشريعات التجارة الإلكترونية تضمنت نصوصا قاطعة في شأن تجريم أفعال بعينها، بهدف حماية مصلحة المستهلك في عقد التجارة الإلكترونية.

([1])علي، محمد محرم محمد، مرجع سابق، ص٤٩٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث:دور القاضي في تفسير العقد

تفسير العقد من عمل القاضي، غير أن المشرع لم يترك للقاضي كامل الحرية في شأن تفسير العقود، بل ألزمه اتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه عن حدود مهمته الأصلية وهي تفسير العقد، إلى التعديل فيه[1].

وقد تناول مشروع القانون المدني الفلسطيني هذه القواعد في المواد (١٥٩- ١٦٦) ، وأن من هذه المواد ما تناول القواعد الأساسية في التفسير وأن منها ما اقتصر على استعراض العوامل التي يسترشد بها القاضي في تفسير العقد.

وعبارة العقد من حيث أنها تحتوي على الإرادة المشتركة لطرفيه وطبقاً للقواعد الأساسية في التفسير تتخذ إحدى حالتين: فهي إما أن تكون واضحة في جملتها في الدلالة على معنى محدد، وإما أن تأتي غامضة لا تفصح عن معنى محدد واضح.

المطلب الأول

تفسير العبارات الواضحة:

الأصـــل في العقد رضـــا المتعاقدين وما التزامه في التعاقد[2]، وإذا كانت عبارة العقد واضـــحة فيتعين وفقاً للفقرة الأولى من المادة (١٦٥) ، من مشـــروع القانون المدني الفلسطيني التزام هذه العبارة.

---

(١) ســلطان، أنور، (١٩٨٧)، **مصـــادر الالتزام في القانون المدني الأردني**، ط١، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ص١٩٥.

(٢)انظر المادة (٢١٣) من القانون المدني الأردني رقم (٤٢) لسنة ١٩٧٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ذلك أن هذه الفقرة تنص على أنه "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين". أي أنه إذا كانت العبارة واضحة لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة العاقدين المشتركة، ولا يجوز الانحراف عنها لاستقصاء ما أراده المتعاقدان حقيقة من طريق التفسير أو التأويل.

والمقصود بوضوح عبارة العقد ليس وضوح كل جملة على حده، بل هو وضوح دلالة العقد من مجموع ما جاء فيه من عبارات، لأن الأصل أن يعتبر العقد وحدة متصلة الأجزاء متكاملة الأحكام كلما دعت الحاجة إلى تفسيره أو تطبيقه[١].

وهذا المبدأ كما يتفق مع القوانين الحديثة، فإنه يتفق مع الفقه الإسلامي من أن العبرة بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة، إذ يجب الوقوف في تفسير العقد عند الصيغ والعبارات الواردة في العقد واستخلاص المعاني الظاهرة فيها دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معانٍ أخرى بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة، فالإرادة الباطنة لا شأن لنا بها إذ هي ظاهرة نفسية لا تعني المجتمع، والذي يعينه هو الإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من المتعاقدين في تعامله مع الآخر، فهذه ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية وهي التي يتكون منها العقد[٢].

---

(١) سلطان، أنور، المرجع السابق، ص ١٩٦

(٢)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص ٢٤٤.

- تمييز حقوق رقم (٨٠/٣٦٧)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٨١، ص٨٠٩.
- كذلك انظر المادة (١/١٥٠) من القانون المدني المصري.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولاً: عدم جواز تفسير العبارات الواضحة:

لا شك أن إرادة المتعاقدين هي مرجع ما يرتب التعاقد من آثار، بيد أن هذه الإرادة وهي ذاتية بطبيعتها، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية، وهي عبارة العقد ذاتها[١]، فإذا كانت هذه العبارة واضحة الدلالة، ولا يوجد قرينة على أن ظاهرها هو غير مراد المتعاقدين، لا يجوز للقاضي حملها على خلاف معناها الظاهر تحت ستار تفسيرها، لأن الخروج عن المعنى الظاهر هو انحراف عن إرادة المتعاقدين المشتركة.[٢]

بمعنى أنه يجب على قاضي الموضوع ألا ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة إلى معنى آخر، وإذا انحرف عن عبارة العقد الواضحة، فإن ذلك يعد تحريفاً وتشويهاً لها مما يستوجب نقض حكمه، إذ إن وضوح العبارة يمنع القاضي من الاجتهاد في التفسير، إذ عليه أن يطبق العقد كما هو ولا تثار هنا مسألة التفسير[٣].

وقد أشار الفقه الإسلامي إلى ثلاث قواعد تدعم هذا المبدأ، وقد أوردها المشرعان الفلسطيني والأردني ضمن القواعد التي يعتمد عليها القاضي في التفسير وهي:-

الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي[٤].

---

(١)الأهواني، حسام الدين كامل، (١٩٩٥)، **النظرية العامة للالتزام**، الجزء الأول، ط٢، دار النشر (لا يوجد)، ص٢٧٥.

(٢) سوار، محيي وحيد الدين، (١٩٩٧)، **النظرية العامة للالتزام**، جامعة حلب ، ص٣١٢.

(٣)انظر المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص ١٨٣.

(٤)انظر المادة (١٥٩) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وكذلك المادة (٢/٢١٤) من القانون المدني الأردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أمـــا إذا وجـــدت قرينة مانعة عن إرادة المعنى الحقيقي كما لو كانت غير ممكنة لجاز حمل اللفظ على المجاز. فلو أمن شـــخص على حياته لمصلحة أولاده ومات ولم يكن له ولد من صـــلبه بل له أحفاد، فإن إرادة المعبى الحقيقي متعذرة لعدم وجودهم فصـــار إلى المجاز وهو الأحفاد، فلفظ ولد ينصـــرف إلى ولد الولد عند عدم وجود الولد الصلبي، وبالتالي يصرف إليهم مبلغ التأمين. [١]

لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح[٢]. فلا يمكن الأخذ بالتعبير الضمني إلا عند عدم وجود التعبير الصريح، فإن وجد تعبيران أحدهما صريح والآخر ضمني قدم الصريح على الضمني، لأن الدلالة المادية في التعبير الصريح أقوى. دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه بمعنى أن يتم الحكم بالظاهر فيما تعذر الاطلاع عليه، فتناول الملتقط اللقطة بنية ردها لصاحبها شرط لعدم ضمانه لو ضاعت منه بدون تقصير، ولكن بما أن النية يصعب الاطلاع عليها، فيستدل عليها ببعض الدلائل الظاهرة كإعلان الملتقط أنه وجد لقطة[٣].

ثانياً: إمكانية تفسير العبارات الواضحة:

فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة، ومع ذلك يكتنفها الغموض والإبهام بالنسبة إلى حقيقة مدلولها. ومثال ذلك: أن يحل تعارض بين عبارتين واضحتين في العقد الواحد، كما إذا جاء في هذا العقد أن الثمن الذي يلتزم به المشتري هو مائة دينار، ثم جاء في مكان آخر منه أن الثمن ثمانون دينار

---

(١) الســـرحان، عدنان السرحان وخاطر، نوزي،(٢٠٠٨)، **أحكام العقد في الفقه**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،عمان، ص٢٤٣.

(٢)انظر المادة (١٦٠) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(٣)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص ٢٤٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالعبارتان السابقتان واضحتان، لو نظرنا إلى كل منهما على حدة، ولكن بتقريب إحداهما من الأخرى، يظهر غموض في حقيقة المقصود منهما. وهنا نكون بحاجة إلى تفسيرهما، لنتعرف على حقيقة ما ارتضته الإرادة المشتركة[١].

وفي هذه الحالة يجب الاعتداد بالقصد الحقيقي للمتعاقدين، وعدم الاعتداد بالتعبير الوارد في العقد، وذلك أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[٢].

وقد عرضت على القضاء الفرنسي قضية يتبين منها أن نص المستند صريح ولكنه يتعارض مع الواقع، فعمدت محكمة الاستئناف إلى البحث عن إرادة الفرقاء عند توقيع العقد. فقد منحت شركة مديرها العام المستقيل مبلغاً من المال على أن يعود نصفه لزوجته بعد وفاته. توفيت زوجته فتزوج أخرى، ولكنه توفي بعد زواجه الثاني فتقدمت زوجته الثانية بطلب إعطائها نصف المنحة العائدة لزوجها تبعاً للعقد الحاصل، إلا أن محكمة الاستئناف ردت طلبها على اعتبار أن المقصود هو زوجته الأولى عند توقيع العقد، وليس عند وفاة الزوج. وقد أيدت محكمة التمييز هذا الحل[٣].

ويلاحظ هنا أنه إذا أخذ القاضي بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة فهو ليس بحاجة لبيان الأسباب التي دعته إلى ذلك، مع العلم أن القاضي يخضع لرقابة محكمة التمييز بشأن التفرقة بين ما يعتبر من العبارات واضحاً وما يعتبر غير واضح، وكذلك لها مراقبة الأسباب التي يبديها القاضي لتبرير خروجه عن العبارات الواضحة[٤].

---

(١) عبد الباقي، عبد الفتاح، **دروس في مصادر الالتزام**، مطبعة نهضة مصر، دون سنة نشر، ص ٢٩٠.

(٢)المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص ١٨٤.

(٣) العوجي، مصطفى، (١٩٩٥)، القانون المدني، الجزء الأول، ط١، مؤسسة بحسون، بيروت، ص٦٥٠.

(٤) السرحان، عدنان و خاطر، نوري، المرجع السابق، ص٢٤٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز أنه: "استقر الفقه والقضاء على أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها، ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه، بشرط أن تبين في حكمها لم عدلت عن الظاهر إلى خلافه، وكيف أفادت تلك الصيغة المعنى الذي اقتنعت به ورجحت، أنه المقصود بالعقد بحيث يتضح في هذا البيان أنها أخذت في تفسيرها باعتبارات معقولة يصح عقلاً ما استخلصته منها"[١].

المطلب الثاني

تفسير العبارات الغامضة

إذا كانت عبارة العقد غامضة أو متناقضة، فلا مناص من تفسير العقد بهدف الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين على نحو ما أشارت إليه المادة (٢/١٦٥)، من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي جاء فيها: "إذا كان هناك محل لتفسير العقود فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

وقد علقت المذكرات الإيضاحية على هذه الفقرة بقولها: إذا كانت عبارة العقد غامضة في دلالتها على حقيقة المعنى المقصود منها، بسبب ما يكتنفها من غموض وإبهام يؤدي إلى تأويلها بحيث تحتمل أكثر من معنى، فلا بد من اللجوء إلى التفسير لتحديد القصد الحقيقي الذي ذهب إليه كل من المتعاقدين، وللقاضي حين أدائه لهذه المهمة أن يأخذ ببعض وسائل التفسير دون الأخرى، إذ أنه غير ملزم بجميع وسائل التفسير الواردة في القانون[٢].

---

(١) تمييز حقوق رقم ٩٩/١٥١٥، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ٢٠٠٠، ص ٢٦٠٩.

(٢)المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص ١٨٤-١٨٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والقاضي في تفسيره لإرادة المتعاقدين لا يقتصر على التعبير الذي اختاراه، وله أن يستهدي بعوامل خارجة عن هذا التعبير، إذ كان من شأنها أن تساعد على تبين إرادة المتعاقدين من نحو مهنة المتعاقد وعلاقته السابقة بالمتعاقد الآخر ، والعقود التي تساعد على تفسير العقد المراد تفسيره والعادات المتبعة والعرف الجاري[١].

أولاً: ماهية غموض التعبير:

يقصد بالغموض حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد، فلا تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين، لتردد العقد بين عدة وجود للتفسير كل منها محتمل، ويتعذر ترجيح وجه على آخر، الأمر الذي يبعث على الشك المبرر للتفسير.

والجوهري في هذا هو كشف الإرادة المشتركة للمتعاقدين، لا الإرادة الفردية لكل منهما[٢]، وهو ما ذهبت إليه محكمة التمييز عندما قررت أنه "من المبادئ المقررة في تفسير العقود أنه إذا لم تبلغ عبارات العقد من الوضوح الحد الذي يدعو إلى عدم الانحراف عن المعنى المقصود بها، فإنه يتعين عند تفسيرها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل موضوع العقد"[٣].

---

(١) السنهوري، عبد الزراق، الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، دون دار نشر وسنة نشر، ص ٩٣٨.

(٢) سلطان، أنور، (٢٠٠٥)، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ص ١٩٧.

(٣)تمييز حقوق رقم (٧٧/١٦٣)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٧٧، ص ١٠٨٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فمبحث الغموض هنا يكون بالتناقض بين الإرادتين الظاهرة والباطنة، ولا عبرة من أين أتى هذا التناقض، سواء رجح إلى الألفاظ بحد ذاتها، أو باتصالها بالإرادة الحقيقية، أو بالتضارب فيما بينها، إذ كل ذلك محصلته النهائية هو الشك.

وغموض الإرادة الحقيقية أمر مفهوم، وهو يقوم عندما ينقطع الاتصال بين اللفظ والفكرة التي يعبر عنها رغم سلامة اللفظ ظاهرياً، مع العلم أن القصد بغموض التعبير فإنه يعني الغموض الناشئ عن مجموع التعبير، أي الإعلان الرئيسي والظروف الخارجية المصاحبة له[١].

فقد يبرم الطرفان العقد دون أن يتحريا الدقة فتأتي الألفاظ غير معبرة عن حقيقة ما أراداه، ويظهر خلاف بينهما عند تنفيذه، فيتمسك كل منهما بتفسيره وفق المعنى الذي يريد، فعندئذ يجب على القاضي تفسير العقد للتعرف على إرادة الطرفين المشتركة، ولا يقصد بالإرادة المشتركة هنا الإرادة الباطنة، وإنما الإرادة الظاهرة التي يمكن التعرف عليها من خلال ما يفهمه كل متعاقد من التعبير عن الإرادة الذي وجهه إليه الطرف الآخر[٢].

وأسباب غموض الإرادة كثيرة أيضاً منها ما يتعلق باستخدام ألفاظ مشتركة لها أكثر من معنى بحيث لا يعرف ما هو المقصود منها، أو استخدام تعبيرات قانونية في غير معناها القانوني الصحيح، بل قد تأتي العبارات واضحة ولكن متناقضة في جزئياتها داخل الشرط الواحد، وذلك بالإضافة إلى حالات الخطأ المادي الذي يمكن أن يقع المتعاقدان فيها أثناء صياغة العقود، وبصدد ذلك تقول محكمة النقض:

---

(١) فودة، عبد الحكيم ، مرجع سابق، ص١٦٢

(٢)السرحان،عدنان وخاطر نوري ، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

"... وما قرره الحكم من ذلك هو تفسير للبند التاسع من قائمة الشروط الملحقة بالعقد لا يخالف الثابت بعبارات هذا البند ولا يخرج عن المعنى الذي يتحمله، ولا يغير من ذلك ورود بعض عبارات يبدو ظاهرها متعارضاً مع تفسيره إذ العبرة بما تفيده عبارات العقد في جملتها لا بما تفيده عبارة بعينها منها، ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل المعنى الذي قصده المتعاقدان من هذه العبارة مستهدفة بالظروف التي أحاطت بها..."[1].

ثانياً: حكم الشرط الغامض

يتعين تنزيه المتعاقدين عن العبث، فلا يجوز افتراض أنهما أوردا بالعقد شروطاً مبهمة لا تؤدي الهدف المقصود منها، وإنما يتعين على القاضي البحث عن الغرض الاقتصادي من الشرط على ضوء الهدف العام من العقد، وذلك بتفسيره على ضوء ما سبقه أو لحقه من شروط واضحة، مع مراعاة الظروف الخارجية للتعاقد، وذلك على نحو ما تكشف عنه الإرادة المشتركة للطرفين.

فإذا وجد الشرط الغامض متعارضاً مع شرط واضح وتعذر التوفيق بينهما، تعين على القاضي إهدار الشرط الغامض باعتبار أن إرادة الطرفين لم تتعلق به حقيقة[2].

ولا شـــك أن خبرة القاضـــي وفطنته وذكاؤه ما هو خير معين له على جلاء غموض الشرط، والوقوف على القصد الحقيقي من إدراجه بالعقد.

([1])دواس، أمين،(٢٠٤)، المصـــادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، ط١، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، ص١٩٧.

([2])نقض مدني رقم (٧٢/١٦٦)، المكتب الفني، السنة الثالثة والعشرين، ١٩٧٢، ص ١٠٦٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

تفسير عقود الإذعان والعقود النموذجية

حرص المشـــرع دائماً على أن تكون إرادة المتعاقدين حرة غير مضـــللة، ولا واهمة فنزهها عن الإكراه، كما حرص على رعاية المتعاقد المذعن في عقود الإذعان وكذلك في العقود النموذجية[١].

أولاً: تفسير عقود الإذعان:

نصت المادة (٢٤٠) من القانون المدني الأردني، والمادة (١٦٦) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه:-

١. يفسر الشك في مصلحة المدين.

٢. ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن".

وهذه القاعدة مأخوذة من الفقه الغربي، ولكن يمكن الوصول إليها باتباع قواعد التفسير في الفقه الإسلامي[٢]، بمعنى أنه إذا تعذر على القاضي إزالة ما يكتنف عبارات العقد من غموض والتعرف على نية المتعاقدين، فإن الغموض يفسر لمصلحة المدين، وهذه القاعدة يمكن ردها إلى أن الأصل هو براءة الذمة.

---

(١) فودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص١٦٣.

(٢) سوار، محيي وحيد الدين، (٢٠٠١)، **الاتجاهات العامة في القانون المدني**، ط٢، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص١٠٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإذا ادعى الدائن ما يخالف هذا الأصل تعين عليه إثبات ادعائه بإقامة الدليل على وجود الدين وعلى مدى التزام المدين، كما يمكن رد هذه القاعدة كذلك إلى الاعتبارات العملية التي توجب رعاية المدين باعتباره الجانب الضعيف في العقد[١]. وتقوم هذه القاعدة على ثلاثة ركائز تتظافر كلها في إقرارها وهي[٢]:

- اليقين لا يزول بالشك. فإذا كان هناك شك في مديونية المدين، فاليقين أنه برئ الذمة ولا يزال هذا اليقين بالشك.
- الأصل بقاء ما كان على ما كان. وبراءة الذمة تسبق المديونية لأن الإنسان يولد برئ الذمة، فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين.
- الأصل براءة الذمة. فيفترض فيمن يدعى عليه بالدين أنه برئ الذمة حتى يقيم من يدعي الدين الدليل القاطع على أن له دين في ذمته، وإن كان هناك شك في مديونية المدين استصحبت براءة ذمته وفسر الشك في مصلحته.

ولكن لابد من ملاحظة أنه إذا كان الشك يحوم حول شرط في الالتزام ذاته، يتصور أن يكون تفسير هذا الشرط لصالح الدائن في الالتزام إذا كان من شأن أعمال الشرط الإضرار به. فلو اتفق الدائن بالتعويض (المضرور)، مع المدين بالتعويض (محدث الضرر)، على إعفاء المدين من المسؤولية العقدية، وثار شك حول حلول الشرط القاضي بهذا الإعفاء في وجوده، أو مداه فمن المقرر فقهاً وقضاءً أن يفسر الشك لمصلحة المضرور الدائن، لا لمصلحة محدث الضرر المدين[٣].

---

(١)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص٢٤٦

(٢) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص٢٠٦.

(٣) الفار، عبد القادر، **المذكرات الإيضـــاحية للقانون المدني الأردني**، المكتب الفني لنقابة المحامين. الأردنيين . الجـــزء. الاول. عمان . مطبعة التوفيق . ص ١٥٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا كان هناك شـــك في قدر العين المؤجرة يفســـر في مصـــلحة المؤجر لأنه المدين بتســـليم العقد المؤجرة، وإذا ثار شك حول طريقة الوفاء بالأجرة فيفسر في مصلحة المستأجر لأنه المدين بها، وكذلك إذا اتفق في العقد على أن يفي المدين بدينه في شهر معين، يكون له أن يفي بالدين حتى آخر يوم في الشهر المحدد في الاتفاق، ولا يجوز للدائن أن يلزمه بالوفاء في اليوم الأول، وإذا أثار شك في وجوب إعذار المدين، فسر الشك في مصـــلحته ويجب إعذاره[١]. وإذا كان لشخص على آخر عدة ديون من جنس واحد وكانت كلها حـــالة وقام المدين بوفاء جزء منها واختلف الطرفان في تحديد الدين الذي وفى به المدين، فإن المدين هو الذي يحدد هذا الدين، سيما إذا كان أحد الدينين بفائدة والثاني بدون فائدة[٢].

ومع ذلك فقد استثنى المشرع من حكم هذه القاعدة عقود الإذعان حيث أكد على أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن، ومعنى هذا أن تفسير العقد ذو العبارات الغامضة يجب أن يفسر دائماً لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائن أو مدين.

---

(١) السرحان، عدنان السرحان وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص٢٤٨.

(٢)المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص١٨٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولعل السبب في ذلك هو أن الطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف بالعقد إنما يسلم بشروط الطرف الآخر، ولذلك فإن الغموض بأي من هذه الشروط يجب أن لا يفسر لمصلحة الطرف الذي وضعه، وإنما يراعى في تفسيره مصلحة الطرف الذي كان قبوله متمثلاً بمجرد التسليم به[١].

وقد تأثر القضاء الفرنسي بهذا الحظر، فأصدر العديد من الأحكام التي تثبت هذه الوجهة، معتمداً في ذلك على أمور ثلاثة: أولها: الطبيعة وظروف كل دعوى، ثانيها: الهدف الذي ابتغاه المشرع وهو مراعاة مبادئ العدالة وحماية الطرف الضعيف. ثالثها: طبيعة تكوين هذه العقود، وافتقاد الرضا الحقيقي الكامل فيها، خاصة فيما يتعلق بعقود التأمين.

ومن هذا المنطلق قضت محكمة السين بجلسة ٢٧ مايو سنة ١٩٦٣، بأن المؤمن الذي يضع قانون العقد يجب أن يتحمل نتائج الغموض الناتج من التحرير المسند إليه، حتى إذا كان المقصود من التفسير تحديد نطاق التزاماته البحت. فالمحكمة إذ تفسر الغموض ضد شركة التأمين، رغم أنها المدينة في الشرط وذلك بالخلاف لقاعدة المادة (١١٦٢)، مدني فرنسي التي تقتضي تفسير الشك لمصلحة المدين[٢].

---

(١) الذنون، حسن علي والرحو، محمد سعيد، (٢٠٠٢)،**الوجيز في النظرية العامة للالتزام**، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ص٢٠١.

(٢)دواس، أمين، المرجع السابق، ص٢٠٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى ضرورة إعطاء قضاة الموضوع سلطة رحبة حيال تفسير عقود الإذعان، من أجل مراقبة الشروط التعسفية التي تضمنتها هذه العقود، وذلك بحثاً عن العدالة إلى الحد الذي يمكن معه تعديل الشرط التعسفي[١].

ومع ذلك فإن البعض يتخوف من إعطاء القاضي سلطة في تفسير شروط عقد الإذعان لما يؤدي إليه ذلك من التحكم وإحداث الاضطراب قائلاً: "إن إعطاء سلطة إعادة النظر في شروط العقد على أساس نظام خاص لتفسير عقود الإذعان طريقة لها أخطارها المخفية، وتنطوي على عدم حكمة؛ لأن ذلك يهدم توازن العقد ، ويحدث الاضطراب في العلاقات الاقتصادية كسلطة تحكمية"[٢].

ولكن لا شك أن هذا الرأي غير سليم، إذ إن تحكم الموجب في عقد الإذعان أخطر من تحكم القاضي على منصة القضاء، إذ إن الأول لا رقيب عليه بصفته المحتكر القانوني أو الفعلي للسلعة أو الخدمة. أما الثاني فيخضع لرقابة محكمة النقض من خلال أسبابه.

ثانياً: تفسير العقود النموذجية:

لم يضع المشرع الفرنسي نصوصاً خاصة تحكم تفسير العقود النموذجية، أياً كان نوعها سواء أكانت عقود إذعان أم كانت عقود مساومة، ولذلك يطبق في هذا الصدد القواعد العامة التي تحكم تفسير العقود بشكل عام.

---

(١) فودة، عبد الحكيم ، المرجع السابق، ص٤٢٧

(٢) فودة، عبد الحكيم، المرجع السابق، ص٤٣٠

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي مصـــر أيضاً لم ينظم المشرع المصري العقود النموذجية بوجه عام، ولكنه وضع نصوصاً خاصة تحكم تفسير نصوص نوع معين من هذه العقود، وهي عقود الإذعان، ولا تنطبق هذه النصوص الخاصة على غير تلك العقود.

- **العبرة بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين**

قد لا تعبر العقود النموذجية عن حقيقة إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما، لذا كان على قاضي الموضوع أن يبحث عن الإرادة الحقيقية لكل متعاقد دون التقيد بالبنود المطبوعة في تلك العقود. فإذا ثبت لدى محكمة الموضوع اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين يتعارض مع الشروط المطبوعة وجب تغليب هذه الإرادة، ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض[١].

وقد قضـــت محكمة النقض المصـــرية تطبيقاً لذلك بأنه: "إذا استعمل المتعاقدان نموذجاً مطبوعاً للعقد، وأضافا إليه ـــ بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى ـ شروطاً تتعارض مع الشروط المطبوعة، وجب تغليب الشروط المضافة باعتبارها تعبر تعبيراً واضحاً عن إرادة المتعاقدين"[٢].

- **سلطة قاضي الموضوع في تفسير العقود النموذجية:**

اســـتقر القضـــاء الفرنسي على أن تفسير بنود العقود النموذجية يدخل في نطاق سلطة قاضـــي الموضـــوع، ولا تخضـــع في ذلك لرقابة محكمة النقض باعتبار أن هذا الموضوع من مسائل الواقع وليس من مسائل القانون.

---

(١) الرفاعي، أحمد محمد،(١٩٩٤)، **الحماية المدنية للمستهلك**، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٣٤٥

(٢) سليم، أيمن سعد، (٢٠٠٥)، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٦٧

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بيـــد أن القضـــاء لم يقف مكتوف الأيدي إزاء البنود المجحفة وآثارها غير العادلة عند التعاقد وفقاً لنموذج العقد، بل أنه ومن خلال الاستناد على المبادئ العامة للعقد مال نحو الطرف الضـــعيف وحماه محققاً بذلك صد الطرف القوي عن ممارسته ، التي تنطوي على حيّل لم تكن معروفة من قبل[١].

وهذه القاعدة مستقرة أيضاً في القضاء المصري، حيث صدرت أحكام عديدة من محكمة النقض المصرية تقضي بأن تفسير بنود العقد بوجه عام –النموذجية وغير النموذجية– من سلطة قاضي الموضوع، لا تخضع في شأنه لرقابة محكمة النقض ما دام لم يخرج في تفسيره عن المعنى الذي تحتمله عباراته[٢].

وعلى الرغم من أن محكمة النقض لا تراقب محكمة الموضوع عند تفسيرها لبنود العقد النموذجي، وبالتالي لا تستطيع أن تعمل على توحيد هذا التفسير، فإن كثرة استخدام العقود النموذجية من شأنه أن يعمل على توحيد هذا التفسير، لأن قاضي الموضوع حينما يفسر بنود العقد يسترشد بما جرى عليه العمل والنية المشتركة للمتعاقدين[٣].

---

(١) طعن مدني رقم (٨٣/٨٣٢)، الســنة القضــائية الثامنة والأربعين، الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٣/٣١، س ٣٤ ص٣٥٥. وكذلك : الطعن المدني رقم ٥٠٠سـنة ٦٠ ق جلسـة ١٩٩١/٥/١٣ س ٤٢ ص ١١٠٣ ، انظر في ذلك،سعيد أحمد شعله ، قضاء النقض المدني في العقـود ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٥، ص ١١.

(٢) الملحم، أحمد عبد الرحمن، (١٩٩٢)، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، **مجلة الحقوق**، جامعة الكويت،السنة السادسة عشر، ص٢٦٧.

(٣)غســتان، جاك، (٢٠٠٠)، **المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد أو آثاره)**، ط١، المؤســسـة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ص٢٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- **تفسير الشك في العقود النموذجية:**

فرق المشـــرع المصـــري بين تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان، والعبارات الغامضـــة في العقود الأخرى، حيث إنه في غير عقود الإذعان يفســـر الشك كقاعدة عامة في مصـــلحة المدين، أما في عقود الإذعان فيكون تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائن أم مدين، وتطبق هذه القاعدة على العقود النموذجية وغير النموذجية[1].

ومن الواضح أن المشرع الأردني والمشرع الفلسطيني قد تأثرا بهذه القاعدة وسارا على نهج المشـــرع المصـــري، وذلك للخصـــوصية التي تتمتع بها عقود الإذعان والتي تتميز بعدم التعادل بين أطراف العقد من الناحية الاقتصـــادية، واحتكار أحدهما لسلعة ضرورية مع حاجة الطرف الآخر إليها، وفيها يوجه الإيجاب للناس كافة بشروط واحدة غالباً ما تكون مطبوعة لا يتيسر على الرجل العادي فهمها، وتدور أغلبها لصالح الموجب.

ثالثاً: القواعد التي يستعين بها القاضي في تفسير العقد:

حتى يتسنى لنا التعرف على تلك القواعد التي يستعين بها القاضي في عملية التفسير، لا بد لنا في هذا المقام أن نتصدى لنوعين من القواعد، قواعد أساسية وأخرى احتياطية. والنوع الأول منها يتعلق بالتفسير الشخصي، سواء باستنباط إرادة المتعاقدين من صلب العقد، وعندئذ تسمى قواعد التفسير الداخلي، أو من خارجه وتسمى بقواعد التفسير الخارجي.

---

(1) نقض مدني رقم (٨٦/٢٠٣٣)، الســـنة القضـــائية الحادية والخمســـون، الصـــادر بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٢٥، ص١٠٤٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أمـــا بـــالنســـبة للنوع الثاني من القواعد (القواعد الاحتياطية)، فهي قواعد للتفســـير الموضوعي، تعمل على تكملة النقص الذي يشوب نصوص العقد وهي المستمدة من القانون أو العرف أو أعمال مفهوم حسن النية والعدالة.

- **القواعد الأساسية للتفسير:**

من المنطق أن يبدأ القاضي – في بحثه عن الإرادة الحقيقية– بالعقد محل النزاع، إذ هو بمثابة الأرض التي تتقابل عليها إرادتا المتعاقدين، لذا يجب البحث عن هذه الإرادة واستخلاصها من صـــلب العقد. وقد تبنى مشـــروع القانون المدني الفلسطيني العديد من القواعد التي تساعد القاضي في تفسير العقد والتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وذلك في المواد ١٥٩ إلى ١٦٤.

١. **قواعد التفسير الداخلي:**

يتوجب على القاضي عند البحث عن النية المشتركة من خلال العقد هو عدم توقفه عند المعنى الحرفي للألفاظ، وذلك تماشياً مع القاعدة أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. فعند البحث في مقصود المتعاقدين لا ينظر إلى الألفاظ التي يستعملها العاقدان بل إلى مقاصدها الحقيقية، لأن المقصود هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة ، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني[١]، ومثال ذلك لو قال شخص وهبتك هذا المال بمائة دينار فيكون هذا العقد عقد بيع لا عقد هبة، ولو قال شخص بعتك هذا الشيء مقابل أن تعطيني شيء آخر فيكون هذا العقد عقد مقايضة لا عقد بيع.

---

(١) سليم، أيمن سعد، المرجع السابق، ص٧١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبناءً عليه لقاضي الموضوع السلطة التامة في فهم نصوص الاتفاقات، وما قصد منها دون التقيد بألفاظها مستهدياً بوقائع الدعوى وظروفها وبحثه عن نية العاقدان يتم دون التقيد بالمعنى اللغوي للألفاظ بحثاً عن حقيقة المقصود. وقد استقرت محكمة النقض المصرية في قضائها أن القاضي إذ يعالج تفسير محررات متبادلة مترابطة ، إنما يعتد بما تفيده جملها لا بما تفيده عبارة معينة من عباراتها.

ومن أصول التفسير المستقاة من الفقه الإسلامي والتي يستعين بها القاضي في التفسير:-

- إعمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل[1]. فإذا لم يكن ممكناً حمل الكلام على الحقيقة يحمل على المجاز، وإلا فإنه يهمل. فلو أمن شخص على حياته لمصلحة أبنائه ومات دون أبناء وكان له أحفاد، يحمل كلامه على المجاز ويستحق الأحفاد مبلغ التأمين، وإن مات وليس له أولاد أو أحفاد فيهمل كلامه ولا يستحق مبلغ التأمين أحد.
- لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح[2]، وهذا يعني أنه إذا تعارض المفهوم صراحة مع المفهوم ضمناً قدم الأول على الثاني، لأن الدلالة المادية في الصريح أبلغ، فمثلاً لو وهب الواهب للموهوب الشيء فقبضه الأخير، فيعتبر أن الهبة صحيحة لأن إيجاب الواهب تم بطريقة ضمنية، ولو نهى الواهب الموهوب له عن القبض صراحة لم يصح قبضه ، لأن النهي الصريح يقدم على الإذن الضمني.

---

(١) الأهواني، حسام الدين كامل، المرجع السابق، ص٢٨٤.

(٢)انظر المادة (١٦١) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وكذلك المادة (٦٠) من مجلة الأحكام.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز محل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي، فلو أوصى لولد زيد فإنه لا يجوز أن تكون الوصية لولد ولده إن كان له ولد من صلبه، فإن لم يكن له ولد من صلبه استحق ولد الابن[١].
- ذكر بعض مال يتجزأ كذكره كله[٢]، فلو ترك الشفيع شفعته بنص المشفوع فيه وطلب النصف الآخر سقط حقه في الشفعة، لأن حق الشفعة لا يتجزأ.

المطلق يجري على إطلاقه، ما لم يقم الدليل على التقييد نصاً، أو دلالة فسمسار الأراضي الذي يتوكل بشراء قطعة أرض لغيره يتقيد بشرائها بالسعر الذي حدده له الموكل أو السعر الذي يتفق ومهمته.

دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه.

وقد تضمن القانون المدني الأردني العديد من القواعد العامة والتي يحتاج إليها القاضي في تفسير العقود وهي مستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية، فيا حبذا لو يتم إضافتها إلى مشروع القانون المدني الفلسطيني حتى يستطيع القاضي الاستعانة بها في عملية التفسير[٣]:-

- الساقط لا يعود كما أن المعدم لا يعود
- إذا سقط الأصل سقط الفرع.
- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

---

(١)انظر المادة (١٦٠) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تؤكد الاعتداد بالإرادة الظاهر.

(٢)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص ٢٤٥.

(٣)انظر المادة (١٠٤١) من مجلة الأحكام العدلية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.
- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.
- الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.
- إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه.

ومع ذلك يرى الدكتور أمين دواس أن المشرع الأردني أورد بعض القواعد تحت عنوان تفسير العقود والتي لا علاقة لها بالتفسير على الإطلاق، ومنها:-

- الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر.
- الضرورات تبيح المحظورات.
- إذا بطل الأصل يصار إلى البدل.
- التصرف على الرعية منوط بالمصلحة.
- من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.
- من استعجل بالشيء قبل أو أنه عُوقب بحرمانه.

فكل هذه القواعد تعتبر من القواعد الفقهية الكلية التي أوردتها مجلة الأحكام العدلية، وقد تم إدراجها في غير مكانها الصحيح كما يقول تحت عنوان تفسير العقود[1].

(1)المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص ٢٤٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢. قواعد التفسير الخارجي:

يجوز للقاضي أن يستعين في تفسير العقد بالظروف الخارجية التي أحاطت بالتعاقد وبالطريقة التي أخذ بها المتعاقدان في تنفيذ العقد، والأصل أن يتم البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بالنظر إلى وقت إبرام العقد وليس في وقت سابق أو لاحق لإبرام العقد، إلا أن سلوك المتعاقدين في تنفيذ العقد هو تعبير عن إرادتيهما التي اتفقا عليها[١].

والظروف المحيطة قد تشمل الظروف المادية المتعلقة بالوقائع المحيطة بعملية التعاقد، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "للقاضي سلطة تفسير الإقرارات والمستندات وسائر المحررات الدالة على نية عاقديها مستهدياً بوقائع الدعوى وظروفها"[٢] ، كما أن محكمة التمييز الأردنية ذهبت إلى أن "القاعدة في تفسير العقود أنه يقتضي على المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار سلوك الطرفين في تنفيذ العقد للاستدلال منه على إرادة المتعاقدين حين العقد"[٣].

ولهذا من المفيد أن يوضح المتعاقدان دور المستندات قبل العقدية في تفسير العقد وذلك إما بالنص على أنها تعتبر من وثائق العقد بحيث يتم الرجوع إليها لتفسير ما غمض فيه، وإما بالنص صراحة على أن العقد يلغي كل ما سبقه ، بحيث لا يجوز الرجوع إليها باعتبار أن العقد يمثل الإرادة النهائية الحقيقية.

---

(١) دواس، أمين، المرجع السابق، ص١٩٨.

(٢) سلطان، أنور، المصدر السابق، ص٢٠٥

(٣)نقض مدني رقم (٨٤/٢٤٠)، السنة الخامسة والثلاثون، الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٥/١٠، ص ١٢٥٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد تكون هذه الاتفاقات سابقة، فعقد الإيجار الأصلي يؤثر إلى حد كبير في عقد الإيجار من الباطن، وقد تكون هذه الاتفاقات معاصرة أو لاحقة لعملية التعاقد، فبيع الأب عقار لابنه يمكن أن يعتبر وصية مع احتفاظ الأب بالانتفاع بالعقار الحصول على الثمار.

هذا ويمكن أن يستعان بالتفسير ليس فقط بالاتفاقات وإنما بمحرر صادر من أحد المتعاقدين إلى الطرف الآخر سواء قبل أو بعد العقد محل التفسير إذا كان من شأن المحرر أن يفسر نية المتعاقدين[١]، فهذه وإن كانت جميعها ظروف خارجة عن العقد، إلا أنها قد تفيد القاضي في الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين.

وأخيراً تجدر الإشارة أن القاضي يستطيع الاستعانة بالقرائن والشهود لتفسير بنود العقد وفقاً للظروف المحيطة به ولكن لا يجوز له الاستعانة بخبير لتفسير العقد؛ لأن دور الخبير يقتصر على المسائل الفنية في حين أن تفسير العقد مسألة قانونية يفترض في القاضي أن يكون على علم بها[٢].

٣. القواعد الاحتياطية للتفسير:

لقد وضع المشرع أمام القاضي بعض الضوابط التي يتعين عليه أن يسترشد بها في تبين إرادة المتعاقدين المشتركة، كطبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.

---

(١)تمييز حقوق رقم (٧٧/٣٢٦)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٧٨، ص ١٤٠.

(٢) الأهواني، حسام الدين كامل، المرجع السابق، ص٢٩٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على أن هذه الأمور ليست كافية لكي يبين القاضي من خلالها حقيقة ما قصده المتعاقدان، ومن ثم فإنه يمكن للقاضي أن يستعين بالقواعد الأخرى التي لا تتعلق بالعقد وإنما يستعان بها لتفسيره[1].

لذلك جاءت الفقرة الثالثة من المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي، تشير إلى ضرورة أن يكون تنفيذ العقود بحسن نية. كما جاءت المادة (١١٣٥)، ونصت على المعايير الموضوعية التي يهتدي بها القاضي في سد النقص في العقد، أو إيضاح ما غمض منه، وهي القانون والعرف والعدالة.

(1) دواس، أمين، المرجع السابق، ص٢٠٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع

مبدأ حسن النية

يقصد بهذا المبدأ تلك النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع، أو القصد السوي، أو الصراحة، فالنية الحسنة تصد سوء النية والغش والرغبة في الإضرار بالغير، وهذا المبدأ ذو مفهوم واسع يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير.

والحقيقة أن هذا المبدأ ليس مقصوراً على تنفيذ العقد إلا أنه مطلوب حتى قبل إبرام العقد، عند إجراء المباحثات التمهيدية بتجنب عدم الجدية، لتحاشي الإضرار بالطرف الآخر، كما هو مطلوب أيضاً حال التعاقد بعدم تصيد بعض التعبيرات الخاطئة التي استعملها الطرف الآخر في التعاقد بحسن نية. وهو المطلوب كذلك في تفسير العقد، فإذا شجر خلاف بين الطرفين أثناء التنفيذ باعتباره المحك الحقيقي لشروط العقد على أرض الواقع، تعين على القاضي الرجوع إلى هذه الشروط لمعرفة نية الطرفين المشتركة ليكون وفق هذه النية[1].

وتأكيداً لهذا المبدأ ذكر الفقيه الفرنسي الأستاذ جورف حين قال إن تفسير التصرفات القانونية بحسب النية يعني – قبل كل شيء ـــــ البحث عن النية الحقيقية للطرفين واحترامها، وكما هو معروف أن حسن النية مفترض، وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، كما يترك لقاضي الموضوع مسألة استخلاصها من وقائع الدعوى.

---

(1) منصـــور، أمجد محمد، (٢٠٠١)، النظرية العامة للالتزامات، ط١، دار الثقافة للنشـــر والتوزيع، عمان، ص١٦٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الخامس

القانون (التشريع)

القانون كمجموعة قواعد ملزمة منها ما هو آمر يحظر على الأفراد مخالفة أحكامه ومنها ما هو مقرر والمقصود هنا هو القوانين المفسرة أو المكملة لإرادة الأفراد، ويقصد بالقوانين المفسرة تلك القوانين التي توضح كيفية فهم التعبيرات الغامضة أو غير المحددة عندما يتعذر تحديد المعنى الذي يقصده طرفا التعاقد منها، أما القوانين المكملة فيقصد بها تلك القوانين التي تكمل سكوت الطرفين، بإضافة بعض الشروط التي تكون مفهومة ضمناً من المتعاقدين.

وإن كان التفسير القانوني يعد تدخلاً في عمل القاضي، إلا أن فائدته تمحو ذلك لما له من دور كبير في المجال الاقتصادي إذ يؤدي إلى تسهيل المعاملات الأكثر شيوعاً في الحياة الاقتصادية، بالإضافة إلى أنه يخفف من عدد القضايا التي كان من الممكن أن تزدحم بها المحاكم في حالة عدم وجوده. هذا وإن كان لا ينطبق على غير العقود المسماة إلا أن العرف الجاري خير معين له في هذا الصدد[1].

([1]) فودة، عبد الحكيم، المرجع السابق، ص١٥٦-١٥٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب السادس

العــرف

العرف هو عبارة عن قواعد عامة متداولة ومعروفة من الجميع يلتزمون بها باعتبارها المعبر عن إرادة جماعية تمثل العدالة في التعامل على غرار النصـــوص التشـــريعية، وقاضي الموضوع مدعو لان يعتد به باعتبار أنه تُفترض معرفة الفرقاء به وإن لم يحيلوا العقد عليه أو يذكروه فيه.

وعملياً يلجأ القاضي للعرف لاستكمال العقد أو لتفسيره أو لإعطاء الموجبات مضمونها المتعـــارف عليه أو لتحديد الموجبات الفرعية أو الثانوية، عندما لا يقوم العقد على الإيضـــاح الكافي حول هذا الموضـــوع أو أن ذلك كان غائباً كلياً عن العقد ولا ســـيما إذا كان العقد بين ممتهنين[١].

وإذا كـــان العقد قد نشـــأ في جهة على أن ينفذ في جهة أخرى، وكان لكل من الجهتين عرف يناقض الآخر، فإن القانون الفرنسي يحدد عرف الجهة التي نشأ فيها العقد، ولكن ليس هذا ضـــرورياً؛ لأن المشرع اعتبر أن العقد ينفذ في الجهة التي نشأ فيها، فإذا اختلفت الجهتان فإن القاضي ينظر أي عرف أحق بالتطبيق وقد يكون عرف الجهة التي ينفذ فيها العقد[٢].

وأما العرف الجاري في المعاملات فيقصد به كل سنة جرى عليها العمل بين المتعاقدين نفسيهما أو بين المتعاملين نفسيهما، أو بين المتعاملين في طراز العقد الذي ارتبط به المتعاقدان على نحو يجعل منها شرط ضمني مفهوم في التعامل، ومن ذلك ما جاء في المادة (٢/٨١٠) مدني

---

(١) فودة، عبد الحكيم، المرجع السابق، ص١٦١.

(٢)العوجي، مصطفى، المرجع السابق، ص ٦٥٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أردني، في شأن تحديد أجر العامل من أنه "إذا لم يكن الأجر مقدراً في العقد كان للعامل أجر مثله طبقاً لما جرى عليه العرف[1].

(1)السنهوري، عبد الرزاق، المرجع السابق، ص٩٤٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب السابع

العدالة

تلعب العدالة دور هام في تفسير العقود، حيث يفترض أن المتعاقدين قد تعاقدوا تحت سيادتها وأنهما قد ابتعدا عن الوسائل غير المشروعة في التعاقد كالغش والتدليس والصورية، وسلكا الطريق المألوف له والذي يسلكه عامة الشرفاء من الناس الذين يتوفر لديهم الإحساس بالعدالة وتجنب الإضرار بالآخرين.

وتهدف العدالة إلى تحقيق المساواة بين الأفراد، على نحو يقيم التوازن بينهم، فلا يحصل الإنسان إلا على ما يستحقه، إذ لا مجال للإضرار بالغير والإثراء على حسابه، كما يجب أن تسيطر على العقد في جميع مراحله سواء بالمحادثات السابقة عليه، أو عند إبرامه أو تنفيذه، فتخفف بذلك من جمود القانون أو تتلافى ما به من ثغرات[١].

ويندر ما يصرح القضاة في أحكامهم باستنادهم للعدالة، والغالب أن يستشف ذلك من بين السطور، والقاضي يلجأ إليها في تفسير العقود إذا لم يتمكن من استيضاح النية المشتركة للمتعاقدين فلم يستطع الكشف عنها باللجوء للعناصر الداخلية والخارجية للعقد، حيث يلجأ القاضي إلى العدالة ليستلهم منها حل النزاع القائم وإعطاء الحل الأكثر عدالة والمتفق مع القانون والمنفعة المشتركة.

---

(١) سلطان، أنور، المرجع السابق، ص١٩٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثامن

سلطة محكمة التمييز (النقض) في مراقبة تفسير العقود

أولا: القاعدة العامة:

تتقيد محكمة التمييز في رقابتها على قاضـــي الموضـــوع بقاعدة عدم جواز التعرض للوقائع وبحث الموضوع، فالأصل أن القاضي في استخلاصه للإرادة المشتركة للمتعاقدين يقوم بمسألة واقع، وبالتالي لا رقابة عليه من محكمة التمييز طالما كان قضاؤه في ذلك سائغاً مستنداً إلى وقائع حقيقية٨٤، فقاضـــي الموضوع يتمتع هنا بسلطة تقديرية إزاء بحثه لمسائل الواقع في مجال تفسير العقد، فلا يخضع في شأنها لرقابة محكمة التمييز (النقض) [١].

وتنحصـــر مســـائل الواقع فيما يجريه قاضي الموضوع من بحث للاستدلال على النية المشـــتركة لطرفي العقد، وتقديره للمعايير الموضوعية التي يستعين بها في الكشف عنها، وهي حســـن النية والعرف والعدالة والأمانة والثقة المتبادلة بين المتعاقدين. وإذا أخطأ القاضـــي في استخلاصه للنية المشتركة، أو أساء فهم أي معيار من هذه المعايير، فإن خطأه في هذا الشأن يعد خطأ في الواقع ولا رقابة عليه من محكمة النقض، إذ يخطئ في فهمه لشـــروط العقد، وهو بهذا يخالف العقد وليس القانون. ومحكمة النقض تراقب سلامة وتطبيق القانون فقط[٢].

وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية هذا المبدأ بقولها، أن تفســـير العقود هو من صلاحية محكمة الموضوع التي من واجبها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون التوقف عند المعنى

---

(١) فودة، عبد الحكيم، المرجع السابق ، ص ١٧٩– ١٨٠.

(٢) سلطان، أنور، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحرفي للألفاظ، مع الاســـتهداء في ذلك بطبيعة التعامل بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات[١].

وجاء في أحكامها أيضاً ، أن لمحكمة الموضوع أن تستدل من سلوك المتعاقدين في تنفيذ العقد على مقاصدهما والتعرف على إرادتهما توصلاً لتفسير العقد تفسيراً صحيحاً[٢].

وفي مصر وفرنسا استقر على قضاء النقض على إعطاء قضاة الموضوع السلطة التقديرية في تفسير شروط العقد للوقوف على النية المشتركة للطرفين، بلا رقابة عليهم من محكمة النقض، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية:-

"إذا كان ذلك وكان لمحكمة الموضـــوع الســـلطة المطلقة في تفســـير العقود والشروط المختلفة عليها، بما تراه أوفى لمقصـــود المتعاقدين، مســـتعينه في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابســـاتهـــا ولا رقابة عليها لمحكمة النقض في ذلك متى كان تفســـيرها تحتمله عبارة هذه الشروط، ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها، فإن النعي لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً، مما لا يصـــح التحدي به أمام محكمة النقض"[٣]. وبهذا الشـــأن قررت محكمة النقض المصرية ايضـــا بقولها : " المقرر في قضاء محكمة النقض أن لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تفسير العقود وســـائر المحررات بما يراه أوفى بنية عاقديها أو أصحاب الشأن فيها، مستهديا مستهديا بوقائع الدعوى وظروفها دون رقابة من محكمة النقض في ذلك ما دام لم يخرج في تفسيرها عما تحتمله من عباراتها ومفاد ذلك أن لقاضي الموضوع حرية الاخذ بأي معنى يجوز أن تؤدي اليه العبارة محل التفســـير ولا سلطان عليه في ذلك من محكمة النقض إلا أن تتحقق من أن المعنى

---

(١) منصور، أمجد محمد، المرجع السابق، ص ١٦٧.

(٢) فودة، عبد الحكيم، المرجع السابق، ص٤٨٩.

(٣)تمييز حقوق رقم (٢٠٠٣/٨٦٥)، الصادر عن محكمة التمييز الأردنية بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الذي اختاره القاضي تحتمله تلك العبارات فإن تحقق لها ذلك فلا معقب لها على قضائه حتى ولو كان ذلك المعنى هو أضعف ما تحتمله من معان؛ لأن هذا الاختيار يدخل في فهمه للواقع، اما إذا اخذ القاضي بمعنى غير ما تحتمله عبارات العقد عند غموضها فعليه بيان مبررات اعراضه عن المعاني الاخرى التي تحتملها العبارة وكيف استخلصها ويخضع قضائه في هذه الحالة إلى رقابة محكمة النقض".[1]

لكن هناك جانباً من الفقه الفرنسي ينتقد محكمة النقض على إطلاقها هذا المبدأ ليسري على كافة العقود، مع أن بعضها وخاصة العقود النموذجية التي تتماثل فيها الشروط يفسرها قضاة الموضوع تفسيرات مختلفة على سند من القول أن ذلك يتفق والنية المشتركة للطرفين، الأمر الذي لا يتماشى أحياناً مع العدالة ومن ثم فإن تدخل محكمة النقض يكون ضروري في مثل هذه الأحوال.

ولكن لابد من الإشارة أخيراً أن قاضي الموضوع وهو يبحث عن نية الطرفين أن يقوم بالتسبيب، أو ينقض حكمه إذا كان مفتقداً لأساسه القانوني، إذا أثبت القاضي تحصيله لإرادة الطرفين، دون أن يكون هناك أية وقائع يمكن استخلاص هذه الإرادة منها، بأن كانت وهمية لا سند لها من الواقع، أو يستحيل عقلاً أن يستخلص منها ما استخلصه القاضي فإن حكمه يكون معيباً بالقصور في التسبيب مما يستوجب نقضه[2].

([1])تمييز حقوق رقم (٨٥/٢٢٠)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٨٥، ص ١٩١١.

([2])نقض مدني رقم (١٩٧١/٦٣)، المكتب الفني، السنة الثانية والعشرون، الصادر بتاريخ ١٩٧١/٣/٢٥، ص ٤٠١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: وسائل مراقبة تفسير العقود:

تستطيع محكمة التمييز (النقض) فرض سلطانها على عمل القاضي فيما يتعلق بتفسير العقود بوسائل مختلفة، ومن ذلك ما يلي:-

١. مراقبة تطبيق القاضي لقواعد التفسير، وتتمثل هذه الرقابة في حالة وضوح عبارة العقد، وفي نقض الحكم إذا انحرف عن العبارة الواضحة، وفي تأكيد وضوح العبارة إذا ادعى الحكم غموضها، وبالنسبة لعقود الإذعان في تحقيق وحدة التفسير بالنسبة للعقود المتماثلة[١].

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية قولها "الأصل في تفسير العقود أن يلتزم القاضي بعباراته الواضحة ولا يجوز له الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين"[٢]. وفي قرار تمييزي آخر يحمل نفس الحكم حيث جاء فيه "وحيث إن المادة ٢٣٩ من القانون المدني، قد نصت صراحة على أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين"[٣].

٢. مراقبة كفاية الأسباب التي يستند إليها قاضي الموضوع في الأخذ بتفسير معين، واستلزم ردها إلى الثابت من وقائع الدعوى.

---

(١)طعن رقم ١٣٩٩السنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢٠، طعن رقم ١٤١٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩١/٠١/٢٠ س ٢ ص ٥٢٣، وطعن رقم ٩٧٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٣١ س ٤٣ ص ١٤٧٣، راجع في ذلك: د. أحمد المليجي، موسوعة الطعون في الاحكام، الجزء الثالث، الطعن بالقض، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٠١

(٢)عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص٤٩٢.

(٣)انظر المواد (٢٣٩ و ٢٤٠) من القانون المدني الأردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣. مراقبة تكييف العقد وتحديد وصفه القانوني؛ لأن بيان طبيعة العقد من مسائل القانون التي لا يستقل بها قاضي الموضوع[١].

هذا وتبرز الرقابة التي تمارسها محكمة التمييز على تسبيب الحكم المفسر للعقد والتي هي من صميم اختصاص اختصاصها من خلال ما يتردد في العديد من أحكام قضاء التمييز المتعلقة بتفسير العقود من عبارات أهمها ضرورة إقامة قضاء محكمة الموضوع على أسباب سائغة لا تتنافى مع نصوص العقد ولا تخرج عما تحمل عباراته[٢].

وقد ورد قرار لمحكمة التمييز اللبنانية بهذا الصدد "أن رقابة محكمة التمييز للتفسير الذي أعطته محكمة الاستئناف للعقد موضوع الدعوى لا تكون ممكنة إلا إذا ثبت أن ثمة تشويه قد أصاب صريح عبارات هذا العقد[٣].

ومن التطبيقات القضـــائية أيضاً أنه تم تمييز الحكم لقصور التسبيب بالنسبة لعقد تأمين شـــحنـــة لحوم منقولة بحراً، وكان تلف اللحوم يرجع إلى عطل في آلات التبريد حيث ألزمت محكمة الموضـــوع شركة التأمين بالتعويض، على الرغم من وجود شرط في عقد التأمين يعفي الشـــركة من المسؤولية بالتعويض عن الخسارة الجزئية الخاصة التي تلحق بالبضائع المشحونة على ظهر السفينة عدا الحالات التي تكون فيها الخسارة.

---

(١)تمييز حقوق رقم (٨٠/٣٦٧)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٨٠، ص ٨٠٩.

(٢)تمييز حقوق رقم (٢٠٠٣/٤١٣٢)، محكمة التمييز الأردنية، بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٢٨.

(٣)عمر السيد أحمد عبد الله، نظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢٠٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نتيجة لغرق السفينة واحتراقها وهو ما لم يكن في الحالة محل الحكم. وقد بينت محكمة التمييز أن محكمة الموضوع لم تتعرض لهذا الشرط حين بحثها للدعوى ولم تدرس وثيقة التأمين بشكل كافي وهو ما يدل على تعيب التسبيب بشكل واضح[١].

ومن هذه المبادئ أيضاً قضت محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم ٨٥/٧٠٣، المنشور بمجلة نقابة المحامين الأردنية سنة ١٩٨٨ بالصفحة ٢٩٠، "استقر الفقه أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أوفى بالمقصود من العقد مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها، ولهذه بهذه السلطة أن تعدل عن مدلولها الظاهر إلى خلافه بشرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغة"[٢].

لقد تبين لنا من خلال الفصل أن تفسير العقد من أهم المسائل التي تثور عند تنفيذه والذي يعتبر المحك الحقيقي لما أراده المتعاقدان، وذلك في حالة الخلاف على العقد من حيث ألفاظه ومعانيه من جهة والإرادة الحقيقية للمتعاقدين من جهة أخرى.

وذكرنا بأن حالة التفسير تكون في أمرين أولهما حالة وضوح العبارة والمقصود هنا وضوح اللفظ والإرادة وهنا لا حاجة للتفسير، وإن فعل القاضي ذلك يكون قد انحرف عن الغاية التي أرادها المتعاقدان وبالتالي ينقض حكمه.

---

(١) النكاس، جمال فاخر، (١٩٩٩)، **الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات**، مجلة الحقوق، السنة الثالثة والعشرون، العدد الأول، جامعة الكويت،ص ٤٥.

(٢) العوجي، مصطفى، المرجع السابق، ص٦٥٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلا أن العبارة تكون واضحة أحيانا ولكنها في الوقت ذاته يكتنفها الغموض والإبهام في حقيقة مدلولها، وهنا تقوم عملية التفسير وعلى القاضي أن يبرر حكمه بالتفسير ويسببه.

أما الأمر الثاني فهو حالة غموض العبارة وهذه الحالة تشمل كافة أحوال حاجة العقد للتفسير، ويقتضي بالنتيجة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والوسائل التي يسترشد بها القاضي للتوصل إلى هذه النية وخصوصا من عبارات العقد سواء الداخلة فيه أو الخارجه عنه والظروف المحيطة به[1].

(1) النكاس، جمال فاخر، المرجع السابق، ص٤٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني:حماية حقوق المستهلك

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة

من المعلوم أن لكل نشاط مجموعة من المفاهيم الأساسية، أو المتعلقة به التي تشكل وحدة تصور متكامل لماهية هذا النشاط وأهدافه ومجالاته. وهذا المحور يحاول إجلاء هذه المفاهيم وإعطاء التصورات العلمية والعملية لها.

مفهوم حماية المستهلك:

إن مفهوم حماية المستهلك مفهوم مركب يستلزم الاحاطة به أن نوضح ببعض المفاهيم المكونة له مثل المستهلك والاستهلاك والحماية.

أما مفهوم المستهلك فقد وردت تعاريف عديدة ومن زوايا مختلفة لمفهوم المستهلك وحسب المجال أو الاختصاص الذي يتناولها. فالمستهلك بالمفهوم العام هو كل من يستعمل بشكل غير مباشرة السلع والخدمات، أو الذي يقتنيها لنفسه أو لغيره.

وبمعنى أخر فان مفهوم المستهلك يشمل كل فرد في المجتمع يسعى لإشباع حاجاته الشخصية (أو بقية أفراد عائلته)، من مختلف السلع والخدمات التي يحتاجها في معيشته سواء أن وصل إلى مرحلة الشراء الفعلي (التعاقد) أو لم يصل اليها، وبالتالي فإن كافة أفراد المجتمع يعدون من جمهور المستهلكين بما فيهم الطفل الرضيع والجنين في بطن أمه والذي يتزود باحتياجاته من خلالها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما من الناحية القانونية وفي إطار نظرية العقد في القانون المدني فينظر إلى المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد، والذي يحتاج إلى حماية قانونية في مواجهة الطرف طرف آخر قوي حيث يعد عقد البيع أهم وسيلة قانونية يلجأ إليها المستهلك لإشباع حاجاته الشخصية من السلع والخدمات،ـــ دون أن تكون لديه نية بإعادة بيعها (المضاربة لتحقيق الأرباح). [١]

أما مؤتمر حماية المستهلك المنعقد في القاهرة عام ١٩٨٢، والمؤتمر المنعقد في ألمانيا في نفس السنة فقد عرف المستهلك " هو مركز جمع الأنشطة القانونية التي أوجدها نفسه بنفسه كشريك في النظام الاقتصادي بعد أن عرف حقوقه ووزنه في السلسلة الاقتصادية وبين شركاته من المنتجين والموزعين[٢]

وقد قام الباحث بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث: المبحث الأول (حقوق المستهلك) وتطرق فيه إلى حق المستهلك في الإعلام، والحق في التثقيف، والحق في الحماية من الدعاية التجارية الكاذبة. أما المبحث الثاني (حماية المصالح الاقتصادية للمستهلك) فقد تناول فيه الباحث حماية المستهلك من الخداع والغش، والحماية الحزائية للمستهلك من الخداع والغش في التشريعات، وحماية المستهلك من أساليب البيع الحديثة كالبيع بالمنزل والبيغ الإغرائي. أما في المبحث الثالث (الحق في الأمان والحق في التعويض) وقد تناول فيه الباحث حق المستهلك في الأمان وحقه في التعويض والحماية الإجرائية وكذلك التوجيه الأوروبي الخاص بضمان السلامة والحماية الإجرائية.

---

(١) الربيعي، ليث، دور مركز بحوث الســوق ومنظمات المجتمع المدني في حماية المســتهلك، **مجلة دراسات قانونية** ، بيت الحكمة ، بغداد ، عدد ٢٠٠٢.

(٢) عبد المنعم، مرفت، (١٩٩٦)، **الحماية الجنائية للمستهلك** ، القاهرة، ص ٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول: حقوق المستهلك

قاد التطور العلمي الكبير الذي شهده العصر الحديث إلى ظهور الأصناف المتماثلة والمتنوعة من السلع والخدمات الاستهلاكية التي لم تكن معروفة من قبل. هذه السلع والخدمات يقدمها مهنيون يتمتعون بمركز اقتصادي قوي، بينما يكون المستهلكون في أغلب الأحيان أقل مقدرة وخبرة، ولا يستطيعون بالتالي الحكم على جودة السلع والخدمات المعروضة عليهم، واختيار الأصلح من بينها. الأمر الذي استدعى التدخل لإنارة إرادة المستهلكين، بداية بالاعتراف لهم بالحق في الاختيار، هذا الحق الذي لا يسهل تحقيقه إلا إذا تم توفير المعلومات الكافية عن السلع والخدمات، وهو ما يتحقق من خلال الاعتراف بحق المستهلك في الإعلام (المعرفة) وحقه في التثقيف وحمايته من الدعاية التجارية الكاذبة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول

الحق في الإعلام

تضـــمن التشـــريعات الحديثة وصـــول المســـتهلكين إلى المعلومات الوافية عن السلع والخـــدمات، بشـــكل يمكنهم من الاختيار الواعي بينها وفقاً لرغبات واحتياجات كل منهم، كما تضـــمن توعية وتثقيف المستهلكين، حيث إن كثرة البضائع وتعدد أصنافها في العصر الحاضر يصـــعب على المســـتهلك عملية الاختيار. فالشخص باعتباره مستهلكاً غالباً ما يفتقد الخبرة أو القدرة على التمييز بين ســـلعة وأخرى، من حيث جودتها أو الفائدة التي تتضمنها أو متانتها أو قدرة تحملها وما إلى ذلك، خاصـــة عندما لا يتم تزويده بمعلومات كافية. وبهذا يصطدم بمشكلة الاختيار الســـليم الناتجة عن عدم المعرفة الصـــحيحة بحقيقة الســـلع والخدمات المعروضة[1]. ومشـــكلة الاختيار السليم من قبل المستهلك تزداد حدة إزاء تزايد البدائل المتشابهة التي عليه أن يختار من بينها. مثال ذلك، عندما يعرض المهنيون ملابس مكونة من ألياف صناعية أو نايلون مشـــابهة لتلك المصـــنوعة من نسيج القطن أو الصوف أو الحرير. فإذا لم يكن المستهلك مزوداً بمعلومات كافية عن خصائص هذه الأصناف، فإنه قد يشتري ثوباً مصنوعاً من ألياف صناعية باعتباره مصنوعاً من الصوف.

من العوامل التي تزيد من حيرة المســـتهلك وتتحكم باختياره تلك الأساليب الدعائية التي يقوم بها المهنيون للإعلان عن السلع والخدمات وترويجها.

---

(1) هيكل، السيد خليل، **نحو القانون الإداري للاستهلاك في سبيل حماية المستهلك** ، ص ١٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالمســـتهلك غالباً ما يجد نفسه محاصراً بإعلانات عبر وسائل الإعلام المختلفة، سواء كانت مسموعة أو مرئية. هذه الإعلانات تجذب المستهلك عن طريق إيراد المزايا الجيدة للسلعة دون ذكر أي شئ عن المساوئ والأضرار التي قد تحدثها. وهنا تبرز أهمية الاعتراف للمستهلك بالحق في الإعلام (المعرفة) والحق في التثقيف، بالإضـــافة إلى حماية مصالحه الاقتصادية من خلال ضمان المنافسة المشروعة ومنع الاحتكار.

الالتزام بالإعلام وفقاً للقواعد العامة

يتطلب مبدأ الرضـــائية في العقود رضاء المتعاقدين بشروط التعاقد، خاصة تلك المتعلقة بمحل العقد. فلكل عقد محل يقوم عليه، ومحل العقد هو الشيء الذي يلتزم المدين (المهني) القيام بـــه. وهو إمـــا أن يكون التزامـــاً بنقـــل حق عيني أو التزامـــاً بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل[١].يشـــترط المشرع في محل العقد أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود وأن يكون مشروعاً وقابلاً للتعامل به بالإضافة إلى كونه معيناً أو قابلاً للتعيين[٢].ما يهمنا هنا هو الشرط الثالث وهو شرط التعيين أو قابلية المحل للتعيين، لأنه العنصر الأساسي الذي ينصب عليه التزام الإعلام من المدين (المهني) للمشـــتري (المستهلك)، إذ أن تعيين المحل يمّكن المستهلك من التحقق من قيام المهني بتنفيذ ما التزم به ضمن شروط العقد.

---

(١) المادتان ١٥٧ و ١٥٨ من القانون المدني الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٧٦.

(٢) المواد ١٩٧ – ٢٠٠ والمواد ١٥٩ – ١٦١ من مجلة الأحكام العدلية (القانون المدني النافذ في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالرجوع للقواعد العامة، نجدها تقضي بأنه إذا كان الشيء محل العقد معيناً بالذات، فإنه يجب أن يتعين بمميزاته الذاتية، وأن يكون هذا التعيين واضحاً نافياً للجهالة من حيث نوعه وكميته وأوصافه الأساسية. أما إذا كان معيناً بالنوع، فيجب أن يتم تعيين نوعه ومقداره وجودته، وبالتالي يجب على المهني إعلام المستهلك بكل هذه الأمور عند إبرام العقد[١].

كما نتلمس وجود واجب الإعلام الملقى على عاتق المهني في الالتزام بالضمان بالنسبة للعيوب الخفية، إذ تلقي القواعد العامة عبء إعلام المستهلك بالعيوب الكامنة في محل العقد على عاتق البائع (المهني)، وإلا اعتبر مسئولاً عنها وضامناً لها على أنها عيوب قديمة، وبالمقابل تعطي المستهلك الحق في الخيار إما برد المبيع أو الإبقاء عليه بثمنه المسمى[٢].

إلا أن القواعد العامة التي تعالج موضوع إعلام المستهلك قاصرة عن توفير الحماية المطلوبة، لأنها لم تلزم المهني بتحديد أوصاف المحل (السلعة أو الخدمة). وبهذا، يمكن للمهني أن يسلم سلعة أو يقدم خدمة من ذات النوع المتفق عليه، لكن بعد إجراء ما يشاء من التعديلات عليها، دون أن يكون للمستهلك أن يعترض على ذلك، حتى ولو أدى ذلك إلى الإضرار به. كما في حالة تعاقد المستهلك مع شركة سيارات، فإن البائع يستطيع أن يسلم للمستهلك سيارة من ذات النوع مع إجراء ما يشاء من التعديلات على تصميمها أو على أوصافها الداخلية. يضاف إلى ذلك، أن القواعد العامة لا تسمح للمستهلك سوى بالتمسك بعدم تعيين المحل تعييناً كافياً أو نافياً للجهالة، وعليه في سبيل ذلك إثبات أن الشروط التي وضعها المهني تؤدي إلى تجهيل محل العقد (السلعة أو الخدمة) وهو ما لا يتيسر عملاً.

---

(١) المادة ٢٠١ من مجلة الأحكام العدلية، والمادة ١٦١ من القانون المدني الأردني.

(٢) انظر في ذلك المواد ٣٣٥-٣٣٦ من مجلة الأحكام العدلية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإن استطاع إثبات ذلك، فإن العقد يكون باطلاً طبقاً للقواعد العامة، وهو ما لا يتفق دائما مع مصلحة المستهلك، الذي قد يفضل الإبقاء على العقد بالرغم مما فيه من جور بدلاً من أن يحرم من السلعة أو الخدمة.

وحيث أن إنتاج السلع قد تطور في الوقت الحاضر، وتطورت تبعاً لذلك خصائص السلع والخدمات لدرجة يصعب على المستهلك العادي اكتشاف حقيقتها بالمشاهدة العادية ضمن خبرته المحدودة، فإنه لا يبقى أمام المستهلك سوى أن يثق في مقدم السلعة أو الخدمة، ليقوم بتعريفه بأدق التفاصيل الفنية للسلع والخدمات بالإضافة إلى الغرض منها والمدى الزمني لصلاحيتها. إلا أنه لا يمكن الركون إلى ذلك، ولابد من وجود التزام قانوني يحقق الحماية للمستهلك في هذا الجانب.

لقد عالج الفقه والقضاء الفرنسيان هذه المسألة بواسطة إلقاء واجب الالتزام العام بالإعلام على المهني[١]، الذي يتعين عليه الإفضاء للمستهلك بكافة المعلومات المتوفرة لديه عن السلعة أو الخدمة، سواء تلك المتعلقة بالطريقة الصحيحة للاستعمال، بما يجنب المستهلك المخاطر المترتبة على الاســـتعمال غير السليم، أو تلك المتعلقة بالمخاطر الكامنة في السلعة والاحتياطات الواجب إتباعها للوقاية من هذه المخاطر[٢].

---

(١) القيسي، عامر أحمد، **الحماية القانونية للمستهلك**، ص ١١٤.

(٢)تنص المادة ٧ من مشروع قانون حماية المستهلك الأردني على أن: " كل سلعة ينطوي على استعمالها أية خطورة يرفق بها تحذير يبين وجه الخطورة والطريقة المثلى للاستعمال أو الاستخدام ".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فحماية المستهلك لا تتحقق فقط بمعرفة كيفية استعمال السلعة، بل يجب فوق ذلك أن يعلم بمـــا تنطوي عليه من أخطار وكيفية الوقاية منها. فمن يشـــتري، مثلاً، عبوة تحتوي على مبيد حشري، يستطيع الحصول على أفضل النتائج بإتباع طريقة الاستعمال التي يبينها المنتج، ولكنه قد يجهل أن تقريبها من مصدر لهب يمكن أن يؤدي إلى انفجارها[١].

يقع الالتزام بالإعلام بصورة رئيسية على عاتق المنتج، ويرجع ذلك إلى حجم المعلومات المتوفرة لـــديـــه عن الســـلع التي أنتجها. فهو يعرف المعلومات الكاملة والدقيقة عن مكوناتها وخصائصها وكيفية استعمالها والأخطار التي تحيط بهذا الاستعمال. فضلاً عن ذلك، فإن المنتج يمتلك من المعلومات ما يمكنه من إعلام المستهلك بهذه الأمور، سواء بالكتابة على السلعة نفسها أو على غلافها أو بإرفاق نشرات معها[٢].

ومن أهم العقود التي يرد فيها مثل هذا الالتزام عقد البيع الذي يفرض على البائع (المهني) أن يقدم للمستهلك وصفاً دقيقاً للشيء الذي يبيعه، وطريقة استخدامه، وأن يحذره من الأضرار التي قد تنشأ عند استخدامه. فإذا لم يفعل ذلك، كان مسؤولاً عن الأضرار التي تصيب المستهلك. كما ينطبق الالتزام التعاقدي بالإعلام على مقدمي الخدمات، إذ عليهم أن يبينوا لعملائهم (المستهلكين) الأخطار الكامنة التي قد تنجم عن الخدمة التي يقدمونها لهم[٣].

الالتزام العام بالإعلام يقع إذن على كاهل المهنيين، سواء منهم من يعرضون السلع أو يقدمون الخدمات.

---

(١)عامر القيسي، مرجع سابق، ص ١٢٥.

(٢) علي، جابر محجوب، **ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة**، ص ٢٣٨.

(٣) صادق، مرفت عبد المنعم، مرجع سابق، ص١٧٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولكن هذا لا يفي بكل الغرض المطلوب، مما دفع المشرعين في دول كثيرة إلى إنشاء إلتزامات قانونية جديدة. فقد تنبه المشرعون إلى المشكلات الناجمة عن ترك المهني ينفرد بتحرير العقد، فإن ظموا أهم عقود الاستهلاك بتشريعات خاصة تفرض على المهني إدراج بيانات إجبارية لتعريف المستهلك بالشيء المتعاقد عليه معرفة كافية. كما هو الحال في عقود التأمين والعقود المتعلقة بالتصرفات العقارية، وعقود الاقتراض والبيع الائتمانية في فرنسا[١].

كما توجهت بعض الدول، مثل دول السوق الأوروبية المشتركة، إلى حماية المستهلك من خلال توفير البيانات والمعلومات الكافية حول السلعة أو الخدمة المقدمة له. فقد أصدر المجلس الأوروبي في هذا الشأن قراراً في ١٤ إبريل ١٩٧٥، أطلق عليه البرنامج الأول للتجمع الاقتصادي الأوروبي نحو حماية وإعلام المستهلكين. كما صدر قرار آخر عن المجلس في ١٩ مايو ١٩٨١، أطلق عليه البرنامج الثاني للتجمع الاقتصادي الأوروبي من أجل تنظيم حماية وإعلام المستهلكين. وفي ضوء القرارات السابقة استشعرت بلدان السوق الأوروبية المشتركة الحاجة إلى إصدار تشريعات متخصصة يتم النص من خلالها على حق المستهلك في الإعلام الصادق. فقد أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٢٣ بتاريخ ١٠ كانون ثاني ١٩٧٨ ، المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين حول السلع والخدمات المعروضة عليهم. ويلزم هذا القانون المنتجين والتجار وأصحاب الحرف ومقدمي الخدمات بإعلام المستهلكين بموضوع العقد وشروطه.

---

(١) جميعي، حسن عبد الباسط، **اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، ص ١٨٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي الأردن حرص المشرع الأردني على حماية المستهلك من خلال تزويده بالمعلومات الكافية عن حقيقة السلع المعروضة للبيع، وذلك من خلال قانون علامات البضائع (القديم) رقم ١٩ لسنة ١٩٥٣. [١]

المطلب الثاني

الحق في التثقيف

تتضـــمن حماية المستهلك كافة الإجراءات التي يجب اتباعها بواسطة الأجهزة الحكومية والتطوعية والهيئات الصـــناعية والتجارية لزيادة وعي المستهلكين بحقوقهم وسبل الدفاع عنها. ومع أن القائمين على الســـياســـات الحكومية، وكذلك ممثلي المستهلكين، يعترفون بأنه لا يمكن حماية المستهلك من كافة الممارسات التسويقية السلبية، فإنهم يتفقون على أن أفضل دفاع ممكن عنهم إنما يكون من خلال تزويده بالمعلومات الدقيقة عن ما يطرح في الأســـواق من ســـلع أو خدمات، وتعريفه بحقوقه.

لذلك يجب على الجهات الرسمية وضع برامج عامة لتوعية وتثقيف المستهلكين، يكون الهدف منها تمكين أفراد المجتمع من التصرف كمستهلكين حصيفين، قادرين على اختيار السلع والخدمات اختياراً واعياً ومسئولاً[٢].

---

(١) نائل عبد الرحمن، حماية المستهلك في التشريع الأردني، ص ١٠٠.

(٢) جميعي، حســـن، حماية المســـتهلك في مصر بالمقارنة بأوضاع الحماية في دول السوق الأوروبية والشرق الأوسط، ص١٥٢

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويمكن للجهات الرسمية تحقيق ذلك من خلال برامج إعلامية موجهة إلى الأفراد على اختلاف مستوياتهم الاقتصادية والثقافية والاجتماعية، ومن خلال إدخال برامج تثقيف المستهلك إلى المنهاج الأساسي لنظام التعليم في جميع مستوياته، وتشجيع إنشاء أندية حماية المستهلك ، كإحدى الوسائل الفعالة في عملية تثقيف المستهلكين.

وفي هذا الصدد، أعلن ميثاق المجلس الأوروبي لحماية المستهلك بقراره رقم ٥٤٣ الصادر في ١٧ مايو ١٩٧٣، وجوب تعليم المستهلك، وذلك بإدخال مادة تعليم المستهلك ضمن المناهج الدراسية. وكذلك وجوب تعليم الكبار عن طريق وسائل الاتصال المختلفة المقروءة والمسموعة والمرئية. كما أعلن المجلس في ١٤ أبريل ١٩٧٥، أن حماية وتعليم المستهلك يعد هدفاً لكل دولة من الدول الأعضاء، ووضع برنامجاً لهذا الغرض تمت الموافقة عليه في ١٩ مايو ١٩٨١.

وقد حذت بعض الولايات الأمريكية حذو الدول الأوروبية، فعقد مؤتمر في واشنطن في عام ١٩٨١، بخصوص تعليم المستهلك وتعريفه بكل حقوقه. وخلص المؤتمر إلى ضرورة توجيه تعليمات إلى موظفي الإدارات بحسن معاملة المستهلك، وتعريفه بحقوقه وبالجهات التي يجب عليه أن يتجه إليها للحصول على المعلومات اللازمة.

ونتيجة للجهود الرسمية في الدول المختلفة في مجال حماية المستهلك والاهتمام بتثقيفه، أصبح موضوع حماية المستهلك أكثر حيوية وانتشاراً مما سبق. إلا أن الجهود الرسمية لا تكفي في هذا المجال.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالتالي هناك حاجة لمعاون حقيقي للدولة في مهمة توعية وتثقيف المستهلك. وتتجه الجهود حالياً إلى دعم دور جمعيات حماية المستهلكين للقيام بهذا الدور، والحرص على مشاركتها في برامج توفر المعلومات والمعارف الخاصة بالاستهلاك وإرشاد المستهلكين إلى أوجه النفع والتحذير من الأضرار. والحقيقة أن جمعيات حماية المستهلك تلعب دوراً هاماً في هذا المضمار، إذ يأتي إعلام المستهلك وتثقيفه في مقدمة أهدافها[١].كما يشارك القطاع الخاص في فعاليات حماية المستهلك من خلال تصميم وتنفيذ برامج توعية، وذلك بالتعاون مع المؤسسات الحكومية والمنظمات الأهلية[٢].

---

(١) ينص النظام الداخلي لجمعية الإمارات لحماية المستهلك، التي تم تأسيسها في ١٩٨٧/٣/١١ على مجموعة من الأهداف منها: خلق الوعي لدى المستهلك حول السلع والخدمات وعلاقتها بصحته وسلامته، إرشاد المستهلك لسبل التأكد من ملاءمة المواد الاستهلاكية، إجراء الاستطلاعات والأبحاث وإعداد الدراسات المقارنة للسلع والخدمات الاستهلاكية، إصدار النشرات وإقامة المحاضرات في سبيل توعية المستهلكين.

(٢) عبيدات، محمد، (١٩٩٥)، "حماية المستهلك والمفهوم الحديث للتسويق"، مقال منشور في **مجلة حماية المستهلك**، العدد الخامس، ص ٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

الحق في الحماية من الدعاية التجارية الكاذبة

الزيادة الهائلة في الإنتاج والمنافسة الشديدة على التسويق، تؤديان إلى استخدام الطرق الاحتيالية والتضليل في الإعلان، مما دفع دولاً كثيرة إلى تجريم هذا السلوك رغبة منها في تأمين الحماية المطلوبة للمستهلك. وقد توجهت التشريعات الحديثة نحو تجريم المزاعم والإشارات والعروض الزائفة، أو التي لها طابع التضليل أو الإيقاع في الخطأ، بالإضافة إلى تجريم الإعلان الغامض المثير للشك والذي له طابع التضليل المؤدي إلى الخطأ، سواء تعلق ذلك بمحتوى المنَتج أو صفة من صفاته أو في منشأه أو كميته أو سعره أو في النتائج المترتبة على استخدامه[١].

يمكن تعريف جريمة الدعاية التجارية بأنها "كل ادعاء أو زعم أو تأكيد أو إشـــارة أو بيانات أو عرض كاذب أو مضلل، أو ذي طبيعة من شأنها إيقاع المستهلك في الغلط حول حقيقة أو طبيعة أو جودة أو اســتعمال أو مصـــدر أو نوع أو سعر السلعة، أو الخدمة التي هي هدف الإعلان التجاري"[٢].

في فرنســـا، مثلاً، عاقب التشـــريع المالي الصـــادر في ٢ يوليو ١٩٦٣، في المادتين الخامسة والسادسة منه، كل دعاية تمت بسوء نية، وتكون كذلك إذا "اشتملت على ادعاء كاذب أو على تحريض للوقوع في الغلط فيما يتعلق بالسلعة أو الخدمة من حيث الطبيعة".

---

(١)صادق، مرفت، مرجع سابق ، ص ١٨٢.

(٢)عبد الرحمن، نائل، مرجع سابق، ص ٥٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي مرحلة لاحقة، أصـــدر المشـــرع الفرنسي قانون ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣، الذي وسّع المجال القانوني لتجريم الإعلان الكاذب[١]. وفي إنجلترا، يعتبر القانون الخاص بالمواصـــفات التجارية لعام ١٩٦٨، ذا أهمية خاصـــة في قمع الإعلان الكاذب، إذ خصـــص جزءا كبيراً من مواده لتجريم الإعلان الكاذب والمضلل.

(١)عمران، السيد محمد، مرجع سابق، ص ٨٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني:حماية المصالح الاقتصادية للمستهلك

عندما يدخل المستهلك في علاقة تبادلية مع المهني، فإنه يهدف إلى الحصول على سلعة أو خدمة تساوي القيمة النقدية التي يدفعها ثمناً لها. لكن بحكم التفاوت في الخبرة والقوة الاقتصادية بين الطرفين، يمكن أن يقع المستهلك ضحية الخداع أو الغش أو الاستغلال من قبل المهني. هذا بالإضافة إلى إمكانية قيام المهني بإيراد شروط تعسفية في العقد تحقق مصالحه على حساب المستهلك.

المطلب الأول

حماية المستهلك من الخداع والغش

الغش أو الخداع (التدليس) من آفات المجتمع المعاصـــر، يستفحل في مختلف المجالات الحياتية، خاصـــة الاقتصادية، ويكاد يطال جميع ما يحتاج إليه المستهلك في مأكله أو مشربه أو ملبســـه أو علاجه أو ما يرغب فيه من أسباب التكامل. لذلك كان لا بد من تضافر الجهود للحد من انتشار هذه الآفات والتقليل من آثارها. وبما أن نصوص القانون المدني لم تعد كافية لحماية المستهلك من الخداع والغش، كان لابد من أن يتدخل المشرع بالأسلوب الجزائي لتأمين أكبر قدر من الحماية.

عدم كفاية القواعد العامة في حماية المستهلك من الخداع والغش

عرفت المادة (١٦٤) التغرير بأنه " توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية ". وقضت في المادة (٣٥٧) بأنه " إذا غر أحد المتبايعين بالآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ ". هذا في حين عرفت المادة (١٤٣) من القانون المدني الأردني التغرير، بأنه: " أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية، أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها ".

فالتغرير إذن هو الالتجاء إلى الحيلة بقصد انتزاع رضاء الطرف الآخر. ولإعماله كعيب من عيوب الإرادة لا بد من تحقق الشروط التالية:

١. أن تكون هناك طرق احتيالية، قولية أو فعلية. ويستوي أن تكون هذه الطرق عبارة عن نشاط إيجابي أو موقف سلبي من قبل المهني.
٢. أن تكون الوسائل التي يستخدمها المهني غير مشروعة ولم يجري بها العرف.
٣. أن يكون التغرير هو السبب الرئيسي في حمل المستهلك على التعاقد.
٤. أن يقترن التغرير بغبن فاحش.

أما الخداع فيمكن تعريفه بأنه إلباس أمر من الأمور مظهراً يخالف حقيقة ما هو عليه، ويتحقق بإتيان طرق احتيالية، تعني استخدام وسائل خارجية ينسج منها المهني ما يغطي كذبه ويطليه بلون الحقيقة، مستهدفاً تدعيم أقواله وتغيير وجه الحقيقة على وجه يؤدي إلى الخداع. والغش هو " كل تغيير أو تعديل يقع على الجوهر أو التكوين الطبيعي لمادة أو سلعة معدة للبيع ويكون من شأن ذلك النيل من خواصها الأساسية أو إخفاء عيوبها، أو إعطاءها شكل أو مظهر سلعة أخرى تختلف عنها في الحقيقة "[١].

([١])المادة ٢ من القانون المصـــري رقم ٤٨ لســـنة ١٩٤١ المعدل بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ الخاص بقمع التدليس والغش.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مما ورد سابقاً، نجد أن التغرير بالمفهوم الذي تأخذ به التشريعات المدنية لا يستوعب كل حالات الخداع والغش التي قد يلجأ إليها المهني. فالتغرير بالمفهوم المدني هو عيب يصيب الإرادة عند تكوين العقد، في حين أن الخداع والغش ينطبقان على كل ما قد يقع بعد تكوين العقد أو يقع خارجاً عن دائرة العقد، كما في عمليات الوزن أو القياس، أو الكيل المزيفة أو غير الصحيحة.

المطلب الثاني

الحماية الجزائية للمستهلك من الخداع والغش في التشريعات:

اهتمت التشريعات بتجريم الخداع والغش بأنواعه وصوره المتعددة، ووضعت العقوبات الرادعة. كما تعمل الدول جاهدة على مكافحة الخداع والغش بمختلف الوسائل الإدارية والإعلامية والعقابية. وتجرم بعض الدول الخداع والغش عن طريق النص على المخالفات ذات العلاقة ضمن قانون العقوبات. وعلى خلاف ذلك، فإن الكثير من الدول عملت على إصدار تشريعات خاصة بشأن مكافحة الخداع والغش. وفي مقدمة هذه الدول فرنسا، التي أصدرت في سنة ١٨٥١، بعض القوانين لمكافحة الغش التجاري. كما أصدر المشرع الفرنسي قانوناً في الأول من أغسطس لسنة ١٩٠٥، عاقب فيه على الغش. بيد أن هذا التشريع عُدل أكثر من مرة، كان آخرها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٨، الخاص بحماية وإعلام المستهلكين. وبعد أن وجد المشرع المصري أن النصوص الواردة في قانون العقوبات غير كافية لمعالجة الخداع والغش، أصدر قانوناً أساسياً في هذا الشأن هو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١، المعدل بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤، والقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦، بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها[١].

([١])أصدر المشرع السوري القانون رقم ١٥٨ لسنة ١٩٦٠ بشأن قمع التدليس والغش المعدل بتاريخ ٢٠٠١/٢/٢٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي قطاع غزة صدر القرار بقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٦، بشأن قمع التدليس والغش التجاري. وتناول في مواده الـ ١٦ أشكال الغش المعاقب عليه، بالإضافة إلى النص على إجراءات إدارية تضمن الرقابة الفعالة لتطبيق أحكام القانون[١].هذا وقد دمج المشرع الأردني بين الأسلوبين لتأمين الحماية الجزائية للمستهلك من الخداع والغش، حيث أورد ثلاث مواد لمحاربة الغش باختلاف صوره في الباب الحادي عشر (الخاص بالجرائم الواقعة على الأموال) من قانون العقوبات رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠. وتتناول هذه المواد الغش في صناعة المواد الغذائية الخاصة بالإنسان والحيوان والغش في نوع البضاعة المتعاقد عليها. واستكمالاً لهذه الحماية، أورد المشرع الأردني مجموعة من النصوص ضمن قانون التموين وضمن بعض التشريعات التجارية.

ظاهرة الشروط التعسفية وقصور القواعد التقليدية عن توفير الحماية للمستهلك

يقوم الشكل التقليدي للعقد على المساومة ويفترض مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية من جانب الطرفين. ولكن النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية، والتفاوت الملحوظ في المراكز الاقتصادية لطرفي عقد الاستهلاك، جعلا المهني ينفرد بوضع شروط العقد، في حين ينضم المستهلك إلى هذه العقود دون قراءة شروطها، وفي حالات عديدة، فإنه يوّقع على العقد بدون أن يحصل على كافة المستندات. وحتى إذا تمكن المستهلك من قراءة كافة مستندات العقد والإطلاع على كل شروطه، فإنه قد لا يستطيع أن يتعرف على نطاق ومدى الالتزامات الواردة فيه، أو لا يستطيع أن يتبين خطورتها أو آثارها.

---

(١)انظر: قرار المجلس التنفيذي رقم ٩ لسنة ١٩٦٦ بشأن اللائحة التنفيذية لقانون قمع التدليس والغش التجاري الصادر في غزة ١٩٦٦/٦/٢٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والذي يحدث عادة هو أن المهني يستغل المستهلك، ويُضمّن عقود الاستهلاك شروطاً تعسفية[١]، يتمسك بها في مواجهة المستهلك الأقل قدرة أو كفاءة كلما دعته الحاجة إلى ذلك. لقد عرّف المشرع الفرنسي هذه الشروط في القانون الصادر بتاريخ ١٠ كانون ثاني ١٩٧٨، بأنها: "الشروط التي تبدو مفروضة بواسطة المهني على غير المهني أو على المستهلك نتيجة التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي وتسمح بحصول المهني على ميزات مبالغ فيها"[٢]. باختصار، يمكن القول: بأن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يكافئ المهني بميزة نتيجة تعسفه في استعمال قوته الاقتصادية أو خبرته. وتتضح صفة التعسف هذه بشكل أوضح حينما تكون هذه العقود مكتوبة أو مطبوعة سلفاً بواسطة المهني.

والشروط التعسفية قد تتعلق بإحدى الوقائع المتعلقة بالعناصر التالية:

١. الشروط المتعلقة بالخاصية المحددة للثمن. قد يضع المهني شرطاً في العقد يحتفظ لنفسه بحق تحديد الثمن بإرادته المنفردة أو ترك هذا التحديد لمنتج السلعة، أو يسمح لنفسه برفع الثمن خلال الفترة الواقعة ما بين إبرام العقد وتسليم السلعة. من ذلك، الشرط الذي يرد في عقود بيع السلع الكهربائية المنزلية وعقود بيع السيارات، ويقضي بأنه إذا لم يوجد إتفاق مخالف فإن أسعار البيع يتم تحديدها يوم التسليم والأسعار قابلة للتعديل وفقاً لمتغيرات السوق والمؤشرات الرسمية مضافاً إليها كل الضرائب والرسوم حتى ما يتقرر منها لاحقاً[٣].

---

(١)عرف مصطفى العوجي الشرط التعسفي بأنه: " البند الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه وقد أملى إرادته على الفريق الآخر تحقيقاً لمنفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة منتقصاً من حقوق. الطرف الآخر ". مصطفى العوجي، العقد، القانون المدني، ص ٧٠.

(٢) جميعي، مرجع سابق، ص٢٦٢.

(٣) عبد الرحمن، نائل، مرجع سابق، ص٤٠

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢. الشـــروط المتعلقة بماهية محل العقد. عادة ما يحتفظ المهني لنفســـه بحق تحديد ذلك المحل بإرادته المنفردة مع إمكانية تســـليم شيء غير مطابق للمواصفات، أو الاستخدامات المتفق عليها. من ذلك، مثلاً، الشـــرط الذي يرد في عقد بيع أثاث منزلي وينص على أن الأشكال والأحجـــام المتعلقـــة بالأثاث والمطبوعة في الكتالوجات ليســـت ملزمة، وللبائع أن يدخل تعديلات على التصـــميمات من حيث الحجم أو الشكل بالزيادة، أو النقصان دون أن يكون ذلك مرتباً لأية مسؤولية أو منشأ لأي التزام.

٣. الشـــروط المتعلقة بموعد تسليم المبيع. إذا رجعنا إلى ما جرى عليه العمل في إبرام عقود البيع، نجد أن الشـــروط التعاقدية التي تتكرر في مجال بيع الســـلع النمطية تتجه إلى وضع تواريخ تقريبية من شـــأنها استبعاد المسؤولية عن التأخير في تسليم المبيع. من ذلك، مثلاً، الشرط الذي يرد في عقود بيع السيارات وينص على أنه "بسبب تغيير الظروف التي تؤثر على الإنتاج فإن مهلة التسليم المحددة في العقد ليست ملزمة وإنما هي مهلة إرشادية".

٤. الشروط المتعلقة بتحمل المخاطر الناجمة عن نقل المبيع. ويحرص المهنيون عادة على أن تتضمن عقودهم شرطاً يجعل تبعة أخطار النقل على عاتق المستهلك.

٥. الشروط المتعلقة بظروف فسخ العقد. في أغلب الأحوال يسعى المهني إلى تضمين العقد ما يفوضه سلطة واسعة في فسخ العقد بإرادته المنفردة، بينما يقلص في ذات الوقت من سلطات المستهلك في استخدام هذا الحق.

٦. الشروط المتعلقة بإجراءات الفصل في النزاع وطرق حله. قد يشترط المهني تنازل المستهلك عن حقه في الرجوع إلى المحاكم العادية[١].

([١])حسن جميعي، المرجع سابق، ص ٤٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في ظل غياب النصوص القانونية التي تعالج اختلال التوازن العقدي وتحد من الشروط التعسفية، حاول القضاء بداية استخدام النظريات القانونية التقليدية لحماية الطرف الأقل قدرة أو خبرة (المستهلك) من الشروط المجحفة التي يفرضها الطرف القوي (المهني) في العقد. فأخذ يتلمس وجود عيب في الرضاء تارة، وتارة أخرى يبطل الشروط التي تحد من إلتزامات المهني باعتبارها مخالفة للنظام العام[1].إلا أن الحلول التي تُقدمها النظريات القانونية التقليدية لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك غير كافية. فهي نظريات لا يمكن إعمالها في هذا النوع من العقود بما يضمن حماية المستهلك. كما أن اللجوء إلى بعضها لا يسمح إلا بإبطال أو فسخ العقد، وهو ما لا يتفق مع الحماية المطلوبة للمستهلك، الذي قد يكون في أمس الحاجة للتعاقد على السلعة أو الخدمة[2].دفع هذا الأمر بالدول المختلفة إلى إقرار حماية خاصة للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية.

التشريعات المعاصرة وظاهرة الشروط التعسفية

بسبب عدم كفاية النظريات القانونية التقليدية لمواجهة اختلال التوازن العقدي، بدأت التشريعات في الدول المختلفة تعالج ظاهرة الشروط التعسفية بصدد بعض أنواع العقود (كعقود العمل وعقود الإذعان وعقود الاستهلاك)، أو بصدد بعض أنواع الشروط (كالشرط الجزائي).

---

(1) الصده، عبد المنعم فرج ، **عقود الإذعان**، رسالة دكتوراه، ص ٣٤٠.

(2) البساتين، خالد، **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان**، رسالة ماجستير، ص ٥٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تدخل المشرع في مواجهة التعسف الناجم عن الشرط الجزائي

الشرط الجزائي هو إتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في تنفيذه[١].ويعتبر الشرط الجزائي صنفاً من أصناف الشروط التعسفية، نظراً لأن المبالغة في تقدير قيمة التعويض لا يقبلها المستهلك، إلا إذا كان مضطراً أو غير عارف بصيغ التعامل وما تؤدي إليه من نتائج عملية. ومع ذلك، فإن المبادئ العامة تقضي بصحة الشرط الجزائي إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين". إلا أن التشريعات تنبهت لخطورة مثل هذا الشرط، فوضعت ضوابط لصحته، **من ذلك ما جاء في المادة ٣٦٤ من القانون المدني الأردني من أنه:**

١. يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد.

٢. ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الإتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف ذلك".

بهذا النص يكون المشرع الأردني قد سمح للقاضي بتعديل المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي بالزيادة أو بالنقصـــان إذا تبين له وجود إجحاف ملحوظ في تقدير التعويض. كما قيد النص حرية المهني في إيراد شرط يقضي بخلاف ذلك ، بأن قرر البطلان لمثل هذا الشرط[٢]

---

(١) الفار، عبد القادر، **أحكام الالتزام**، ص ٧٣.

(٢) أبو عرابي، غازي، "سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي"، مجلة دراسات، المجلد ٢٥ ، ١٩٩٨ ، ص ص ٥٥-٥٧

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

. وفي هذا الشـــأن تجدر الإشـــارة إلى التعديل الذي استحدثه المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر في ١١ أكتوبر ١٩٨٥، الذي قرر به للقضاء سلطة التدخل من تلقاء نفسه لفحص الشـــروط التعسفية وتقدير مدى المخالفة في تقدير التعويض. أن منح القضاء سلطة التدخل من تلقاء نفسه يجعل من القاضي معاوناً للمستهلك في الكشف عن الشرط التعسفي ومدى الإجحاف المترتب عليه[١].

تدخل المشرع في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان

عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها[٢].

لوصف عقد ما بأنه عقد إذعان يتوجب توافر شروط محددة هي:

١. يجب أن يكون أحد طرفي التعاقد في موقع اقتصادي قوي، كأن يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي أو بسيطرة تجعل المنافسة على السلع والخدمات محدودة النطاق.

٢. أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة، بحيث لا يمكن لهؤلاء أن يصرفوا النظر عنها أو عن التعاقد بشأنها دون أن يلحقهم أذى أو مشقة.

٣. أن يصدر الإيجاب عاماً وبشروط واحدة[٣].

---

(١)حسن جميعي، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

(٢)عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٣) السباتين، خالد، مرجع سابق، ص ص ٢٩ – ٣٥ ؛ جميعي،حسن، مرجع سابق، ص ص ٤٠– ١٠٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن أمثلة عقود الإذعان، عقد التأمين بأنواعه المختلفة، وعقد النقل وعقود الاشتراك في الخدمات العامة كالمياه والكهرباء والهاتف، وعقود الاقتراض من البنوك. ففي كل هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة لا تقبل النقاش، وما على الطرف الآخر الضعيف إلا القبول، لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو خدمة تعد من الضروريات التي لا غنى عنها.

وبعد أن لفتت عقود الإذعان أنظار الفقهاء والقضاة إلى التفاوت الكبير بين طرفي العقد، وما أدى إليه من ظلم تعاقدي، أجمعوا على ضرورة التدخل لحماية الطرف المذعن في هذا النوع من العقود. وهذا ما أخذت به التشريعات المختلفة بعد ذلك. يأتي هذا التدخل بوسيلتين: الأولى، عن طريق إقرار أحكام عامة تنطبق على كل عقود الإذعان، وذلك من خلال منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، بالإضافة إلى إدخال استثناء على القاعدة العامة في التفسير يوجب على القاضي تفسير العبارات الغامضة الواردة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن. أما الوسيلة الثانية فتأتي عن طريق تنظيم المشرع لأهم عقود الإذعان بتشريعات خاصة، مثل عقد التأمين وعقد النقل وعقود الاشتراك في الخدمات العامة.

إلا أن إقرار هذه الحماية للطرف الضعيف في عقود الإذعان لا يكفي لمواجهة اختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك وما ينتج عنه من شروط تعسفية. ذلك أن الحماية هنا تقتصر على الطرف المذعن في عقود معينة لها وصف عقود الإذعان، بينما المشكلة ليست محصورة في هذا الإطار الضيق. وأمام ذلك، توجهت بعض الدول الأوروبية إلى حماية المستهلك من خلال إصدار تشريعات خاصة تقضي باستبعاد الشروط التي تبدو تعسفية إذا وردت في عقود الاستهلاك.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تدخل المشرع باستبعاد الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

أدركت بعض الدول الأوروبية الحاجة إلى إصدار التشريعات التي تهدف إلى مقاومة الشروط التعسفية، خاصة بعد أن أصدر المجلس الأوروبي قراراً في ١٤ أبريل ١٩٧٥، أطلق عليه "البرنامج الأول للتجمع الاقتصادي الأوروبي نحو حماية وإعلام المستهلكين". وتمشياً مع ذلك، أصدرت ألمانيا قانوناً اتحادياً متخصصاً في مقاومة الشروط التعسفية الواردة ضمن الشروط العامة في العقود النموذجية، وذلك بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٧٦. وكان الهدف من هذا القانون حماية المستهلك من عدم التوازن الناتج من العقود المكتوبة مسبقاً بإرادة المهني، ولمواجهة ما يؤدي إليه سوء استخدام الشروط العامة في العقود من تحايل على مبدأ حرية التعاقد[١].وفي إنجلترا أصدر المشرع مجموعة من التشريعات الخاصة بحماية المستهلك من أهمها القانون الخاص بالشروط التعاقدية غير العادلة، وتقضي المادة الثانية منه أن تكون الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية عادلة ومعقولة. وألقى القانون الإنجليزي عبء إثبات معقولية الشرط على عاتق المهني في عقود الاستهلاك وعلى من حرر العقد في العقود النموذجية.

أما في فرنسا فقد صدر القانون رقم ٢٣ في ١٠ يناير ١٩٧٨ ، الخاص بحماية المستهلكين، الذي عالج إعلام وحماية المستهلك من خلال خمسة فصول يحمل الفصل الرابع منها عنوان "حماية المستهلكين من الشروط التعسفية"[٢].

([١])القيسي، عامر، مرجع سابق، ص ١٤٩.

([٢])جميعي، حسن، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد استخدم المشرع نصاً عاماً واسعاً لتحديد الشروط التعسفية، مع إعطاء مجلس الدولة الفرنسية مهمة إصدار اللوائح المتعلقة بالشروط التعسفية، بعد الاستئناس برأي لجنة الشروط التعسفية، التي تتألف من خمسة عشر عضوا يمثلون القضاء والإدارة واتحادات المهنيين واتحادات المستهلكين. وبعد فترة قصيرة من إصدار هذا القانون صدرت اللائحة الأولى للشروط التعسفية، وقد نصت على بطلان تلك الشروط التي تهدف إلى تعطيل أو إنقاص حق المستهلك في التعويض وتلك التي تسمح للمهني بإرادته المنفرد بتغيير مواصفات السلعة محل التعاقد[١]

المطلب الثالث

حماية المستهلك من أساليب البيع الحديثة

أخذ المنتجون ومقدمو الخدمات في الآونة الأخيرة يطورون من أساليب تقديم السلع والخدمات، الأمر الذي أدى إلى ظهور عقد البيع بالمنزل وعقد البيع في الطريق العام وعقد البيع بالمراسلة وعقد البيع الاغرائي وغير ذلك من الأشكال الحديثة للتعاقد. ولما كانت ظروف مكان انعقاد العقد بين المستهلك والمنتج أو مقدم الخدمة تؤثر على إرادة المستهلك، كان لا بد من إيجاد حماية للمستهلك في هذا النوع من البيوع. لذا أخذت الدول تتدخل بإصدار التشريعات اللازمة لتحريم طرق البيع المجحفة بحق المستهلك.

([١])القيسي، عامر، مرجع سابق، ص ١٣٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولاً: البيع بالمنزل

يقصد بالبيع بالمنزل أن يتوجه البائع أو التاجر أو ممثل المنتج إلى مكان سكن أو إقامة المستهلك بدون سابق إنذار يعرض عليه ما لديه من سلع أو خدمات[١].كانت طريقه البيع بالمنزل هي طريقة البيع الأولى في عالم التجارة، وذلك لبعد المسافات بين المدن والمناطق النائية وما كان يقاسيه سكان تلك المناطق في الذهاب إلى المدن لشراء حاجاتهم. إلا أن لهذه الطريقة من البيع عيوبها التي تضر بالمستهلك. ففي مثل هذا النوع من البيع لا يكون أمام المستهلك أي مجال للمقارنة بين ما يعرض عليه من سلع أو خدمات مع السلع والخدمات المشابهة في السوق المحلي. كما أنه قد يكون عرضة للغش والخداع والتضليل من جانب البائع، بالإضافة إلى عدم وجود فرصة للمستهلك لاتخاذ قرار الشراء الصحيح نتيجة عدم استعداده المسبق لذلك.

وبالرجوع إلى قواعد مجلة الأحكام العدلية والقوانين المدنية، نجد أن الوسائل الفنية التي تقدمها هذه التشريعات تعجز عن بسط حمايتها على ضحايا هذا النوع من البيوع. فنظرية عيوب الإرادة لا تجد لها تطبيقاً خاصاً في عقد البيع بالمنزل سواء من حيث الإكراه أو التغرير (التدليس) أو الغلط. كما أن القول بأن المستهلك يستطيع رفض شراء ما يعرض عليه من سلع أو خدمات لا يتفق مع الواقع، إذ أثبتت الدراسات الميدانية أن البائع يعد نفسه بكافة الوسائل والخبرات لانتزاع موافقة المستهلك[٢].

---

(١)السيد محمد عمران، مرجع سابق، ص ٨٨.

(٢)نائل عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ١٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لكل ذلك تدخل المشرع الفرنسي بإصدار قانون ينظم هذا النوع من البيع وهو القانون رقم ٢١١٣/٧٢ الصادر في ١٩٧٢/١٢/٢٢، الذي يطبق وفقا للمادة الأولى منه على كل من يمارس أو يجعل غيره يمارس نيابة عنه البيع بالمنزل لشخص طبيعي في محل إقامته أو مكان عمله لسلع أو خدمات. لقد استهدف هذا القانون في المقام الأول حماية مصالح المستهلك من اعتداءات المهني على حقوقه ومصالحه، وذلك بإخضاع عقد البيع المنزلي لشروط محددة هي:-

١. يجب أن يكون العقد مكتوباً ويسلم المستهلك نسخة منه.

٢. يجب أن تتضمن النسخة المسّلمة للمستهلك اسم المورد للسلعة أو الخدمة وعنوانه واسم البائع الجوال ومكان إبرام العقد.

٣. يجب أن يتضمن العقد وصفاً واضحاً للسلعة أو الخدمة موضوع العقد.

٤. يجب أن تحدد شروط تنفيذ العقد من حيث ميعاد التسليم والثمن وطريقة دفعه.

٥. لا يجوز تحصيل دفعات تحت الحساب.

٦. يجب أن يتضمن العقد شرطاً يعطي المستهلك الحق بالرجوع عن العقد وحق البائع بالحصول على تعويض مقابل الاستهلاك أو الاستعمال.

وقد رتب المشرع الفرنسي جزاءً جنائياً على مخالفة قواعد البيع بالمنزل، وهو السجن والغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين. وبنفس التوجه أخذ المشرع المصري عندما نظم عمليات البيع التي يجريها البائع الجوال في الطريق أو المكان العام أو عن طريق الذهاب للمنازل، حيث أخضعها للترخيص المسبق، بالإضافة إلى النص على العديد من الضمانات التي تستهدف حماية جمهور المستهلكين[١].

---

(١)القانون المصري رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٧ المعدل بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٨١ بشأن الباعة المتجولين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالرجوع إلى قانون الصحة العامة رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٦ المطبق في الضفة الغربية نجد أن المشرع الأردني قد نظم في الفصل الحادي عشر منه عمل الباعة المتجولين، فاشترط حصولهم على ترخيص مسبق.

ثانياً: البيع الاغرائي

تستهدف طرق البيع الاغرائية إيقاظ عواطف المستهلك بهدف تحريضه على الشراء، الأمر الذي يؤدي إلى إقدامه أحياناً على شراء ما لا ينفعه أو ما هو في غير حاجة إليه.

من الطرق الإغرائية التي يتبعها المهنيون عمليات تنظيم يانصيب وتحديد مسابقات وجوائز وهدايا للإغراء على الشراء، وكذلك التخفيضات الوهمية للأسعار في بيع البواقي والتصفيات. لذا تدخل المشرع في بعض الدول بإصدار قوانين وقرارات لحماية المستهلك من هذه الشباك التي ينصبها المهنيون. ففيما يتعلق بالبيع باليانصيب، نجد أن المشرع الفرنسي جرم في الأمر الصادر في أول ديسمبر ١٩٨٦ البيع المرتبط أو المشروط باليانصيب. مثال ذلك، إيهام البائع للمستهلك بأنه سيجد في إحدى عبوات السلعة المبيعة عملة ذهبية، فيعمد لشراء أكبر عدد من السلعة على أمل العثور على العملة الموعودة. أما التشريعات العربية فقد اكتفت بتنظيم البيع بالمكافأة أو الجائزة في التشريعات المدنية دون تجريم ذلك من الناحية الجزائية[١].

أما فيما يتعلق ببيع البواقي والتصفيات، فقد أصدر المشرع المصري القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ ، نظم بموجبه البيع بالاوكازيونات.

([١])نظم المشرع الأردني أحكام الوعد بالجائزة في المواد (٢٥٠ – ٢٥٥) من القانون المدني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أي البيع عن طريق التصفية، حيث حظر على المحال التجارية أن تعلن عن بيع بضائعها عن طريق التصفية إلا في الحالات وبالشروط والمواعيد التي حددها القانون، والتي تكفل حماية المستهلك والمنافسة المشروعة.

التخفيضات أو التنزيلات الوهمية كثيرة الشيوع في الوقت الحاضر إذ يقوم البائع في محاولة منه لترغيب المستهلك وإغرائه على الشراء بوضع سعر أعلى من السعر الحقيقي على السلعة المعروضة ثم يجري عليها خصماً بحيث تعود لثمنها الحقيقي. أي أنه يتظاهر بإجراء خصم على ثمن السلعة، في حين يشتريها المستهلك بثمنها الحقيقي أو بثمن أعلى معتقداً أنه استفاد من الخصم. لذا عالجت التشريعات الحديثة حالات إنقاص الثمن المزيف، من ذلك اشتراط المشرع الإنجليزي أن يماثل السعر الذي وضعه البائع ثمناً للسلعة المعروضة السعر الذي اقترحه منتج أو موزع السلعة، وسعر أمثالها من السلع المعروضة في نفس المنطقة.

وفي هذا الصدد، جاء في مشروع قانون حماية المستهلك الأردني أنه "لا يجوز الإعلان عن أي تخفيضات أو تنزيلات أو إقامة معارض ما لم يقدم دليل للوزارة أو الدائرة ذات العلاقة على صحتها وبعد الحصول على الموافقة المسبقة منها وذلك بالتنسيق مع الجمعية (جمعية حماية المستهلك) ....."[1].

(1)السيد خليل هيكل، مرجع سابق، ص ٢٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث:الحق في الأمان والحق في التعويض

إن توفير الحماية الصحية والاقتصادية للمستهلك تتحقق من خلال ضمان الجودة والأمان في السلع الاستهلاكية. لذا تدخل المشرع بإجراءات وقائية لضمان جودة المنتجات، ووضع القوانين واللوائح لتنظيم تداول المنتجات الخطرة على حياة الإنسان وسلامة جسمه، تهدف بمجملها إلى منع ظهور منتجات ضارة أو خطرة في السوق، بالإضافة إلى تحميل المهنيين مسؤولية تعويض المستهلك عما يصيبه من ضرر.

المطلب الأول

الحق في الأمان

إن إهمال واستهتار وجشع بعض المنتجين يجعلهم لا يهتمون بجودة السلع والخدمات ومطابقتها للمواصفات القياسية. وأصبحت المنتجات الخطرة من أهم المشاكل التي يواجهها المستهلك، ذلك أن ضحايا السلع الخطرة في تزايد مستمر. ولما كانت حماية أمن وسلامة المستهلك تتحقق من خلال ضمان جودة السلع من جهة، وخلوها من الخطر من جهة ثانية، فقد اهتمت تشريعات الدول المختلفة بوضع المقاييس التي يجب أن تخضع لها السلع عند إنتاجها.

الحماية في نطاق الجودة

يقصد بالجودة مطابقة السلعة للمواصفات القياسية. تعني هذه المطابقة أن السلعة أنتجت في ظروف مناسبة من حيث المكونات والعناصر النافعة التي تتكون منها عند التصنيع أو التعبئة بالقدر الذي يحقق لها الصفات التي يستهدفها المستهلك ويسعى إليها[1].

(1) حسن جميعي، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ١٠٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد اهتمت الدول المختلفة بوضع المواصفات القياسية ونظمت أحكامها وأوضحت المخالفات المتعلقة بها والعقوبات المقررة لذلك.

ومراعاة لأهمية المواصفات القياسية على المستويين الدولي والمحلي، أنشئت منظمات دولية كثيرة لوضع وتطوير المواصفات العالمية وتنسيقها [١]، وأنشئت في الوقت ذاته بعض المنظمات الإقليمية لتنسق وتطوير المواصفات على المستوى الإقليمي أو الأسواق المحلية المشتركة[٢].وبادرت بعض الدول العربية منذ وقت بعيد بإنشاء هيئات مختصة بأعمال المواصفات والمقاييس[٣].

عرفت المنظمة الدولية للتقييس (ISO) المواصفة القياسية بأنها " وثيقة معتمدة من سلطة معترف بها تم إعدادها بإتباع أساليب التقييس في مجال ما لتشمل مجموعة الاشتراطات التي ينبغي توافرها"[٤].

---

(١) من بينها: المنظمة الدولية للتوحيد القياسي، المنظمة الدولية للمعايرات القانونية، والمنظمة الدولية للإدارة والمقاييس.

(٢) مثل: المنظمة الأوروبية للتوصيف، المنظمة الأوروبية لضبط الجودة، معهد المواصفات الإسلامي التابع لمنظمة الدول الإسلامية، والمنظمة الأفريقية للتوحيد القياسي.

(٣) الهيئة المصرية للتوحيد القياسي وجودة الإنتاج المنشأة بموجب القرار الجمهوري رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٧، الهيئة العربية السعودية للمواصفات والمقاييس المنشأة بالمرسوم الملكي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٢، والمؤسسة الأردنية للمواصفات والمقاييس، التي تمارس نشاطها وفقاً لقانون المواصفات والمقاييس رقم ١٦ لسنة ١٩٨٩

(٤)عرفت المادة الأولى من قانون المواصفات والمقاييس الفلسطيني المواصفة الفلسطينية بأنها " صفات السلعة أو المادة أو الخدمة أو خصائصها أو مستوى جودتها أو مقدار أبعادها أو متطلبات السلامة فيها وتشمل المصطلحات والرموز وطرق الاختبار وطرق أخذ العينات والتغليف ووضع السمات أو بطاقات البيان المعتمدة".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يتضح من هذا التعريف أن المواصفة القياسية تحدد معايير الجودة والدقة والصلاحية اللازمة للمنتجات والمواد لكي تحقق رغبات واحتياجات المستهلك. وتهتم المواصفات القياسية الصادرة عن الجهات المختصة بالنص على الحد الأدنى الواجب توافره من خصائص واشتراطات الجودة في المواد لتؤدي الغرض منها في ظروف الاستخدام أو الاستهلاك العادية، بحيث يتم عرضها في الأسواق بتكلفة أو أسعار مناسبة ومعقولة من ناحية، مع ضمان صلاحية المواد للاستعمال أو الاستهلاك بأمان ودون أي خطر على الصحة أو السلامة من ناحية أخرى.

وبجانب هذا الحد الأدنى، فقد تنص المواصفات على مستويات أعلى من حيث الجودة لإنتاج بعض الأصناف من المواد والسلع، بحيث تعرض في الأسواق بأسعار أعلى لمواجهة طلبات وأذواق الفئات الخاصة من المستهلكين[١].

جودة السلع والخدمات ومطابقتها للمواصفات القياسية على المستوى الدولي

حثت التوجيهات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن ضمان حماية المستهلك الحكومات على اتخاذ السبل اللازمة لضمان جودة السلع والخدمات، مع الإعلان بشكل مناسب عن معايير الجودة. وينبغي من وقت لآخر إعادة النظر في المعايير والقواعد الوطنية الموضوعة لسلامة وجودة المنتجات من أجل ضمان مطابقتها، كلما أمكن ذلك، للمعايير الدولية. وحينما يجري تطبيق معيار أدنى من المعيار الدولي بسبب ظروف اقتصادية محلية، ينبغي بذل كل الجهود لرفع مستوى هذا المعيار بأسرع ما يمكن. وكذلك ينبغي أن تشجع الحكومات وتضمن توافر المرافق اللازمة لاختبار واعتماد سلامة وجودة المنتجات وأداء السلع والخدمات الاستهلاكية الأساسية[٢].

---

(١) موسى، أحمد كمال الدين، مرجع سابق، ص٢٠٤.

(٢) جميعي، حسن، مرجع سابق، ص ١٥٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تم إنشاء "أيزو" (المنظمة الدولية للمواصفات القياسية) في عام ١٩٤٦ بهدف وضع المواصفات القياسية العالمية لجودة المنتجات وإجراءات الاختبار والتفتيش وتحديد الخصائص المعملية لهذه المنتجات وأسلوب إصدار التراخيص وتقييم نظم الجودة، بهدف تسهيل تداول السلع والخدمات عالمياً. وفي عام ١٩٨٧ أصدرت المنظمة المذكورة سلسلة من المعايير القياسية أطلق عليها اسم (سلسلة أيزو ٩٠٠٠) استندت في إعدادها إلى المعايير القياسية السائدة في كل من أمريكا وكندا وبريطانيا، ولتأتي مكملة لإصدار المنظمة المعنون أيزو ٨٤٠٢ ، الذي تضمن

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المصطلحات والتعاريف الخاصة بنظم الجودة والمواصفات القياسية. لقد وضعت هاتان الوثيقتان الخطوط الإرشادية العالمية لاختيار البرنامج المناسب لنظم الجودة[١].

ضمان حق الأمان في المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك

نصت المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٨٥ على الإجراءات اللازمة لضمان حق المستهلك في الأمان تحت عنوان "السلامة المادية". ومن أهم هذه التوجيهات ما يلي: [٢]

١. ينبغي أن تعتمد الحكومات أو تشجع اعتماد تدابير مناسبة، وأنظمة سلامة، ومعايير وطنية أو دولية، وذلك لضمان أن تكون المنتجات مأمونة، سواء بالنسبة للاستعمال في الغرض الذي صنعت من أجله أو في غرض آخر يتوقع عادة استخدامها فيه.

٢. ينبغي أن يكفل المسؤولون عن جلب السلع إلى السوق أن هذه السلع لم تصبح أثناء وجودها لديهم غير مأمونة بسبب المناولة أو التخزين على نحو غير سليم.

٣. ينبغي أن تكفل السياسات المناسبة قيام الصانعين والموزعين، إذا تنبهوا إلى وجود مخاطر في المنتجات، بإخطار السلطات ذات العلاقة والجمهور دونما إبطاء.

٤. ينبغي أن تعتمد الحكومات سياسات تقضي في حالة اتضاح عيب خطير بأحد المنتجات، إلزام المهنيين بأن يسحبوا هذا المنتج[٣].

إلا أن هذه النصوص لوحدها لا تكفي لمنع تسرب منتجات غير سليمة إلى السوق. هناك حاجة لتكملة النظام الوقائي بنظام فعال لتعويض المستهلك عن الضرر.

---

(١) صادق، مرفت، مرجع سابق، ص ٣٤٣

(٢) جميعي، حسن، مرجع سابق، ص ١٤٧

(٣)أصدر المشرع الفدرالي الأمريكي قانون سلامة المنتجات للمستهلك عام ١٩٧٢ ، وأعطى بموجبه للجنة سلامة المنتجات صلاحية السحب الفوري للمنتجات الخطرة أو التي سببت ضرراً للمستهلك.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

الحق في التعويض والحماية الإجرائية

إن غياب النصوص المنظمة لحماية المستهلك بشأن الأضرار التي تسببها المنتجات المعيبة جعل القضاء يرتكز بداية إلى قواعد ضمان العيوب الخفية التي تستهدف بالدرجة الأولى ضمان الجدوى الاقتصادية للمبيع. إلا أن دعوى المسؤولية المبنية على قواعد الضمان ظلت عاجزة عن توفير الحماية المبتغاة للمستهلكين، ذلك أن هذه القواعد تتطلب وجود العيب بالمبيع وأن يكون هذا العيب مستجمعاً شروط الخفاء والتأثير والقدم، ومن حيث إقامة الدعوى خلال مدة قصيرة وإلا كانت غير مقبولة[١].لذلك اتجه القضاء الفرنسي، مثلاً، إلى تخليص المستهلك من هذه العقبات، وذلك باستبدال دعوى الضمان بدعوى المسؤولية العقدية التي أسندها بداية إلى مخالفة المهني للالتزام بالتسليم المطابق، وبعد ذلك إلى مخالفة الالتزام بضمان السلامة[٢].

([١])انظر في تفصيل ذلك: جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص ص ١٢- ٤٥ ؛ سعيد جبر، الضمان الاتفاقية للعيوب الخفية في عقد البيع، ص ص ١١ ١٠٠.

([٢]) القيسي، عامر، مرجع سابق، ص ص ٤٣ ٨٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

التوجيه الأوروبي الخاص بضمان السلامة

أقر مجلس وزراء السوق الأوروبية المشتركة في ٢٥ تموز ١٩٨٥ توجيها غايته التقريب بين النظم التشريعية التي تحكم المسؤولية عن فعل المنتجات في الدول الأعضاء. ويقوم هذا التوجيه على عدة مبادئ أساسية. يقول أول هذه المبادئ بأن المسؤولية غير الخطيئة للمهني هي وحدها الكفيلة بأن تحل بصورة قاطعة المشكلة الخاصة بتوزيع مخاطر الإنتاج الفني المعاصر[١].والمبدأ الثاني مفاده أن المسؤولية تخضع لنظام واحد يفيد منه جميع المضرورين بصرف النظر عن طبيعة العلاقة التي تربط بينهم وبين المسؤول. أما المبدأ الثالث فيتمثل في إلقاء عبء المسؤولية أساسا على منتج السلعة التي أحدثت الضرر أو على الشخص الذي قام باستيرادها، وهذا يعني تخفيف المسؤولية عن البائعين والموزعين، الذين لا يلتزمون بالتعويض إلا إذا تعذر تحديد المنتج والمستورد.

الجدير بالذكر أن التوجيه المشار إليه يجعل التعويض مقصوراً على الضرر الذي يصيب الأشخاص أو الأموال دون الضرر الذي يلحق السلعة ذاتها. الأضرار من النوع الثاني تخضع للقواعد الخاصة بعقد البيع، أي قواعد ضمان العيوب الخفية. أضف غلى ذلك، أن التوجيه ينطلق من تعريف للعيب المرتب للمسؤولية مختلف تماماً عن التعريفات التي يقوم عليها الضمان في عقد البيع. فالمنتج يكون معيباً وفقاً للمادة السادسة من التوجيه، إذا كان لا يتضمن الأمان الذي يحق للجمهور أن ينتظره.

---

(١)مرجع سابق، ص ١٩٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

باختصار، أن حماية حق المستهلك في التعويض تكون عن طريق الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع الذي يتم بين المهني والمستهلك، يلتزم بمقتضاه الأول بأن يسلم الثاني سلعة خالية من أي عيب أو خلل في تصنيعها يمكن أن يكون مصدر أضرار تلحق بالمستهلك في نفسه أو أمواله. ويمكن تأسيس هذا الالتزام من ناحية على ما يتوافر لدى المهني المحترف من خبرات فنية تمّ كنه من كشف عيوب الأشياء التي ينتجها أو يبيعها، وكذلك على الثقة التي يوليها المستهلكون للمهني، والتي تدفعهم لشراء ما ينتج أو يبيع.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع

الحماية الإجرائية

تحقيقاً لهدف القانون في الحفاظ على النظام في المجتمع وتحقيق العدل بين الناس، كفل المشرع للمستهلك الذي كان ضحية مخالفة القواعد القانونية، حق رفع الدعوى للمطالبة بحماية حقوقه. إلا أن هناك الكثير من الصعاب التي يواجهها المستهلك عند الالتجاء إلى القضاء. لذا دعا القرار الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، والمتضمن المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك، الحكومات إلى ضرورة وضع التدابير القانونية أو الإدارية لتمكين المستهلك أو المنظمات ذات العلاقة للحصول على تعويض عن طريق إجراءات رسمية أو غير رسمية تكون سريعة ورخيصة التكاليف وميسرة[١].

الصعاب التي تواجه المستهلك عند الالتجاء إلى القضاء

أي مستهلك يصاب بضرر يمكنه اللجوء إلى القضاء، فهذا حق تكفله الدساتير. لكن المستهلك الذي يعتدى على حقه من قبل المهني نادراً ما يقيم دعوى بمفرده في مواجهة الأخير،[٢] وذلك لعدة أسباب منها:-

---

([١])جميعي، حسن، مرجع سابق، ص ١٥١.

([٢])هيكل، السيد خليل، مرجع سابق، ص ٧٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١. سبب نفسي:

عدم معرفة المستهلك بالمحكمة المختصة التي يجب أن يلجأ إليها، وكذلك جهله بالإجراءات القانونية التي يجب إتباعها. فالمستهلك يرى في عالم القضاء والمحاكم والقوانين عالماً غريباً يحيط به الجلال والهيبة والسلطان، بالإضافة إلى شعوره بأنه وحيد أعزل في مواجهة مهنيين على جانب كبير من الأهمية. كل ذلك يعطيه انطباعاً بأن طريق القضاء صعب والأفضل له ألا يخوض مثل هذه المغامرة[١].

٢. تكاليف الدعوى:

مشكلة أخرى يواجهها المستهلك هي دفع رسوم الدعوى وأجور الكشف والخبرة وأتعاب المحاماة. وقد يصل الحد إلى أن يدفع المستهلك من الأجور أكثر من القيمة التي ينتظر أن يحصل عليها نتيجة الدعوى.

٣. بطء الإجراءات:

بطء الإجراءات القضائية تتطلب الصبر والانتظار حتى يصدر الحكم بالإدانة والتعويض. هذا يجعل الناس يعرضون عن رفع الدعوى ويرتضون بأي حل يعرض عليهم. [٢]

الحلول الودية

أمام الصعوبات التي يواجهها المستهلك عند اللجوء إلى القضاء للحصول على التعويض عند تعرضه للضرر، فإن أول ما يمكن التفكير فيه هو محاولة التوصل إلى حل ودي يتم التفاوض عليه مباشرة بين المنتج والمستهلك. إلا أن هذه المفاوضات المباشرة لا تكفي لحل الخصومات المتعلقة بالاستهلاك، إذ قد تنتهي إلى الفشل، بل قد تؤدي إلى المساس بحقوق

---

(١)صادق، مرفت، مرجع سابق، ص ٣٩٩.

(٢)القيسي، عامر، مرجع سابق، ص ٢١٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المســـتهلك، وذلك لعدم التوازن الاقتصادي بين المستهلك والمهني. ولذلك فإن للمستهلك مصلحة في أن يتوجه إلى وســـيط بينه وبين المهني. ومن هنا، برزت الحاجة إلى إجراءات الوســـاطة والمصالحة، أي اللجوء إلى الحلول الودية. [1]

(1)صادق، مرفت، مرجع سابق، ص ٣٩٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثالث:القواعد التي تحكم إبرام العقود الإلكترونية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة

العقود الإلكترونية تبرم بوسائل الكترونية أي أن الإيجاب والقبول ، فيها يتم تطابقهما من خلال الشبكة الدولية للاتصالات المعروفة بالإنترنت (internet)، وقد عرف المشرِّع الأردني العقد الإلكتروني في المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١م، بأن الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا.

وقد عرف جانب من الفقه العقد الإلكتروني بأنه العقد الذي يتم بتبادل الرسائل الإلكترونية بين المتعاقدين، وينشئ التزامات تعاقدية[١].

واضح من التعريف السابق أن العقد يعد إلكترونيا بمجرد أن يستخدم في إبرامه وسائل الكترونية يتم بواسطتها تبادل رسائل الكترونية بين المتعاقدين بغض النظر عن موضوع هذا العقد أو محله، سواء كانت بضائع، أو منتجات، أو سلع، أو خدمات، أو غيرها.

ولما كان العقد الإلكتروني يتم في نطاق الانترنت، وهي شبكة اتصالات عالمية، فإنه يتميز بالصفة الدولية مما جعله في نظر البعض عقدا تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول يتم في دول أخرى، من خلال وسائل تكنولوجية متعددة بهدف إتمام العقد[٢].

والعقود الإلكترونية، وفقا للمفهوم سابق الذكر، تختلف اختلافا كليا عما يسمى بعقود المعلوماتية، فالأخيرة تستمد اسمها من موضوعها أو محلها، فمحل هذه العقود المعلوماتية أي البرامج والبيانات وبشكل عام المكونات المنطقية للحاسب الآلي[٣].

([1])ppt://www.tashreaat.com/view_studies2.asp?.asp?id=429&std_i66.

([2])hppt://www.tashreaat.com/view_studies2.asp?.asp?id=429&std_id=66

([٣]) انطوان بطرس ونقولا صبيح، معجم العلوم الكمبيوترية، مكتبة لبنان١٩٨٩، ص١٦٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بينما العقود الإلكترونية تستمد اسمها من وسيلة انعقادها، غير أن محلها يختلف من عقد لآخر، وقد يكون محلها تقليديا، كالبضائع والمنتجات وغيرها، كما قد يكون محلها معلوماتيا طالما أنها انعقدت بوسائل الكترونية.

ومن البديهي أن العقود الإلكترونية تعد حديثة الظهور؛ لأنها واكبت ميلاد شبكة الاتصالات العالمية (الانترنت)، وما تضمنته من تطور هائل على صعيد الاقتصاد والتجارة العالمية، والتقارب والانفتاح الدولي فيما بين الأفراد والجماعات في دول العالم المختلفة.

ولما كانت العقود الإلكترونية تبرم بواسطة الإنترنت فإن احتمالية وجود العنصر الأجنبي تعد كبيرة جدا، طالما أن استخدام الانترنت متاح لمختلف الأفراد في أماكن تواجدهم المختلفة في العالم .

وسواء كان التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني، أو بواسطة الموقع الإلكتروني فإن العقد المبرم يكون إلكترونيا[١].

ولما كان العقد الإلكتروني من العقود التي تفترض انعدام الاتصال المادي بين المتعاقدين المتواجدين في مكانيين مختلفين من العالم، وحيث إن دخول العلاقة أو الرابطة القانونية في نطاق القانون الدولي الخاص أمر مرهون باتصاف تلك الرابطة بوجود عنصر أجنبي، سواء تعلق بجنسية الأطراف، أو اختلاف الموطن، أو مكان الإبرام، أو التنفيذ، فإن من المنطق القول إن معظم العقود الإلكترونية تكون ذات طابع دولي لوجود عنصر أجنبي فيه[٢].

([1])Gardiner and sstockes and T lyons. Internet security, current technical and legal issues (2000) .page 65

([٢])أشرف وفاء، (٢٠٠١)، **عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص**، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع والخمسون.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولا تثور مشـــكلة تحديد الاختصـــاص القضـــائي والاختصـــاص التشريعي في العقود الإلكترونية إلا إذا حدث نزاع بين طرفي العقد الإلكتروني، أما إذا أبرم ونفذ دون مشاكل بينهما فلا أهمية لبحث وتحديد مسائل تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي.

ومن الجدير بالذكر أن الاختصاص القضائي يؤثر في الاختصاص التشريعي ولا يتأثر به، ذلك أن المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص بنظر نزاع شوب بعنصر أجنبي إنما يعتمد على تكييف العلاقة القانونية وفقا لقانونها من ناحية، وتقوم بأعمال قواعد الإسناد الواردة في قانونها من ناحية أخرى، مما يترتب عليه أثر واضح في الاختصاص التشريعي، أي في القانون الواجب التطبيق على النزاع[1].

وقد قســـم الباحث الفصل الثالث (القواعد التي تحكم إبرام العقود الإلكترونية) إلى أربعة مباحث، حيث تناول في المبحث الأول (العقد الإلكتروني) نوعية الممارســـة التعاقدية عبر شبكة المعلومات، وتكييف العقد الإلكتروني، والتفرقة بين الوصـــف والتفســـير، والعقد المسمى غير المســـمى من نوع خاص. أما في المبحث الثاني (مضمون الإرادة والعقد الإلكتروني) فقد تناول البـــاحـــث التعبير عن الإرادة، وطرق التعبير عنهـــا عبر الحاســـب الآلي وعن طريق البريد الإلكتروني، وعن طريق الدهول للموقع مباشـــرة، وبواســـطة عقد الإطار. وفي المبحث الثالث (إبرام العقـــد) فقـــد تنـــاول الباحث إبرام العقد، ولحظة إبرام العقد، والدعوة إلى التفاوض عبر الإنترنت ، ومدى التشابه بين الموقع التجاري الموضع على (الويب) ونافذة الموقع الحقيقية. أما في المبحث الرابع (عناصر العقد الإلكتروني).

---

(1) زوكاغي، أحمد،(١٩٩٢) ، **أحكام القانون الدولي الخاص في التشـــريع المغربي**، ط١، تنازع القوانين، الدار البيضاء، توبقال للنشر، ص٢٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فقــد تطرق الباحث إلى الإيجاب والقبول للعقد وأشـــكال التعاقد (البريدي الإلكتروني وعقود الويب وزمان ومكان العقد، ووضـــع جهاز الحاسب الآلي في التعاقد والتعريف بنظرية النيابة ونظرية الظاهر، وفي الأخير اعتبار النظام المعلوماتي بالشخص الافتراضي.

المبحث الأول:العقد الإلكتروني

إن النظام الإلكتروني هو عبارة عن شبكات الكمبيوتر المتصلة ببعضها البعض، الممتدة بكل أنحاء العالم، وقد أتاح هذا النظام للمشروعات التجارية الاتصال الواحدة بالأخرى وبالعملاء، وتوفر المعلومات للمنتجات والخدمات وتســـويقها وهناك ما يسمى (بشبكة ويب العالمية) وهى مجموعة فرعية من أجهزة الكمبيوتر على الإنترنت موصلة ببعضها البعض بطريقة معينة تجعل أجهزة الكمبيوتر فقط ومحتوياتها سهلة الدخول عليها كل منها على الأخرى.

ومن هنا نشأت التجارة الإلكترونية لممارسة الأعمال التجارية بوسيلة إلكترونية وهى لا تختلف كثيرا عن التجارة بصـــفة عامة من حيث مضـــمونها ومحترفيها ولكنها تفترق عنها في كونها وسيلة مباشرة، وبصفة خاصة الطريقة التي تنعقد بها العقود وطريقة تنفيذها[١].

مجالات التجارة الإلكترونية

١. **التعريف على العملاء:** وهى الأنشطة التي تساعد المنشأة على وجود عملاء جدد وطرق جديدة لخدمة قدامى العملاء بما فيها بحوث السوق.

٢. **التصميم:** وهى الأنشطة التي تأخذ المنتج من فكرة إلى تصنيع شامل مفهوم البحوث والناحية الهندسية واختيار السوق.

([١]) حمادة، طارق عبد العال، (٢٠٠٣)، التجارة الإلكترونية ، الدار الجامعية ، الإسكندرية، ص ص ٣٢ –٣٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣. **شراء المواد والتوريدات:** هي تتعلق بالمشتريات واختيار البائعين والتفاوض على عقود التوريد طويلة الأجل ورقابة الجودة وتوقيعات التسليم.

٤. **التصنيع:** وهى أنشطة تتعلق بتحويل المواد إلى منتجات تامة الصنع شاملة التجميع والتشطيب والاختبار والتعبئة.

٥. **التسويق والبيع:** وهى تلك التي تعطى المشترين طريقا للشراء وإيجاد محفزات لهم لذلك ، شاملا الإعلان والتوزيع ورقابتها.

٦. **التسليم:** وكل ما يتعلق بتخزين وتوزيع وشحن المنتجات النهائية شاملة المستودعات ومناولة المواد واختيار الشاحنين ومتابعة توقيع التسليم.

٧. **خدمة ما بعد البيع:** وهى تلك التي لها علاقة مع العملاء وشاملة التركيب والاختبار والصيانة والإصلاح والوفاء بالضمانات وإحلال قطع الغيار وتنظيم الشبكة العالمية صفحات مترابطة للمعلومات القائمة على عناوين وأسماء المواقع حول العالم.[١]

ولعل أحدث الحاسبات الإلكترونية هي تلك التي تتعامل مع المعرفة والخبرة والذكاء فهي تحلل وتفكر وتحل المشـــكلات، وقد نتج عن التطور التقني للحاسبات أن ظهرت أجهزة حاسب آلي تديثو تتميز بأنها فائقة السرعة ومزودة بذكاء اصطناعي، للتعامل مع الكثير من البرامج.

---

(١) مجاهد، أسامة أبو الحسن، (٢٠٠٠)، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، دار النهضة ، القاهرة ، ص٣٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهذا النوعيات من الأجهزة تتفق تماماً مع الاستخدام على شبكة (الإنترنت) لأنها تتطلب سـرعة كبيرة للحاسـب الذي تتعامل معه من حيث تلقى المعلومة أو محاولة تخزينها من هذه الشبكات العملاقة، ومن هنا يظهر مدى الارتباط الوثيقة بين الحاسبات الإلكترونية وبين شبكات المعلومات وأهمها (الإنترنت).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول

نوعية الممارسة التعاقدية عبر شبكة المعلومات

تعتبر الممارســـة التعاقدية من المصادر الهامة لإرساء القواعد النظامية التي يقوم عليها القـــانون الموضـــوعي الإلكتروني الدولي للمعاملات التي تتم عبر شـــبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) والمقصود العقود التي تبرم على تقديم خدمات تلك الشبكة، وهى على نوعين:-

- **النوع الأول:**

وهى مجموعة العقود الخاصة بالاشتراك مع شبكة الإنترنت وهى التي تبرم بين الراغبين في استعمال الشبكة لترويج بضائعة أو للحصول على بيانات عملية أو ترفيهية، بين الشركات التي تقدم خدمة الاشتراك.

وفى تلك النوعية يستطيع مقدم خدمة الاشتراك أن يتعهد بعدم السماح بالدخول. على موقع خدمات تقدم مواد غير مشروعة، أو تحض على الإجرام، أو السلوكيات غير القومية أو التي تخالف النظام العام والآداب، حتى يسود في هذا المجتمع الافتراضي لشبكة الإنترنت، المحافظة على القيم والتقاليد واحترام القانون.

- **النوع الثاني:**

وهو مجموعـــة العقود التي تبرم بين مقـــدم المادة المراد إدخالها وتحميلها عل شـــبكة الإنترنـــت، وبين مقـــدم خدمة الموقع الذي ســـتبث تلك المادة علية وهذه النوعية تلقى بعض الالتزامات على عاتق مستخدمي الشبكة والمستفيد من إمكانياتها، من ذلك احترام قواعد السلوك المستقرة في مجال التعامل عبر الشبكة ، والقواعد الحاكمة لسياسة استعمال الشبكة، وكذلك

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

احترام القانون وعدم إلحاق الأذى بالحياة الخاصة وسرية الأشخاص وحرية التعبير وحقوق الملكية الفكرية[١].

عقود التجارة الدولية الإلكترونية

والتجارة الدولية عموما هي عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات وإتمام صفقاتها باستخدام وسائل الاتصال وتكنولوجيا تبادل المعلومات الحديثة عن بعد لاسيما شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) دون حاجة لانتقال الأطراف والتقائهم في مكان معين، سواء أمكن تنفيذ الالتزامات المتبادلة إلكترونيا، أم استلزم الأمر تنفيذها بشكل مادي ملموس.

وهناك عدة عمليات متشابكة في إطار هذه العقود فبالإضافة إلى تبادل السلع والخدمات تطرح عقود وخدمات الإنترنت ذاتها، كعقود الحصول على موقع على الشبكة الدولية للاتصالات، وعقود تحميل المواد الإعلانية والترويجية والبيانات الشخصية وغيرها، وعقود الاشتراك والدخول على الشبكة وغيرها[٢].

وكما عرفتها إحدى الدراسات المصرية بأنها: تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين مشروع تجاري ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

---

(١)سلامة، أحمد عبد الكريم، (٢٠٠٠)، **الإنترنت والقانون الدولي الخاص**، بحث في مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، ص ص١٦-١٧.

(٢) سلامة، أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والعقد الإلكتروني ليس عقداً نمطيا لما يستخدم فيه من الطريقة أو الوسيلة التي ينعقد بها حيث يتعين على المشترك من أجل إبرام العقد – عبر الشبكة الإنترنت – أن يكون متصلاً بهذه الشبكة دولياً اتصالاً عن بُعد. علاوة على ذلك فإنها شبكة مفتوحة بمعنى أنه يسمح لأي شخص من الجمهور بالدخول إليها دون شروط سوى أن يكون متصلا بها.

وهذه الشبكة هي وسيلة اتصال سمعية بصرية (أي مرئية) وما على العميل إلا أن يتصل بموقع التاجر ويطلب المعلومات التي يرغبها، بل ويمكنه التجربة في بعض الأحيان، فتعرض بعض المواقع على سبيل المثال ملابس للبيع بتجربتها على مانيكانات افتراضية، أي يوجد تفاعل بين التاجر والعميل[١].

وهناك تعريفاً أخر للعقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية بأنه:

"إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شـــبكة دولية مفتوحة للاتصـــال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل فلا يختلف عقد التجارة الإلكترونية أو العقد الإلكتروني عن أي عقد فيجوز أن يرد على كل الأشياء والخدمات طالما أنها ليست خارجة عن التعامل، وأن أطراف لا يفترقون عن أطراف أي علاقة تجارية بين بائعين أو مقدمي خدمات وبين مشترين أو مستهلكين للسلع، وكما قد تتم العقود بين المشروعات الخاصة أو العامة، تكون عقود بين أفراد عـــاديين وقبل أن نتطرق للقواعد التي تحكم هذا العقد ينبغي لنا توصـــيفه أو تكييفه[٢].

---

(١) سلامة، أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٢) تقرير لجنة التجارة الإلكترونية، مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار، رئاســـة مجلس الوزراء المصـــري، ١٩٩٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

تكييف العقد الإلكتروني

ترتكز ماهية أي عقد من العقود على تحديد الفئة القانونية المطبقة على حالة محسوسة، أو بالبحث عن طبيعته وتحديد ماهيته لإدخاله في فئة سبق تطبيق قواعدها على العلاقة العقدية المعينة، وهو في الوقت نفسه ربط تلك العلاقة وإدماجها في فئة وضع لها نظام قانوني.

والوصيف يشترك في التصنيف اشتراكاً وثيقا على أنه لا يمكن أن يختلط الوصف بالتصنيف سابق للوصف الذي يتعذر فهمه بدونه.

المطلب الثالث

التفرقة بين الوصف والتفسير

الوصف يفترض وصف ما لوقائع معينة، أما تفسير هذه الوقائع فيعود إلى منهجية أخرى. ووصف العقد يحوى مراحل متتابعة عديدة، فعندما ننظر إلى العقد الذي نحن بصدده نواجه بتوافق إرادتين، ثم نتساءل هل هاتين الإرادتين تؤدى إلى آثار قانونية؟ فإذا كان الجواب بالإيجاب ، فنطرح السؤال التالي:-

في أي فئة قانونية عامة نجد في هذا الإتفاق عناصر ارتباط لنظام قانوني مناظر لها. وهذه المرحلة تحدد الفئة القانونية الخاصة التي بها العقد، ومن هنا جاءت التفرقة بين العقود المسماة والغير مسماة، وقد يكون العقد متضمناً نموذجاً في ذاته لعناصر مختلفة يخضع كل منها لنظام قانوني خاص[1].

([1])السنهوري، عبد الرازق،**مصادر الالتزام**، ص ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- **تفسير العقد:** يتحدد تفسير العقد على طبيعة إرادة الطرفين، والبحث عن الإرادة الحقيقية دون التوقف على المعنى الحرفي للتعبير، إلى جانب الاستناد إلى معايير أخرى كحسن النية في المعاملات والعادات التجارية.
- **حسن النية في التعاقد:** فالعقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية انطلاقاً من مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز نقضه أو تعديله من جهة القاضي بدعوى تحقيق العدالة التي تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها.

ومؤدى ذلك أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بمفردة بنقض العقد أو تعديله والالتزام بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيراً صارماً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها.

ويجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يرفضه حسن النية وما يقضيه شرف التعامل، فإذا ما تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف التعامل.

في حُسن النية تظل العقود جميعا سواء فيما يتعلق بتعين مضمونها، أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها[1].

([1])الفكهاني، حسن، الموسوعة الذهبية ، طعن مدني رقم ١١٤٩٦ لسنة ٦٦ق، جلسة ١٩٩٨/٦/١٦، وطعن رقم ٢٠٥٧ لسنة ٦٨ ق، جلسة ١٩٩٩/٦/١٦ – (٥)، ص ٣٩٩ ، ٤٠١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهناك قواعد رسمها القانون، وأراد بها حماية كل طرف بما تم الإتفاق عليه وهي:-

- **التزام من قبل المانح:** في تنفيذ العقد في المدة المحدودة، وبالطريقة التي يقتضيها العرف التجاري، وضمان أي عيب في المبيع إلى غير ذلك من الإتفاقات.
- **التزام من قبل المتلقي:** في عدم الرجوع خلال المدة المتعارف عليها، وإعطاء الثمن بالوسائل المتعارف عليها.

فضلا عن ذلك هناك بعض قواعد لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها من ذلك:

- لا يجوز التنازل مقدماً عن الطعن بالغبن في الأحوال التي يصح فيها ذلك.
- كذلك لا يجوز التنازل أيضا مقدما عن التمسك بوجه آخر من البطلان أو الفسخ في عقد لم يكن قد تم وقت صدور التنازل.

ولكن إذا ما وقع العقد باطلا أو للفسخ فإنه يجوز للمتعاقد أن يجيز البطلان أو أن يتنازل عن المطالبة بالفسخ[١].

كذلك من القواعد ما يتعلق بالآداب: وهى قواعد متغيرة، فالآداب في أمة معينة، وفى جيل معين، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بأتباعها وللدين أثر كبير فيها.

وينبغي من حيث المبدأ تقدير نية الطرفين المشـــتركين عند إبرام العقد، كذلك الأخذ في الاعتبار بالعناصـــر اللاحقة لتكوين العقد، هذا بالإضـــافة على ما يجرى عليه العمل التجاري والعرف في المعاملات.

---

(١) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية العقد، ص٥٢٦، ٥٢٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع

العقد المسمى وغير المسمى والذي من نوع خاص

فالعقد الغير مسمى هو العقد المجرد من الاسم، ولم ينص عليه القانون أو بالأحرى لم ينظمه والعقد من نوع خاص ليس بالضرورة عقد غير مسمى فلا حد للصور التي يمكن أن تتخذها العقود، إذ هي تختلف باختلاف الأمور الذي يرد عليها توافق الإرادتين، ما دام لا يحل بالنظام العام فللأفراد الحرية كاملة في أن ينظرا شئونهم بالشكل الذي يريدون، ومن هنا كانت العقود من حيث موضوعها لا تتناهى ولا تقع تحت حصر.

من هنا فإن النظم القانونية وجميع الصور التي تتخذها العقود لم يستوعبها كلها، وإن أقتصر على بيان الأحكام الخاصة للعقود التي يلمس أهميتها الناس بحسب حاجتهم. ولا يفهم من ذلك أن العقود الغير مسماة لا تخضع لتنظيم القانون، إلا أن هناك أحكاماً أساسية تسير على العقود جميعاً ما لم يرد بشأن بعضها حكم خاص أو كانت طبيعتها تتجافى معها.

فالعقد غير المسمى للأحكام العامة للقانون، وللأحكام التي تستنتج عن طريق القياس بمقارنته قد يشابه العقود المسماة.

وإذا عرض عقد من نوع خاص وبرزت أهميته وتكاثرت المنازعات في شأنه يتدخل التنظيم التشريعي لوضع الأسس الخاصة به.

العقد غير المســـمى: يمكن أيضاً أن يكون من نوع خاص بمعنى أنه قاصر على بعض الأوصاف، وقد يكون هناك تشابه أو تنافر بينهما، بمعنى أنه غير داخل في التصفيات الموضوعة سابقا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إما لأن نظامه القانوني مأخوذ عن عقد مســـمى أو عقود مسماة، وإما لأنه غير خاضع لنظام عقد مسمى آخر، وقد يكون عقد غير مسمى من نوع خاص، وهذا النموذج لا نلتقيه عندما يكون طرفـــاه قد حددا بدقة النظام القانوني لاتفاقيتها، فالعقد يجب أن يرجع إلى ما هو معروف سواء تعلق الأمر بالوصف أو بالنظام القانوني[1].

لكن الرجوع إلى توصيف العقود غير المسماة يكون بطريقة احتياطية، ذلك لأن العقود جميعها لها نوع من الأصالة بالنسبة للتصفيات المعروفة، ويقتضى عدم تجاهل ذلك، وأن اللجوء إلى الوصـــف غير المســـمى يكون في أضيق الحدود ذلك أنه تكون هناك مقومات قانونية تضع تصـــنيفا معيناً للعقد، كذلك فإن قواعد النظام العام تنأى بها للدخول في إطار التصـــنيف غير المسمى إلا بتبصر، تحايلا على القواعد الآمرة. واكتشف موضوع جديد للعقد قد يقود أحياناً إلى توسع التصنيف للدفع في إطار العقد غير المسمى، وإن كان في الحقيقة داخل في إطار القواعد المعروفة ذلك أن الممارسة العلمية لموضوعات العقود تتمثل في أنها داخلة في إطار عقد معين من العقود المسماة.

وإذا نظرنا إلى عقد التجارة الإلكترونية نجد أن المتعاقدين يحددان نظاماً معيناً للتعاقد قد لا يخضعان فيه لنظام قانوني محدد، ولكن الممارسة الفعلية تسوس الطرفين إلى تطبيق القواعد الخاصة التي تسود العقود بوجه عام.

---

(1) زوكاغي، أحمد، (١٩٩٢)، **أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي**، ط١، تنازع القوانين، الدار البيضاء، تويفال للنشر، ص٢٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فنحن بين أمرين هما: التطبيق الدقيق لقواعد التنظيم القانوني للعقود والحفاظ على الذات الخاصة المراد إبرامه.

لذا فإننا من الممكن أن نضع معياراً لصفة العقد وطبيعته من خلال تعاملات طرفي العقد – الذي نحن بصدده.

أولاً: اعتبار التعاقد عن طريق التجارة الإلكترونية داخلاً ضمن الأعمال التجارية. ذلك أن لصفة المتعاقدين تأثير مباشر أو غير مباشر في العقد، فالشركات التجارية تقوم بالأعمال التجارية، وينتج عن ذلك أن العقود التي تبرمها هي دائما عقود تجارية تخضع بالضرورة للقانون التجاري.

ثانياً: يضاف إلى ذلك شكل العقد فإن كان التنظيم القانوني يجعل من هذا الشكل أحيانا شرطاً لصحته أو أحد عناصر الوصف القانوني له ذلك قد يدل على أنه يخضع للعقود التجارية. والشكل دائما يتمثل في تحرير مستند كتابي أو كتابة العقد ، ولكن يطرأ على ذلك ما يسمى بالحاسب الآلي ليضع شكلا جديداً من أشكال التعبير عن الإرادة ليجعل للعقد الذي نحن بصدده شكلاً مميزا[1].

ثالثاً: طبيعة العقد، حيث نص القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في مادته الخامسة على أنه يعد عملاً تجاريا:(ط) الاستغلال التجاري لبرنامج الحاسب الآلي والبث الفضائي عبر الأقمار الصناعية.

([1])زوكاغي، أحمد، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي، المرجع السابق ، ص ٢٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالعقد الذي نحن بصدده ينشئ عدة إلتزامات على وجه المساواة وذلك لما ينشئه هذا العقد من إلتزامات عامة، وإلتزامات فرعية.

أ. الالتزامات الأولى: موجود في كافة العقود باعتبارها جوهرية للإتفاق في أي عقد من العقود المسماة (من الالتزامات المتبادلة بين البائع والمشتري في تسليم البيع ودفع الثمن). وهذا الإطار العام للالتزام هو ما يضعه المشرع من قواعد آمرة[1].

ب. أما ما يترك لإرادة الأفراد (أطراف التعاقد) من إلتزامات فرعية ما يوجبه العقد من قواعد مكملة، مما ينتج وصف الالتزامات الأصلية الملقاة على عاتق كل من المتعاقدين تحديد طبيعة العقد الثانوية وتلك التي تحدد نطاق العقد (مثل شرط ضمان المبيع مثلاً).

وإذا كنا إزاء هذا النوع من العقود، نجد لدور الإرادة الاتفاقية أكثر رحابة وسعة عن الإطار التنظيمي، وخصوصاً إذا كان هذا الإبرام يتم بين جهتين تنتميان إلى جنسيات مختلفة.

فخاصية العقد (عقد التجارة الإلكتروني) هي إنشاء آثار قانونية لالتقاء إرادتين بتحليل الالتزامات التي يولدها، وأنه بذلك يعتبر أداة لإرضاء حاجات الأفراد والأشخاص المعنوية، ولكن ذلك لا يتم إلا في إطار النظام العام والآداب (فإن في الإتفاق بين الطرفين على توريد أحدهما للأخر أفلاماً مخلة بالآداب) يجعل هذا الإتفاق باطلاً من أساسه وغير مشروع[2].

([1])جستان: أثار العقد – ترجمة منصور القاضي، ٢٠٠٠، ص ١٣٤- ص ١٣٦ – ١٤٠ – ص ١٤٢ ، ١٤٣-١٤٩

([2])أ.د، عبد الباقي،(١٩٨٤)،نظرية العقد، ص٥٥-٥٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- وإذا كانت المعاملات التجارية قد تطورت بتطوير الحاســـب الآلي لتنشـــئ هذا النوع من العقود خارجاً عن المتعارف عليه، وقد يخرج عن مظلة الحماية القانونية (لما يســـئ أحد طرفي التعاقد استعمال ما هو ملتزم به) وكما قلنا فقد يكون موضوع العقد غير مفهوم[1]لما هو متعارف علية من العقود لذا كان من المنطقي وضع نظام تشريعي لحماية طرفي التعاقد من إساءة استعمال الحرية التعاقدية.

(1)أ.د. دويدرا، هاني، أ.د، العريني، فريد، الأعمال التجارية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني:مضمون الإرادة والعقد الإلكتروني

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة

إذا كان العقد كمصدر للالتزام يكفى حتى يتم التقاء طرفيه وتلاقى الإيجاب والقبول، من أجل ذلك نجد المادة ٨٩ تقضـــى بأنه: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد).

ويحصل التعبير عن الإرادة دون تقيد بطريقة معينة أو بشكل خاص فيصح أن يحصل التعبير عن الإرادة باللفظ، كما هو الغالب عملاً، أو يقع بالكتابة (سواء أكانت مخطوطة أو مطبوعة أو مكتوبة على الآلة الكتابية، وسواء أجاءت في سند أو رسالة)، ولا يوجد ما يمنع من أن يحصل التعبير عن الإرادة بالإشارة ما دامت متداولة عرفا، تداولا لا يثير شكا في حقيقة مدلولها، كذلك يتم التعبير عن الإرادة بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ولو لم يصحبها كلام.

كمـــا أن التعبير عن الإرادة قد يحصـــل في النهاية باتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصور (المادة ١/٩٠ من التقنين المدني).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ووسيلة التعبير عن الإرادة (من خلال الحاسب الآلي) تتم عن طريق رسائل من خلال شبكات الاتصال الخارجي وتتضمن[1]إما عرضاً للتعاقد، أو ايجابا أو قبولا.

وتتميز رسائل هذه الشبكات بأنها داخل أنظمة المعلوماتية، ويقوم المنتج باستخدام الذكاء الاصطناعى للإشراف على تنظيم وتوفير عمليه التخزين لدية فيما يختص مثلاً بمكونات الإنتاج حيث يعطى للنظام المعلوماتي مؤشرات بخصوص مراعاة توفير حد أدنى من كمية الإنتاج، وعلى هذا النظام أن يقوم عند وصول كمية المخزون هذا الحد الأدنى بالبحث عن مورد لسد النقص بناء على مواصفات معينة للسلعة، وعلى السعر الأفضل، ويتم إبرام العقد دون أن يعلم المنتج بوقت هذا الإبرام، أو بمضمون العقد على وجه الدقة، أو بالطرف الآخر المتعاقد.

كل هذه الأمور لا تطابق مع المتعارف عليه في العقد على الوجه المعروف، وأساليب إبرامه التقليدية التي تنطلق من تطابق إرادتين: الإيجاب والقبول، وعلم مصدرهما بهما.

ولم يقتصر إبرام العقود بوسيلة استخدام النظم المعلوماتية على قلب المتعارف عليه ودون إدرادة، بل تعدى ذلك إثبات العقد وكتابته كدليل لإثباته ذلك أن الرسالة الصادرة من النظام التقنى الحديث، والتى تمثل ايجابياً أو قبولاً يثير مشكلات بشأن ماهية الطبيعة القانونية لعرض السلع والخدمات عن طريق هذه الرسائل، وهل نحن بصدد دعوة إلى التعاقد أو ايجاب كما يطرح مسألة حماية المستهلك، وضرورة تدخل المشروع في هذا المجال.

---

(1) عبد الباقي، عبد الفتاح، المرجع السابق، ص٩٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من الواضح إذن أن العقد الإلكتروني ليس عقد بيع تقليدى، إذ يتسم ذلك العقد ببعد الطرفين وانفصالهما عن بعضهما البعض[١]حيث يتعلق بتقديم منتج أو خدمة ينعقد بمبادرة من المورد، دون حضور مادي متعاصر منه أو من المستهلك، باستخدام تقنية للاتصال عن بعد من أجل نقل عرضي المورد وأمر الشراء من المستهلك.

المطلب الثاني

طرق التعبير عن الإرادة عبر الحاسب الإلى[٢]

هناك عدة طرق بذلك التعبير، تبدأ بالتعرف على السلع والخدمات المعروضة ثم طلب الشراء والإتفاق على اتمام المعاملة ببيان كيفية الوفاء والتسليم سواء تم ذلك عن طريق:-

- البريد الإلكتروني.
- أو الدخول مباشرة إلى الموقع.

المطلب الثالث

التعبير عن الإرادة عن طريق البريد الإلكتروني

حيث يمثل البريد الإلكتروني جانب هام في ارسال الرسائل المتبادلة على الإنترنت، فهو غالبا ما يستخدم لنقل الملفات[٣]، وامتداد ذلك على الإنترنت متعدد الأغراض حيث يوسع هذا النظام من قدرات الرسائل لتشمل (كليب الصوت والفيديو، والرسومات)

---

(١) رشدي، محمد السعيد، (١٩٩٨)، التعاقد بوسائل الاتصال الحديث، الكوريت.

(٢) مجاهد، أسامة عبد الحسن، المرجع السابق، ص٤٨.

(٣) أحمد، بشار طلال، (٢٠٠٣)، **مشكلات التعاقد عبر الإنترنت**، ص٣٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أنها تسهل النقل الآمن لمختلف أنواع العمليات على الإنترنت.

وتستخدم الشبكات الخاصة غالبا البريد الإلكتروني لنقل معلومات التبادل الإلكتروني للبيانات بين الشركات المشاركة[١]، ويمكن إرسال المستندات عبر ذلك البريد طالما أنها أساساً ملفات نصوص ويمكن رؤيتها على (ويب براوزر) مبسط أو من على برنامج بريد إلكتروني ذى تطبيقات مساعدة ويتم إجراء العمل للتعريف بتسليم الرسائل عن استخدام البريد الإلكتروني على الإنترنت وبروتوكول تحقيق ذلك يتم تحليله، والتوقيع الإلكتروني ونظام الحاسب الإلى يجعلان البريد الإلكتروني أكثر ملائمة لنقل المعلومات على الإنترنت.

وطبيعة البريد الإلكتروني في تغير مستمر، ولكن ينقصه خدمة الدليل، والأمن ليس مضموناً، ومع هذا فإن الأمن والدليل في تحسن مع البروتوكلات الجديده. وبذلك يكون للبريد الإلكتروني الدور الإيجابى كوسيلة من وسائل التعاقد التي تتم بسرعة في الإرسال والاستقبال[٢].

وقد أبدى مستخدموا الإنترنت ثقة نسبية بالمواقع التجارية الإلكترونية الآمنة حيث بدت النسبة في أحد البيانات ١٥% عن البريد الإلكتروني[٣].

---

(١) عبد العال، طارق، المرجع السابق، ص٧٦٣، ص٣٣.

(٢) الخيال، محمود عبد المعطي، (١٩٩٨)،**الإنترنت وبعض الجوانب القانونية**، ص١٤٣.

(٣) أبو القاسم، محمد أحمد، (٢٠٠٠)، التسويق عبر الإنترنت، ص٦٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع

التعبير عن الإرادة عن طريق الدخول للموقع مباشرة

بموجب هذه الطريقة يتم عرض المنتجات أو الخدمات لمستعملى الشبكة العالمية من خلال كتالوجات تحدد المزايا المتعلقة بها، وقوائم الأسعار بحيث يستطيع المستهلك التعبير عن إرادته بعد ذلك إدخال المعلومات الضرورية: (كاسمه، وعنوانه، وبريده الإلكتروني) ويعد ذلك ايجابيا فيه، يتطلب تعبير البائع عن إرادته بالقبول لانعقاد العقد.

وقد استخدمت هذه الوسيلة (كأداة تكنولوجية) يتطور استخدامها على موقع نقل المعلومات (موقع ويب Web site)، ولكي تتيح للعملاء الدخول للشبكة لتتبع البضائع وعرضها، مع عرض الاسعار الخاصة بها[1].

وقد نجد بعض المخاطر بالنسبة للمعلومات (لمورد ما) مثل عنوان البريد الإلكتروني، وبطاقة الإئتمان وكيفية تنفيذ العقود الإلكترونية إذا ما وجد عدم لانتفاع بالسلع والخدمات.

المطلب الخامس

التعبير عن الإرادة بواسطة عقد الإطار

والواقع أن الهدف الذي يسعى إليه اتفاق الإطار هو مجرد تيسير إبرام وتنفيذ العقود المطبقة أو المنفذة له، عند الحاجة إلى إبرامها بوضع منوال لإبرام كل منها، يعين كيفية طلب السلعة أو الخدمة، وكيفية الرد على هذا الطلب وما قد يحتاج كل منها من نماذج نمطية أو غير نمطية (أي عن طريق المعاملة الإلكترونية)

---

(1) الخيال، محمد عبد المعطي، المرجع السابق، ص١٣٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ووضـــع الشـــروط التنفذية (كموعد التســـليم ومكانه، وكيفية الوفاء بالثمن، والشروط المتعلقة بالمسؤولية عن العيوب في المبيع ونحوها). وهذا الإتفاق (أو الإطار) لا يتضمن تحديدا لكافة العناصـــر الجوهرية للعقد التطبيقى الوارد مباشـــرة على السلعة أو الخدمة، ومن ثم فليس وعدا بالتعقيد، وإنما هو إتفاق متميز عنه في أهداف محتواه[١].

مجال إتفاق الإطار:

ونظراً لمـــا لهذا النوع من الاتفاق من أهمية، فإنه يصـــادف في كافة أنواع النشـــاط الاقتصادى، إذا يكفى لقيامه مجرد وجود تداول للسلع والخدمات يراد لها الاستمرار الاقتصادى، (وهو ما توفره شبكات الأعمال على اختلاف مجالاتها). فالمستورد في حاجة إلى تنظيم علاقته بمراكز إنتاج وتوزيع السلع ، وكل منها في حاجة إلى تنظيم علاقتها بالبنوك التي تحول عملياتها المتلاحقة، وبشـــركات التأمين التي تؤمن على البضائع المستوردة والصادرة ، وبشركات النقل التي تتولى نقلها[٢].

كل هذه تبين طرق التعبير عن الإرادة ولكن كيف يتم التحقيق من البيانات عن ســـؤال الطرفين عبر الحاسب الإلى (الإنترنت)، وبالتإلى نسبة صدور الإرادة عن صاحبها خاصة إذا عملنا أن الشبكة معرضة للاختراق والتدخل من الغير مع احتمال الخطأ العمدي وغير العمدى.

---

(١) عبد العال، طارق، المرجع السابق، ص٤٤٣

(٢) الجمال، مصـــطفى، (٢٠٠١)، الســـعي إلى التعاقد القانوني المقارن –منشورات الحلبي الحقوقية– بيروت– لبنان، ص٢٨٠–٢٨٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإذا كان اشتراط أهلية التعاقد من السهل التأكد من تحققها بين حاضرين في مجلس واحد ، إلا أن هذا الأمر لا يمكن تطبيقه في التعاقد عن بعد[١]، فهو اتفاق بالمراســـلة الإلكترونية بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد.

تحرى سلامة الإرادة

لـــذا كان لابد من التعرض لنقطتين هامتين وهما: الوثوق من مواقع الإنترنت، ثم تحديد أهلية الشخص المتعاقد.

التأكد من مواقع الإنترنت:

تتم عمليه التجارة الإلكترونية عن طريق (الويب) بالدخول إلى الموقع مباشرة، لذا كان لابد من تفادي المواقع الوهمية (التي تقدم صفقات مشبوهة وتحتال على الزبائن وترتكب جرائم تسمى بجرائم الإنترنت) [٢].

لـــذلـــك وجـــدت جهات تقوم بعملية التوثيق والتى تختص بمهمة تعقب المواقع الوهمية والكشف عنها عن طريق استعمال الشهادات الرقمية التي تضمن استخداماً آمناً للمواقع التجارية. وإذا ثبت لهذه الجهات أن الموقع المنشـــود والتعاقد معه ليس آمنا تقوم بارسال رسالة تحذيرية للزبون الذي يريد التعاقد بأى علاقة أن الموقع غير آمن،[٣] ويترك له الخيار بالمضي إما بإبرام الصفقة التي يبتغيها ، أو الإحجام عن ذلك والالتجاء إلى موقع آخر أكثر أمنا.

---

(١) طلال، بشار– المرجع السابق، ص٣٧

(٢)جهات التوثيق (Authentication Huthority) – الشهارات الرقمية (Digital).

(٣) علوان، رامي محمد، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني – مقالة منشـــورة **بجملة الحقوق** – الكويت العدد الرابع – السنة ٢٦ – ديسمبر ٢٠٠٢

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويقصد بالأهلية – بوجه عام – صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك والعقد الذي يبرم عن طريق الإنترنت شأنه في ذلك شأن أي عقد لا ينعقد صحيحاً الإ إذا كان صادراً عن متعاقدين تتوافر فيهما الأهلية[١].

(والاصل) أن كان كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون ويتفرع على ذلك قيام قرينة على توافر الأهلية من شأنها إلقاء عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بعدم الأهلية[٢].

وقد يقوم أحد الأشخاص الذين لم يبلغوا سن الرشد أو أحد القاصرين، وهم الممنوعون حكماً من القيام بشراء الخدمات أو البضائع على الإنترنت – بالتعاقد عن طريق تلك الوسيلة[٣].

ما الأسلوب الذي يتبع مع هؤلاء وأمثالهم لمنعهم من التعاقد ؟

لعل العلم بتطوراته الهائلة وتقنياته الحديثة لا يقف حائراً للإجابة عن ذلك، خصوصاً وقد طرح ما يسمى (بالتوقيع الإلكتروني – بصحة اليد – البطاقة الذكية) لتجد حلاً لتلك المشكلة.

ويوجد أيضاً ما يسمى بسلطات الإشهار التي هى عبارة عن أطراف ثلاثة محايدة، سواء هيئة عامة أو خاصة تنظم العلاقة بين الطرفين على الخط، فتقوم بتحديد هوية الطرفين أو أهليتهما القانونية عن طريق إصدار شهادات تثبت حقائق معينة عبر الإنترنت[٤].

---

(١)عبد الفتاح عبد الباقى – المرجع السابق، ص٢٤٤

(٢)المادة ١٠٩ من التقنين المدني.

(٣)المذكرة الايضاحية للمادة السابقة – مجموعة الزعماء التحضيرية للقانون المدني.

(4)Certifcation Authority.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كذلك قد يضم الموقع على الإنترنت بشكل يلزم الطرف الذي يريد التعاقد بالكشف عن هويته، والإفصاح عن عمره، وفى حالة إغفال ذلك فلن يسمح له بالمضى في إبرام الصفقة التي يبتغيها.

ومن أهم الطرق الغير مباشرة التي يقوم عليها المنتجون أو المزودون نماذج العقود التي توضع على الإنترنت والتى يمكن أن تحول صياغتها بشكل ملائم وبلغة سلسة مبسطة مفهومة دون تعاقد الفئات غير المرغوب فيها على الخط[1]، حيث ينعي صراحة في هذه النماذج على أنه لا يقبل إبرام هذا العقد ممن لا يبلغ سن الرشد ولكن يجب أن يلفت المزود أو المنتج إنتباه الزبون أو المستخدم إلى ضرورة قراءة هذه النماذج قبل إبداء رغبة في التعاقد.

(1)رامى علوان – المرجع السابق، ص ٢٤١ ، ٢٤٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث:إبرام العقد

تقتضـــي دراسة هذا المبحث الثالث أبرام العقد البحث في مواضيع ذات أهمية وهذا أدى إلى تقســـيم المبحث إلى ثلاثة مطالب الأول منها لحظة ابرام العقد، والثاني الدعوة إلى التفاوض عبر الانترنت وأما الثالث التشـــابهة بين الموقع التجاري الموضوع على (الويب) ونافذة الموقع الحقيقة.

المطلب الأول

لحظة إبرام العقد

إن ما يثيره هذا الموضـــوع يجعلنا نتساءل عما إذا كانت الإرداة في مجإلى المعلومات التي تتم عبر شـــبكات الإتصال في الالتزام دائماً حاضرة، أم أنه يتعين تعديل فكرة التعبير عن الإرادة. ثم نتساءل عن توقيت ومان إبرام العقد.

وإذا كان الطرف المتعاقد هو الذي يحدد المؤشرات الجوهرية في الإعلان عن إرادتة عبر وسيلة الإتصال الحديثة عن بعد، فإن الرضاء لا يطرأ عليه في الصورة التقليدية تعديل، حيث إن الإرادة البشرية هى التي تحدد وتقرر محتوى العقد[1].

([1]) د. خالد، ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الالكتروني** ، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ، ط١ ، بلا سنة طبع ، ص١٧١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وانطلاقاً من هذا المنظور يجب التفرقة بين مستويات فنية مختلفة:

أولاً: قد يستخدم الشخص وسيلة حديثة للاتصال عن بعد لكى يعلن وينقل بيانات تمثل الإيجاب أو القبول قد قام بإنجازها مسبقاً، فالطرف الذي استخدم الجهاز قام بتحديد عناصر الرسالة بأكملها بالضغط على مفاتيح الجهاز المكونة للرسالة التي صاغها بنفسه وأرسلها عبر الشبكة في اللحظة التي يريدها.

ثانياً: يحدد الطرف عناصـــر الإعلان عن الإرادة مســـبقاً أيضاً – عن بعد – الذي يبرم وفقاً لنظام معين، يعتبر الجهاز قابلاً للإيجاب الصـــادر من أحد العملاء، وذلك عند شـــروط معينة موضوعة مسبقاً طرف البائع مثل توفير السلعة وموافقة المشتري.

ثالثاً: من خلال نظام الذكاء الاصطناعى الذي في قدرته أن يصوغ إيجاباً أو قبولاً، فجهاز الحساب الإلى هو الذي يحدد وقت ومحتوى العقد. وهناك عدة نظم للحساب الإلكتروني – مثل الوسطاء أو المعاونين الأذكياء التي حددها الطرف الآخر، وعند العثور على السلعة المبتغاه يمكن للجهاز أن يقوم بطلبها.

أى أنه من الممكن تصور جهاز أو نظام إلكتروني يقارن الأسعار في الأسواق وفقاً لجودة وكمية السلعة المبتغاة ويقوم بقبول الإيجاب الأفضل آلياً (هذا من ناحية المشتري).

ومن الممكن أيضاً تصور نظام عن بُعد يقارن ظروف السوق (الثمن – المنافسين) ويقدم إيجاب يتضمن سعراً أقل من أسعار الآخرين (هذا من ناحية البائع).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المشكلة التي نحن بصددها أننا إزاء هذه الأنظمة الحديثة للأجهزة الآلية قد وضعت الباحثين في مأزق إزاء حركة التعاقد أو عدم التعاقد، كذلك مدى تحديد محتوى العقد، وبحث دور الإرادة في حالة تبادل المعلوماتية عن طريق تلك الأجهزة فنحن أمام تقنية متقدمة تلعب دوراً في محتوى العقد وهى ظروفه من التزامه بالعقد[١].

هناك توجد المشكلة في ضرورة التوفيق بين القواعد المستقرة للإلتزامات العقدية، وبين هذه الصور من المعاملات الإلكترونية.

فمن ناحية الإرادة الباطنة: على الإنسان أن يحدد مضمون العقد، أو على الأقل الإطار العام الذي يحدد العناصر الجوهرية للتعاقد ؟

الأمر الأول: اللحظة الزمنية عند إصدار الرسالة بواسطة الجهاز الإلكتروني.

الأمر الثانى: عند تركيب أو تسيير أو برمجة النظام، أي التشغيل العقلي للجهاز الإلكتروني.

ووفقا لهذا التقسيم يمكن أن يكون هناك مساران، واتباع أحدهما في معالجة المشكلة المطروحة.

فوفقاً للمسار الأول: نجد أن الإرادة نفسها موجودة متضمنة كل العناصر اللازمة وقت إصدار الرسالة.

ووفقاً للمسار الثانى: تعد آلة الحاسب الإلكتروني هى التي تظهر الإرادة البشرية المنشئة للحظة إصدار الإعلان، أي الإرادة بدت لحظة تشغيل الجهاز الإلى.

---

(١) د. إبراهيم، خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق ، ص ١٧٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولكنها قبل مرحلة الابرام تمر مرحلة سابقة عليه هو ما يسمى بالتفاوض، أو الدعوة إلى التعاقد[١].

المطلب الثاني

الدعوة إلى التفاوض عبر الإنترنت

ويقصد بها العرض الذي يتقدم به أحد الأشخاص للتعاقد دون أن يحدد عناصر العقد وشروطه (كأن يضع إعلاناً للجمهور يعرض فيه السلعة من غير تحديد سعرها أو نوعها أو مواصفاتها) [٢]، وأهم ما يميز مرحلة التفاوض هو عنصر الاحتمال، بمعنى أنه من غير المؤكد بالنسبة لطرفي التعاقد أن يسفر عن اتفاق سواء بالبيع أو الشراء ، فالمفاوضات التعاقدية تمر عادة بمرحلتين:-

١. مرحلة أولية:

يسعى فيها كل راغب في التعاقد إلى التعرف على الشخص الآخر الذي يمكن أن يتعاقد معه.

٢. مرحلة ثانية:

تتحدد فيها مقومات العقد المنشود بينهما بالإيجاب محدد ينعقد بقبوله من الطرف الآخر. فالدعوة إلى التفاوض، والإيجاب هو التعبير عن الإرادة. والفارق بينهما هو فارق وظيفى.

---

(١)علوان، أمنية، (٢٠٠٠)، **لمحات بشأن الجوانب القانونية للعقود المبرمة باستخدام وسائل الاتصال الحديث**، كلية الحقوق، الإسكندرية.

(٢)السنهورى – الوسيط – جـ١، ص ٢٦١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أ- فوظيفة الدعوة إلى التفاوض هى مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة مجردة في التعاقد بقصد 'كتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة، أو بقصد استدراج من وجه إليه الدعوة إلى تقديم عرض محدد أو إيجاب به[1].

ب-أما الإيجاب فوظيفته صياغة مشروع محدد المعالم قابل للتحويل إلى إتفاق بمجرد إعلان من يوجه إليه عن قبوله له.

لذا فإن مرحلة المفاوضات عن طريق الجهاز الإلكتروني لها أهمية بما تتضمنه من تحديدها للتعاقد المنشود، وكيفية تنفيذه، وجزاء الإخلال اللاحق ببنود التفاوض السابق تحديدها وهل هناك مسئولية على ذلك ؟

وإن كـــان هنـــاك وجه للتفرقة بين الدعوة إلى التفاوض، والدعوة إلى التعاقد، فالأولى تقضـــي إلى حدوث تفاوض على العقد، أما الثانية فلا تسمح للطرفين بفتح باب التفاوض بينهما، وإنما لمرحلة لاحقة ألا وهى مرحلة إبرام العقد، أي تبادل الإيجاب والقبول النهائيين الذي ينعقد به العقد.

ومن ثم فلن يكون هنـــاك تفـــاوض على العقد إلا عندما توجه دعوة إلى التفاوض (أي إيجاب بالتفاوض) يتم قبولها من الطرف الآخر.

---

(1)الأهوانى، حســـام، **المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولى**، بحث نشر بمعهد قانون الأعمال الدولى – كلية الحقوق – جامعة القاهرة .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتلعب المســـاومة دوراً رئيســـياً وفعالا في إطار التفاوض على العقد، وهى في الحقيقة ســـلســـلـــة متواصـــلة ومتبادلة من التعبير عن الإرادة من قبل طرفيها يحاول كل منها من خلال[١]إقتراح صياغة لعناصر العرض المختلفة تكون ضامنة لمصالحه وتكون في الوقت نفسه مقبولة من الطرف الآخر.

وتتم الدعوة إلى التعاقد بأن يدعو صاحب المتجر الإفتراضي زبائنه إلى التعاقد معه على الخط ويحاول، قدر الإمكان أن يغريهم ويجذبهم إلى منتجاته وخدماته الرقمية وغير الرقمية بشتى الطرق والوسائل (فهو تارة يبعث برسائل عبر البريد الإلكتروني عارضاً فيها أسعار منافسة وعروضاً خاصة، وتارة أخرى يرسل إعلانات عن طريق المجموعات الإخبارية، والويب، أو قد يضمّن موقعه كتالوجات على الخط يستطيع الزبون من خلالها مشاهدة البضائع وتحديد أوصافها فيدفعه كل ذلك إلى التعاقد).

المطلب الثالث

مدى التشابه بين الموقع التجاري الموضوع على (الويب) ونافذة الموقع الحقيقية[٢].

ويمكن أن نطبق هنا المادة ٨٩ من التقنين المدني فإذا تضـــمن موقعه عرض الســـلع والخدمات عن طريق الحاسب الإلى (الإنترنت) ثمن المبيع يعد هنا العرض إجابياً شأنه في ذلك الشأن، عرض البضائع على واجهات المحلات التجارية من بيان أثمانها .

---

(١) عبد الله، رجب كريم ، المرجع السابق ، ص ١١٥ .

(٢) الجمال، مصطفى،المرجع السابق، ص ٣٠ .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ففى الحالتين يتحقق للزبون رؤية الشـــئ المبيع ســـواء أكانت رؤية حقيقية بالعين أم إفتراضية داخل الموقع التجاري على الويب عن طريق شاشة الحاسب الإلكتروني فتحقق التطابق بين الإرادة المكونة للقبول بعد ذلك. وهذه العناصـــر هى – بحســـب الأصـــل- العناصـــر الموضـــعية[١]التي تحدد ماهية العقد وتميزه عن غيره من العقود والتى لا يتصـــور وجود العقد بدونها (يعتبر العرض محدداً تحديداً كافياً عندما يحدد البضائع ويحدد صراحة أو ضمناً الثمن أو يقدم إيضاحات تمكن من تحديده).

وكل تعبير عن الرغبة في التعاقد لا يتضمن تحديد هذه العناصر لا يعتبر إيجاباً، وإنما مجرد دعوة للتفاوض ويدخل في مرحلة المساومة الأولية التي تسبق الإيجاب.

فعناصر عقد البيع الجوهرية مثلا هى (المبيع والثمن) . ولذلك فالتعبير عن الإرادة الذي يتضمن تحديدهما هو الذي يكون إيجاباً بالبيع، وكل تعبير عن الرغبة في البيع لا يتضمن تحديداً لهما معاً لا يرقى إلى مرتبة الإيجاب بالبيع من أحد الطرفين[٢].

وإذا ما تضمن التعبير عن الإرادة العناصر الموضعية للعقد المراد إبرامه فلا يلزم أن يتضمن غيرها من العناصر غير الجوهرية التي يتصور أن يكون للعقد قواماً إيجابياً حتى ولو لم يتضمن كافة شروط وسائل العقد الزائدة عن عناصره الجوهرية المحددة لماهيته وموضوعه.

---

(١)علوان، رامى،البحث السابق ، ص ٢٤٣ ،٢٤٤.

(٢)الجمال، مصطفى، المرجع السابق، ص٣٨،٣٧،٣٥،٣٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فلا ريب في أن عدم تحديد سعر البضائع والخدمات واحتفاظ صاحب الموقع (البائع) لنفسه بتعديل البيع أو رفضه دون إبداء سبب ذلك يُعد دعوة إلى التعاقد وليس إيجاباً، لذا كان من الأفضل أن يظل الإعلان عن طريق (الويب) دعوة للتعاقد ليس إلا، وذلك حتى لا يكون للمنتج أو المزود (صاحب الموقع) الخيار بين أن يقبل أو يرفض دون أن يتحمل مسئولية التراجع عن المفاوضة، وكذلك إذا ما وقع في التعاقد مع شخص قد يكون قاصراً أو فاقداً للأهلية، أو موجوداً في بلد لا يريد التعاقد معه إبتداءً.

لذا فإن تضمن التعبير عن الإرادة – صراحة أو ضمناً – ما يستفاد منه عدم كفاية القبول الصادر ممن وجه إليه التعبير لانعقاد العقد، والحاجة إلى موافقة أو تأكيد لاحق من صاحب التعبير، فإنه لا يُعد إيجاباً وإنما مجرد دعوة إلى التفاوض، فإذا ما تقدم شخص إلى آخر معربا عن حاجته إلى توريد كمية معينة من سلعة معينة[1]، مستفسراً عن إمكانية توفيرها له، وعن المواعيد التي يمكن توريدها فيها، فإن ذلك يُعد منه تعبيراً عن إرادة ، لكنه لا يُعد إيجاباً، حتى لو كان يعرف سعر السلعة المطلوبة على نحو تتوافر معه كافة العناصر الجوهرية بالعقد المراد إبرامه، لأنه لا يتعلق بارادة باتة.

وبنـــاء على ذلـــك فإن أهمية التميز بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد تمكّن من الناحية العمليـــة في أن الإيجـــاب متى إقترن بقبول العقد إنعقد، في حين لا يترتب على ذلك الأثر في الـــدعوة إلى التعـــاقد ويجوز العدول عنها دون ترتيب أي أثر قانوني إلا إذا أعتبر العدول خطأ تقصيرياً يستوجب التعويض.

---

(1) علوان، رامي، المرجع السابق، ص٣٤٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن الصور الحديثة للإيجاب الموجه إلى الجمهور، الإيجاب الموجه عبر التليفزيون من خلال العروض المصورة المقرونة ببيان الثمن ونفقات الشحن مع رقم التليفون للتعبير عن القبول على نحو يتحقق معه البيع بمجرد الاتصال، فيقوم البائع بإرسال السلعة إلى المشتري.

أما بعض العقود ذات الأهمية الاقتصـــادية الكبيرة فيسبق ذلك مراحل تمهيدية، كالدعوة لتقديم إيجاب، يتبعها دخول الطرفيين في مفاوضـــات، حول شـــروط العقد، فيكون التمييز بين افيجاب الملزم[1]، والدعوة للتعاقد أو الدخول في مفاوضات، هو توافر النية القاطعة في الإرتباط بالعرض أو إنتفائها.

كل ذلك ينطبق على العرض عبر الحاسب الإلكتروني (الإنترنت) وذلك طبقا لإتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية في المادة (١٤ / ٢) حيث نصت على أنه (ولا يعد العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة إلى الإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه الإيجاب قد أبدى بوضوح عن إتجاه قصده إلى خلاف ذلك).

وهنا ينبغى لنا أن نتسائل عن مدى إلتزام تلك الاتفاقية للدول الأعضاء فيها:-

١. يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها كما يراعى ضمان إحترام حسن النية في التجارة الدولية.

---

(١) الصغير، حسام الدين عبد الغني، (٢٠٠١) **تفسير إتفاقية الأمم المتحدة بشان عقود البيع الدولى للبضائع**، دار النهضة العربية، ٢٠٠١ ، ص ١٢٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢. المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية والتى لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقاً للمبادئ العامة[١]التي أخذت بها الاتفاقية وفى حالة عدم وجود هذه المبادئ، تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص.

من خلال هذا النص يتضح أن تلك المادة وضعت مبادئ للتفسير لا تطبق فقط في حالة غموض أو عدم وضوح نص من نصوص الاتفاقية، بل لسد العجز في نصوصها.

ويرى – أحد الفقهاء – أن الفلسفة التي تقوم عليها الاتفاقية ترتكز على إقضاء القوانين الوطنية من التطبيق على عقود البيع إلى أقصى درجة ممكنة، ولكن ذلك يتم بقدر لأنها سمحت بتطبيق القانون الوطني الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص.

وغالباً ما يحدث أن يقترن الإيجاب بتحفظات يمكن أن تكون مبينة على وجه الدقة، فيبين التاجر مثلا أن إيجابه محدود بكمية معينة من السلع، فلا تؤثر في القيمة القانونية للإيجاب الفعال كلياً في الحدود التي يرسمها فاعليه. ويمكن أن تكون هذه التحفظات عامة ، فيتحفظ مقدم الإيجاب لجهة إمكانية تعديل عرضه أو رفض إبرام العقد بدون أن تكون له دوافع لذلك. فليس المقصود في هذه الحالة الأخيرة مجرد الدعوة إلى المفاوضة.

وفى إحدى القضايا رأت الغرفة التجارية في محكمة النقض أن كتاب شركة (فولكس واجن) إلى الشركة صاحبة الامتياز التي تعلمها فيه عن نيتها في أن تعرض عليها عقداً جديداً لسنة ١٩٧٦، مع التحفظ بالتعهد بالتوقيت إعتباراً من شهر يناير عن تثبيت (العلامة BMW) يشكل فقط إيجابياً مشروطاً، وهذا الشرط لم تتم الموافقة علية.

---

(١) الصغير، حسام الدين عبد الغني، المرجع السابق، ص ١٢٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهذا الكتاب أو تلك الرسالة لم يكن بالإمكان التذرع به من قبل المرسل إليه. كان هناك بالتأكيد إيجاب صحيح، غير أن هذا الإيجاب لم يقترن بالقبول.

وهناك بالتأكد بعض الأعراف المهنية يكون فيها للتحفظ بالموافقة (سواء صراحة أو ضمناً) لبعض العقود، فهنا يكون للإيجاب فعاليته القانونية إذا كان تنفيذه متوقف على هذا الإجراء وهو التحفظ بالموافقة.

وقد جرى العرف في المبيعات التجارية الخاضعة لموافقة المختصين، بعد أن يقوم المشتري بالتوقيع بإمكانية عدم قبوله أو أن يخضع لتوقيع مدير المؤسسة لكى يكون البيع نهائياً وإيجابياً البائع، حينئذ وصفه إلى مجرد دعوة إلى الدخول في المفاوضة ، ويكون للمشترى إمكانية الرجوع عن القبول أيضاً.

وهذا التحليل السابق قضت به الغرفة التجارية في محكمة النقض في حكمها في ١٩٩٠/٣/٦ حيث كان السيد (بورد) قد طلب معدات من شركة (سويدا) التي بينت أن إيجابها ضمن الشروط العامة للبيع الواردة في قسائم الطلبات لم يكن قد أصبح نهائياً ولم يكن يشكل تعهدا، إلا بعد تصديقها علية.

وقبل تلقى الشركة لقبول (بورد) غير رأيه وعدل عنه، وقضت له المحكمة باسترداد المبلغ الذي دفعه بصفة دفعة على الحساب. وبررت ذلك بأن السيد المذكور بإذعانه للإقتراح الذي تقدمت به الشركة لم يكن سوى إيجاب شراء قابل للرجوع عنه بهذه الصفة، وأن البيع لا يصبح تاماً إلا بقبول البائع.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مما سبق يتضح أن وجود الشرط والتحفيظ المناقض من شأنه أن ينزل بالتعبير عن الإرادة من منزلة الإيجاب إلى منزلة الدعوة إلى التفاوض[1].

وعلى هـذا النحو فـإن الإعلان الموجه من إحدى الشـركات لا يعدو أن يكون دعوة للجمهور إلى التعاقد مع الموزعين على الشـراء وليس إيجاباً منها بالبيع، مما يكون معه طلب الحجز مجرد إيجاب صـادر من طالب الشـراء وليس إيجاباً منها بالبيع، مما يكون معه طلب الحجز مجرد إيجاب صـادر من طالب الشـراء لا ينعقد أن يكون دعوة إلى التعاقد، وأن طلب الحجز المقدم لها هو الذي يعتبر إيجاباً.

وفى حكم لمحكمة النقض قضت فيه أن: " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الإيجاب هو العرض الذي يعبر عنه الشخص الصادر منه – على وجه جازم – عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما إقترن به قبول مطابق له إنعقد العقد، ولا يعتبر التعاقد تاماً وملزماً إلا بتوافر الدليل على تلاقي إرادة المتعاقدين على قيام هذا الالتزام ونفاذه، وأن التعاقد بشأن بيع أملاك الدولة الخاصة لا يتم – بين الجهة البائعة وبين طالبي الشراء – إلا بالتصديق عليه ممن يملكه".

ومفاد ذلك – أن الترخيص بالبيع واعتماده من صاحب الصفة فيه على هذا النحو يتم: ركن القبول بالبيع ولا يعتبر إعلان الجهة الإدارية عن رغبتها في البيع والإجراءات التي تقوم بها لهذا الغرض – من مفاوضات مع راغبي الشراء وممارسة على الثمن – إيجابياً من جانبها، ذلك أن الإيجاب في هذه الحالة إنما يكون من قبل راغب الشراء[2]بتقدمه لذلك على أساس سعر معين، ولا يتم التعاقد إلا بالترخيص في البيع والتصديق عليه من صاحب الصفة فيه.

([1])نقض مدنى – جلسة ١٩٧٤/٣/١٢ – الطعن رقم ٣٩٨،٣٩٦ لسنة ٥٣ ق . س٢٥ .

([2])نقض مدنى – جلسة ١٩٩٠/٤/٢٢ – الطعن رقم ٢١١١ لسنة ٥٥ ق – ٤١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولذا فإن هذه المرحلة تعد من مراحل مفاوضات، ولا مسئولية على من عدل، بل هو لا يكلف إثبات أنه قد عدل بسبب جدي، وليست المفاوضات إلا عملاً مادياً لا يلزم أحدا إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية وإذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض، وعليه أن يثبت أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها، أو كان لم يخطره بالعدل في الوقت المناسب، وأثبت على ذلك أن فاتته صفقة رابحة.

المبحث الرابع

عناصر وأشكال وزمان العقد الإلكتروني

ومن خلال البحث في هذا المبحث فإنه يتطلب التعرف على عناصـــر العقد الإلكتروني وإشـــكال التعاقد الإلكتروني وزمان العقد ومكانه ومحل العقد الإلكتروني ووضع الحاسب الآلي في التعاقد والالتزامات الناشـــئة عن العقد الإلكتروني وهذا يتطلب تقســـيم هذا المبحث إلى عدة مطالبه.

يتطلب انعقاد العقد أن يتلاقى الإيجاب بقبول يطابقه فما المقصود بكل منها؟[1]

(1)السنهورى، عبد الرازق– الوسيط – جـــ ١ تنقيح المراغى – سنة ٢٠٠٣ ، ص ١٠٤٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول

عناصر العقد الإلكتروني

أولاً: الإيجاب

هو التعبير البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني.

وأكثر الظن أن عرض البضائع والخدمات على (الويب) لا يوجه إلى شخص معين بالذات وإنما يوجه إلى الناس كافة، فشخصية القابل ليست محل إعتبار[١]والمنتج أو الموزع إنما يهدف إلى علاقة عقدية مع أي شخص بصرف النظر عن جنسيته ومكان وجوده.

وقد يتخذ الإيجاب صوراً عملية مألوفة، فتعمد المتاجر إلى عرض سلعها عن طريق النشرات والكتالوجات وغيرها من وسائل الدعاية[٢]. وتضع بياناً تفصيلياً لما تتجر فيه من السلع التي يبيعها على الجمهور في واجهة المكان الذي يتجر فيه ويضع إلى جانب كل سلعة منها بياناً بالثمن الذي يبيعها به، والإيجاب هنا موجه إلى غير شخص معين بالذات، إذا هو موجه إلى الجمهور دون تمييز بين شخص وآخر، ويعتبر إيجاباً صحيحاً، لأن الموجب لا يعنيه شخص يتقدم لشرائها بالثمن الذي حده لها. ومن ثم إذا تقدم شخص من الجمهور الناس إلى المتجر وقبل أن يشترى السلعة بالثمن المحدد لها كان هذا قبولاً صحيحاً لإيجاب قائم، ولا يستطيع صاحب المتجر أن يرفض بعد أن تم على هذا الوجه لتسليم السلعة للمشترى.

---

(١)علوان، رامى، المرجع السابق، ص ٢٤٦.

(٢) السنهورى،عقد البيع، ص ٦١، ٢٦ .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لذا يجب أن يحتوى الإيجاب[١]على العناصر الجوهرية التي لا ينعقد العقد بتخلفها، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى هو أن يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه استقراراً للمعاملات وتوفيراً للثقة في التعامل، ولو كان ذلك لمدة محدودة حتى يتمكن من يوجه إليه الإيجاب من ترتيب شئونه للرد وقد نصت المادة ٩٣ من التقنين المدني على أنه:-

١. إذا عُين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجاب إلى أن ينقضى هذا الميعاد.

٢. وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا النص بأنه: يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه في خلال الميعاد المحدد للقبول، متى حدد له ميعاد، سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر، فإذا انقضى الميعاد ولم يصدر القبول، لا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب، بعد أن فقد ما توافر له من قوة الإلزام بل هو يسقط سقوطاً تاماً[٢]. وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً، بعد انقضاء الميعاد، ولو أنه يصبح غير لازم. ولكن مثل هذه النظرة يصعب تمشيها مع ما يغلب في حقيقة نية الموجب، ويراعى أن القول بسقوط الإيجاب، عن إنقضاء الميعاد، يستتبع إعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد.

---

(١)السنهورى،الوسيط ،مصادر الالتزام، ص٢٦٥ .

(٢)مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٢ ، ص٣٦، ٣٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وغني عن البيان أن الإيجاب الملزم[1]يتميز في كتابه عن الوعد بالتعاقد، فالأول إرادة منفردة، والثانى التقاء إرادتين. ويكون تحديد الميعاد في غالب الأحيان صريحاً، ولكن قد يقع أحياناً أن يستفاد هذا التحديد ضمناً، من ظروف التعامل أو طبيعته. وعند النزاع في تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى.

وقد جرى القضاء في هذا الشأن على أن الإيجاب لا يسقط إلا إذا عدل عنه الموجب، أو لم يتم الإتفاق على ميعاد يسقط بانقضائه. أو ما لم يكن قد تبين بجلاء أن المتعاقدين قد اتفقا ضمنا على ميعاد. أما فيما يتعلق بتحديد الميعاد الذي يتفق عليه ضمنا، فللقاضي أن يقوم بتحديده، إذا لم يحدده المتعاقدان بوجه من الوجوه، بالرجوع إلى نية الموجب وفقاً لظروف كل حالة بخصوصها.

وإذا لم يعين ميعاد للقبول فإن الإيجاب لا يسقط إلا إذا عدل عنه الموجب، فإن بقى الموجب على إيجابه حتى صدور القبول من المعروض عليه الإيجاب، فقد تم العقد بتلاقي الإراتين، ومن ثم فلا يجوز بعد ذلك لأى من الطرفين بإرادته المنفردة التنصل منه أو التحلل من آثاره.

وجاء في عدة أحكام ما يلى:-

الإيجاب هو العرض الذي يعبر به[2] الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما إقترن به قبول مطابق له إنعقد العقد.

---

(1)استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ بند ٣٠، ص٦٢. (مشار إلية في المرجع السابق).

(2) إستئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٢ بند ٢٤، ص١٠٠.(مشار إليه في المرجع السابق).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

واســـتخلاص ما إذا كان الإيجاب باتا مما يدخل في حدود الســـلطة التقديرية لمحكمة الموضوع[١].

الإيجاب المعلق: من يصـــدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر إيجاباً باتا إلا بعد مفاوضـــات، وقد تنهى المفاوضـــات إلى إيجاب معلق[٢]، كأن يعرف شخص التعاقد بثمن معين مع الإحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقاً لتغير الأسعار، فيكون الإيجاب الذي صدر منه بالثمن الذي عينه معلقا على شرط عدم تغير الأسعار، أو أن يعرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة يعين ثمنه فيتم العقد مع من قبل أولا[٣]، وتراعى الأسبقية، ولكنه إيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه.

فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضـــة، ومن دور التعليق أصبح إيجاباً باتا، وكل ذلك يُعد من مسائل الواقع لا من مسائل القانون يفصل فيه قاضي الموضوع طبقاً لظروف كل قضية ولا معقب لحكمه.

ولأن أكثر العقود التي تجرى على الإنترنت هى عقود بيع فيجب أن يتضـــمن الموقع التجـــاري الشـــئ المبيع من حيـــث مقداره ونوعه وكميته وثمنه والطريقة التي يتم أداء الثمن فيها[٤].وغيرها من المسائل التي يعدها صاحب الموقع ضرورية.

---

(١) نقض مدنى جلسة ١٩٨٣/٤/١٨ – س١٤، ص٥٥، وجلسة ١٩٩٣/٦/٢٤، س٤٤ ص٧٥٩.

(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٨٥/١٢/٤ ، وجلسة ١٩٩٤/١١/١٦ س٤٥ ، ص١٣٨٣، وجلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ س٤٨، ص٩٥٢.

(٣)أ.د. السنهوري، عبد الرازق، **الوسيط في شرح القانون المدني** – جـــ١ – تنقيح المستشار المراغى طبعة ٢٠٠٣، منشأة المعرف بالإسكندرية ، ص١٧٣.

(٤)علوان، رامى، المرجع السابق ، ص٢٤٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتتضمن وسائل الدفع المستخدمة في التجارة الإلكترونية عدة طرق:

١. النقود البلاستيكية:

وهى تتمثل في البطاقات البلاستيكية والمغناطيسية (كالكارت الشخصى أو الفيزا كارت أو الماستر كارد ..... الخ)، ويستطيع حاملها استخدامها في شراء معظم إحتياجاته، أو أداء مقابل ما يحصل عليه من خدمات دون الحاجة لحمل مبالغ كبيرة من من الاموال والتى قد تتعرض لمخاطر السرقة أو الضياع أو التلف، بالإضافة إلى إمكانية حصوله على النقد من خلال آلات الصرف الذاتى.

٢. بطاقات الدفع:

وتلك التي تعتمد على وجود أرصـــدة فعلية للعميل لدى البنك في صـــورة حسابات جارية لمقابلة المســـحوبات المتوقعة للعميل حامل البطاقة[١]، وتتميز هذه البطاقات بأنها توفر الوقت والجهد للعملاء.

٣. بطاقات الدفع الإئتمانية:

وهى البطاقات التي تصـــدرها المصـــارف في حدود مبالغ معينة ويتم استخدامها كأداة ضـــمان، وتتميز بأنها توفر كلا من الوقت والجهد لحاملها، وما يحصـــل عليه البنك من رسوم مقابل الخدمات أو فوائد عن التأخر في السداد من أمثلة هذا النوع (بطاقة الفيزا والماستر كارد، وأمريكانية الشـــراء الفورى والدفع الآجل، تصـــدر بالعملتين المحلية والأجنبية، تحمل صورة العميل درءاً للتزوير أو الســـرقة، وأخيراً إمكانية قيام حاملها بســـداد المبالغ من هذه البطاقات بالعملة المحلية سواء كان المبلغ المنصرف محلياً أو خارج الدولة).

---

(١) أنظر في هذا المؤلف الجيد – لرأفت رضوان – عالم التجارة الإلكتروني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤. بطاقات الصرف البنكى:

وتختلف هذه البطاقات عن البطاقات الائتمانية في أن السـداد يجب أن يتم بالكامل من قبل العميل للبنك خلال الشهر الذي تم فيه السحب (أى فترة الائتمان).

مع اتساع استخدام شبكة (الإنترنت) فإن العملاء سوف تكون لهم القدرة على مقابلة موظفي المصـرف من خلال عقد إجتماعات على شاشات الحاسب الآلي (الكمبيوتر) وسؤالهم واستقبال الردود والنصائح المالية من الخبراء.

٥. النقود الإلكترونية:

وتعتمد على قيام العميل (المشـتري) بشـراء عملات إلكترونية من البنك الذي يقوم بإصـدارها حيث يتم تحميل هذه العملات على الحسـاب الخاص بالمشتري وتكون في صورة وحدات عملات على الحسـاب الخاص بالمشـتري وتكون في صورة وحدات عملات صغيرة القيمة ولكل عملة رقم خاص أو علامة خاصـة من البنك المصدر وبالتإلى تعمل هذه العملات الإلكترونية محل العملات العادية وتكون بنفس القيمة المحددة عليها وتسـمى (TOKENS).

فعند قيام المستخدم بالشراء من بائع يتعامل بالعملات الإلكترونية يقوم المشتري باختيار السلع المطلوبة ومعرفة أسعارها ثم يقوم بإصدار أمر عن طريق الكمبيوتر بدفع قيمة مشترياته باسـتخدام العملاء الإلكترونية المسجلة على الحساب الخاص به، ويتم نقل العملات الإلكترونية من خلال البنك المصـدر الذي يقوم بالتأكد من صلاحية العملات وعدم تزيفها أو نسخها ويقوم بتحملها على الحساب الخاص بالبائع، ويظهر لدى البائع زيادة في القيمة النقدية بالمبلغ الذي تم إضافته مقابل شراء الأصناف المحددة في طلب شراء المشتري[١].

---

(١) رضوان، رأفت، المرجع السابق ، ص٦٢، ٦٥ .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٦. الشيكات الإلكترونية:

يتم تحويل الشيكات الورقية إلى شيكات رقمية وتعتمد هذه الفكرة على وجود وسيط يقوم بإجراء عملية التخليص.

وتتضمن دورة إجراءات الشيك الإلكتروني على الخطوات التالية: [١]

١. اشتراك المشتري لدى جهة التخليص (في الغالب تكون بنكا) حيث يتم فتح حساب جاري بالرصيد الخاص بالمشتري أو يتم الإتفاق على الصرف خصما من حساب جاري متفق عليه ويتم تحديد توقيع إلكتروني للمشتري وتسجيلة في قاعدة بيانات جهة التخليص.

٢. اشتراك البائع لدى جهة التخليص نفسها حيث يتم أيضا فتح الحساب الجاري أو الربط مع أي حساب جاري للبائع ويتم تحديد التوقيع الإلكتروني للبائع وتسجيلة في قاعدة بيانات جهة التخليص.

٣. يقوم المشتري باختيار السلع التي يرغب في شرائها من البائع المشترك مع شركة التخليص نفسها ويتم تحديد السعر الكلي والاتفاق على أسلوب الدفع.

٤. يقوم المشترك بتحرير شيك إلكتروني ويقوم بتوقيعه بالتوقيع الإلكتروني المشفر، ثم يقوم بإرسال هذا الشيك بالبريد الإلكتروني المؤمن إلى البائع.

٥. يقوم البائع باستلام الشيك الإلكتروني الموقع من المشتري ويقوم بالتوقيع عليه كمستفيد بتوقيعه الإلكتروني المشفر ويقوم بإرساله إلى جهة التخليص.

---

(١)البقمي، عائض سلطان، **الشيكات الإلكترونية**، بحث منشور في الموقع الإلكتروني لجريدة الرياض اليومية www.alriadh.com.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٦. تقوم جهة التخليص (البنك) بمراجعة الشيك والتحقق من صحة الأرصدة والتوقعات، وبناء على ذلك تقوم بإخطار كل من المشتري والبائع بتمام إجراء المعاملة المالية (خصم الرصيد من المشتري وإضافته للبائع).

- من كل ما ســبق يتضح لنا أن الإيجاب الإلكتروني لا يختلف عن الإيجاب التقليدى إلا من حيث وسيلة التعبير، وكذلك وسيلة الدفع الإلكتروني إذا ما تم القبول.

ثانياً: القبول:

ويتم من المتعاقد الآخر تعبيراً عن إرادته، ومن ثم يجب أن يكون باتاً ومحدداً ومنصرفاً لإحداث آثار قانونية، وأن موافقة المشتري يجب أن تتضمن تحديدا لبعض العناصر وهى الشئ أو الخدمة المتعاقد عليه والثمن وطريقة الوفاء وطريقة التســـليم والطريقة التي تتم بها خدمة ما بعد البيع، ومن الواضح أن[1]الإشارة لهذه العناصر تستهدف ضمان إتفاق القبول مع الإيجاب في العناصر الرئيسية للعقد والتى لا تنعقد دون الإتفاق عليها. وتحديد وقت إنعقاد وخصوصاً بالنسبة للعقود الإلكترونية عن طريق الإنترنت بين الموجب والقابل تكون له أهمية ، وذلك لأنه يتم عن بعد.

أما شروط القبول عبر الإنترنت فتكون كالآتى:

- **مطابقة القبول للإيجاب:**

لأن قيام العقد يتطلب المطابقة التامة سواء على العناصر الجوهرية أو الثانوية، وكذلك تكونت بدون زيادة أو نقصان طبقا لنص المادة ٩٦ من القانون المدني

([1])رضوان، رأفت ، مرجع سابق ، ص٦٩،٧٠،٧١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حيث تنص (إذا إقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، أعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديداً).

فيجب أن يصل القبول مطابقاً تمام المطابقة للإيجاب فإذا إنطوى على ما يعدل في الإيجاب ، فلا يكون له حكم القبول الذي يتم به التعاقد[١]، بل يجوز أن يكون بمثابة إيجاب جديد قد يؤدي عند قبوله إلى قيام عقد يتم بمقتضى إرادة جديدة لا بمقتضى القبول المعدل، على أن لمثل هذا القبول أثراً قانونياً مباشراً فهو يُعد رفضاً للإيجاب الأول ويستتبع بذلك سقوط هذا الإيجاب، وهو من هذا الوجه لا يختلف عن مجرد الرفض البسيط أو الإيجاب العارض.

ويجب التفريق بين القبول الذي يرسل بعد إنقضاء الميعاد المحدود له، وبين القبول الذي يرسل في الوقت المناسب، ولكن يتأخر وصوله إلى الموجب، فالقبول الذي يرسل في الوقت المناسب، ولكن يتأخر وصوله إلى الموجب، فالقبول الثاني دون الأول هو الذي يرتب على عاتق الموجب إذا انصرفت نيته إلى عدم الإرتباط به، الالتزام بأن يخطر الطرف الآخر فوراً بذلك، فإذا تهاون في الإخطار وأصبح التأخير بذلك منسوباً إلى خطئه فيعتبر أن القبول قد وصل في الوقت المناسب وقضت محكمة النقض بأنه:-

(إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها التقديرية وللأسباب التي أوردتها أن الخلاف بين الإيجاب والقبول يتناول مسألة جوهرية في التعاقد الذي كان يراد إبرامه وأنه ليس خطأ مادي وقع فيه الطرف المقابل ورتبت على عدم القبول للإيجاب أن العقد لم ينعقد أصلا بين الطرفين فإنها لا تكون قد خالفت القانون). [٢]

---

(١) مجاهد، أسامة، المرجع السابق، ص٨٠

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية – مذكرة المشروع التمهيدى – جـ٢، ص٥٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذا كانت القواعد العامة لانعقاد العقد أن يتم الإتفاق على المسائل الجوهرية والاختفاظ بالمسائل التفصيلية للإتفاق عليها فيما بعد[١]. فهل يسرى ذلك على العقد عبر الإنترنت ؟

الواقع أنه يمكن أن يحدث ذلك خلال مشاورات البريد الإلكتروني، فقد يبعث المنتج للمستهلك برسالة عبر البريد الإلكتروني عارض فيه إيجابه المتضمن للشروط الجوهرية كالمنتج والكمية والثمن، ومن ثم يبعث المستهلك قبولا موصفا عبر البريد الإلكتروني يوافق فيه على الوسائل الجوهرية ولكنه يخلف معه حول المسائل التفصيلية.

وقد يشترط الموجب بإيجابه المعروض على الموقع التجاري دفع الثمن عبر بطاقات الائتمان، فيرد الموجب له برساله عبر البريد الإلكتروني يعلم فيها الموجب بقبول الشراء ولكن الدفع يتم بواسطة البنك خوفاً من الاختراق التصنتي، الذي يمكن عن طريقه الكشف عن بطاقات الائتمان أو أرقام حسابات العميل[٢].

من خلال هذين المثالين نجد أن هناك اختلافاً في المسائل التفصيلية لذا يجب تعين محل العقد تعينا نافيا للجهالة وتعريفه تعريفاً واضحا، فتطابق الإيجاب والقبول يستلزم بالضرورة حد أدنى من التعيين يتحدد به، كأن يحدد بجنسه أو بنوعه مثلا.

وهناك بعض صور التعامل كما في البيع بالعينة، والبيع بشرط التجربة، وفى البيع بالمذاق.

---

(١) نقض مدنى – جلسة ١٩٦٣/٥/٢ س١٤،ص٦٥٤.

(٢)رامى علوان، المرجع السابق ، ص٢٥٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أ- البيع بالعينة:

حيـــث يكون البيع وارد على مثاليات محددة بنوعها ومقدارها، لكن صـــفاتها لا تكون معروفة للمشتري وقت البيع على الرغم من أهميتها القصوى بالنسبة له، غير أنها قابلة للتعيب على أساس صفات العينة أو النموذج المقدم إليه والذى يتم البيع وفقاً له.

وبـــذلك فلا يكون هناك مانع من تمام البيع فور الإتفاق عليه دون إنتظار لرؤية المبيع وفحصـــه للتاكد من مطابقته للعينة أو النموذج[١]. فإن ثار الخلاف عند التسلم عند مطابقة المبيع للعينة كان هذا الخلاف خلافاً على تنفيذ العقد على إنعقاده.

ب-البيع على شرط التجربة: [٢]

هنا لا يكون البيع نهائيا إلا بعد قيام المشتري بالتجربة وقبول لنتيجتها ، لكن قبول المشتري لنتيجة التجربة لا علاقة له بتعيين المبيع، إذ إن البيع على شـــرط التجربة يرد على شـــئ قيمي محدد بذاته والتجربة تجري على هذا الشئ بعد تمام تعيينه، ولذلك فالبيع ينعقد من لحظة الإتفاق عليه معلقاً على شرط قبول المشتري لنتيجة التجربة.

---

(١)الجمال، مصطفى، (١٩٩٨)، **عقد البيع** ،ص ١٩.

(٢) الناصري، موسى بن صالح بن ناصر، البيع بشرط التجربة ، مدونة عمان القانونية ، ٢٠١١/٥/٢

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج- **البيع بالمذاق:**

هنا تكون للمشترى حرية القبول أو الرفض لأن الأمر يتعلق بطيب المذاق الذي هو أمر شـــخصي بحت يختلف من شخص إلى آخر، وذلك مغاير لحالة البيع بشرط التجربة حيث يتعلق الأمر بالتأكد من مدى مناسبة المبيع للعرض الموضوعي الذي يعد له، وهو أمر يقبل الرقابة عن طريق الإرتكان إلى الخبرة بما يســـمح باعتبار العقد منعقدا على شـــرط يوافق قبول المشتري للمبيع بعد التجربة أو ثبوت مناسبته بالفعل للغرض المعد له رغم من المشتري.[1]

وإن كان في حقيقة الأمر ليس هناك فارق بين كل من الصورتين السابقتين، فالتقدير في حالة بيع المذاق يكون أقرب إلى التقدير الموضوعي كلما كان المشتري يطلب المبيع لأغراض تجارية، إذا العبرة في هذه الحالة إنما تكون بأذواق عملائه لا بذوقه الخاص على نحو يمكن معه إجراء الرقابة على رفض قبول المبيع بعد مذاقه.

وعلى العكس من ذلك فالأمر في البيع بشرط التجربة يمكن أن يكون أمر قبول شخصي من المشتري لا يمكن إجراء الرقابة الموضوعية عليه، كما لو تعلق الأمر مثلا بشراء عمل فني (تسجيل موسيقي)، أو شراء لحيوان نادر مثلا.

من هنا كان اعتبار البيع بالمذاق غير منعقد حتى إعلان المشتري قبول نتيجة المذاق، أما في البيع بشرط التجربة فالأمر يتعلق بشئ قيمى يتحدد بذاته ولذلك يمكن القول بانعقاد البيع فورا دون انتظار لنتيجة التجربة، مع اعتبار قبول المشتري للمحل ترد عليه التجربة بعد تمامها بمثابة شرط وافق وإذا كانت تلك هى القواعد التي يتوقف عليها اتمام العقد. فمإذا بالنسبة للتعاقد عن طريق (الإنترنت)؟

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ٤/١٣٧-١٤٣

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

أشكال التعاقد

أولاً:البريد الإلكتروني:

وتتم فيه إرسال الرسائل الإلكترونية واستقبالها بين الحواسيب باستخدام شبكة الإنترنت، وهو يعد من أكثر خدمات الإنترنت ذيوعا واستخداما بين المنتجين وعملائهم حيث تتيح لهم فرصة التواصل والتراسل بسرعة وكفاءة عاليتين[1].

وهنا يثور التساؤل عن لحظة انعقاد العقد، أو متى يتم إنشاء العقد بواسطة هذه الوسيلة الحديثة ؟

هل يقع ذلك لحظة مغادرة الرسالة الإلكترونية جهاز القابل، أو عند وصولها إلى الموجب أو عند تسليمها وفحص مضمونها ؟

١. طبقاً لنظرية تصدير القبول فإن العقد ينعقد خلال البريد الإلكتروني عندما يوافق القابل على الإيجاب الذي قدمه الموجب ويضغط على زر الإرسال فسرعان ما ترسل الرسالة عبر الإنترنت فيفقد القابل السيطرة على رسالته والتحكم فيها وتظهر رسالة للقابل تعلمه فيها أن رسالته قد بعثت فلا يعود في إمكانه منذ هذه اللحظة تحديداً أن يسترد قبوله، ولا يهم أن كانت الرسالة وصلت إلى الموجب أم لا ؟

([1])جان كرستيان سرن – رفض التعاقد – العدد ٣٥،ص٢٠٨،٢١٠، مشار إليه في مرجع أ.د مصطفى الجمال – السعى إلى التعاقد ص١٥٤،١٥٣،١٥٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢. أما نظرية تسليم القبول فإن العقد ينعقد من خلال البريد عند اللحظة التي تصل فيها الرسالة إلى عنوان الموجب، فيتسلم الموجب رسالة القابل التي تتضمن قبوله للإيجاب، ولا يهم بعد ذلك إذا قام القابل بفتح الرسالة وعلم بمضمونها أم لا[١]؟

وأخيراً فإن العقد يعد منشأ بحسب نظرية العلم بالقبول عندما يعلم الموجب علما حقيقياً بالقبول، بأن يفتح بريده الإلكتروني ويقرأ ويطلع على محتويات رسالة القابل ويعلم أن القابل قد قبل فعلا الإيجاب المعروض عليه وهذا هو الوضع المنطقي حيث أن الموجب لا يعلم بالقبول إلا في لحظة استلامه للرسالة.

ثانياً: عقود الويب:

حيث يقوم المستهلك بالبحث عن شبكة الويب العالمية عن سلعته من خلال مفتشات البحث، وبعد أن يجد ضالته المنشودة يلجأ إلى إستخدام الرمز الذي يوصله إلى الشركة العارضة فيختار الجناح الخاص بنوع السلعة التجارية المطلوبة[٢]، ومن ثم ينتقى الفئة المعينة داخل الجناح، وأخيراً يختار السلعة المنشودة تحديدا من اللائحة النهائية التي تظهر على شاشة الحاسوب، وبالضغط على زر الموافقة يجد المستهلك نفسه أمام العقد النموذجي الموضوع على على الوب المتضمن للشروط والبنود العقدية.

---

(١) وهذا ما قضت به المادة ٢/١٨ من إتفاقية فيينا البضائع سنة ١٩٨٠بأنه :(يحدث قبول الإيجاب أثـــره من اللحظة التي يصـــل فيها إلى الموجب ما يفيد الموافقة ، ولا يحدث القبول أثره إذا لم يصـــل إلى الموجب خلال المدة التي إشترطها أو خلال مدة معقـــولة في حالة عـــدم وجود مثل هذا الشرط على أن يؤخذ في الاعتبار ظروف الصـــفقة وسرعة وسائل الاتصال التي إستخدما الموجب ، ويلزم قبول الإيجاب الشفوى في الحال ما لم يتبين من الظروف خلاف ذلك .

(٢)علوان، رامى،المرجع السابق ، ص٢٥٦- ٢٦٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتم التعاقد عن طريق الويب إذا وافق الموجب له على الإيجاب الذي عرضه الموجب، ويقوم القابل بالضغط في الصندوق المخصص للقبول أو الزر المخصص لذلك أو يطبع كلمات تفيد القبول.

ويثور التساؤل حول وقت إنعقاد العقد من خلال تلك العقود ، هل هو لحظة قيام القابل بالضغط على الزر المخصص لذلك؟ أو طباعة العبارة التي تفيد القبول (type and click)؟ أو من لحظة وصول القبول إلى الموجب[١]؟

إن تحديد وقت انعقاد العقد من خلال شبكة (الويب العالمية) يعد أمراً سهلاً نوعا ما لإذا ما قورن بالبريد الإلكتروني؛ لأن شبكة الويب العالمية تظهر تواصلا فوريا بين الموجب والقابل، ويحصـــل المرســـل على معلومات فورية بخصوص رسالته وتظهر الاخطاء والنواقص بشكل ملحوظ على صفحة الويب.

ولـــذلك هناك رأى يقول بأن عقود الويب تعقد من اللحظة التي يوافق القابل على العقد النموذجي الموضوع على (الويب) وضغطه على زر الموافقة أو طباعته الكلمات التي تدل على القبول (أنا موافق ، أنا أقبل).

---

(١)مجاهد، أسامة،المرجع السابق ، ص٩١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولا يمكن للقابل الادعاء بالوقع في الخطأ لأن إجراءات التعاقد عن طريق (الويب) عادة ما تكون بطيئة لجلب إنتباه المستهلك أو المستخدم لبنود العقد التي يجب أن تصاغ بلغة بسيطة مفهومة واضحة حتى يمثل المستهلك بما جاء فيها، بعد مراجعة بنود العقد وتأكيد قبوله أو موافقته ، ويمكن حفظ العقود التي تجرى على الخط عن طريق سجلات منظمة يمكن الرجوع إليها من جانب المنتج أو الموجب[1].

والقاعدة العامة هى أن العقد ينعقد في اللحظة التي تتقابل بها إرادتى الطرفين، ومن الواضح أن هذا المبدأ قد يواجه بعض الصعوبات في تطبيقه في حالة التجارة الإلكترونية إذ لا يكون الطرفان حاضرين حضور ماديا في مكان واحد.

وليس الذي يميز العقد الذي يتم بين حاضرين أو يجتمعا في مجلس واحد هو مجلس العقد ، بل هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به، ففى التعاقد ما بين حاضرين تنمحى هذه الفترة من الزمن ويعلم الموجب بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه.

وهذا ما يحدث بالنسبة للتعاقد عن طريق (الإنترنت) حيث يتم التعاقد بين غائبين لا يفصل زمن ما بين صدور القبول والعلم به، ونستطيع أن نتصور تعاقدا بين حاضرين يفصل زمن ما بين صدور القبول والعلم بهه عندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين غائبين.

فالعبرة ليست باتحاد مجلس العقد أو إختلافه بل يتخلل فترة من الزمن بين صدور القبول والعلم به.

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، المرجع السابق، ص١٩٨-١٩٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

زمان العقد ومكانه

فما دام أن هناك فترة من الزمن ما بين صدور القبول والعلم به، فإنه إذا تعين فيه العقد تعين أيضاً المكان الذي يتم فيه.

وقد يختلف مكانه عن زمانه في بعض الظروف أهمها التعاقد الحديث عن بعد (مثل التعاقد بالتليفون، أو الفاكس، أو الإنترنت) ففيه لا يفصل ومن ما بين صدور القبول والعلم به.

ويترتب على إعطاء التعاقد بالتليفون حكم التعاقد ما بين حاضرين حيث أن الإيجاب إذا وحد دون تحديد ميعاد وقبله ولم يصدر القبول فور الوقت تحلل الموجب من إيجابه[١].

دور الجهاز الإلكتروني في إلتقاء الإرادتين

إذا كان المتعاقدان عن طريق الأجهزة الإلكترونية يعلمان أن نقل الإرادة يتم عن طريق آلية تقنية، في هذه الحالة ينعقد حتى ولو لم يفطن إلى ذلك أحد المتعاقدين، على أساس أنه لم يكن يعلمها إلا أنه كان في استطاعته أن يعملها.

وكلما كان الشخص لا يعرف بالضرورة محتوى ووقت الرسالة المصدرة إليه فإنه ليس من الممكن إنشاء الإرادة في اللحظة التي يصدر فيها جهاز[٢]الحاسب الإلكتروني للرسالة.

وتبدو المشكلة – جلية في ظل الذكاء الإصطناعي الذي يقوم به الجهاز الإلكتروني في البحث عن السلعة بالشروط المطلوبة والمواصفات المعينة وبالسعر المناسب، فلا تعتبر الإرادة البشرية في هذه الحالة حاضرة أو موجودة وإصدار الرسالة من الجهاز الإلكتروني دون تدخل

---

(١) ابو الهيجاء، محمد إبراهيم، (٢٠٠٢)، **التعاقد في البيع بواسطة الانترنت**، عمان، ط١، ص٥٣.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢، ص٥٢-٥٣ بالهامش.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مباشر من الطرف البشري ولا يستطيع بالتالي معرفة العناصر الجوهرية للعقد، ولا أن ما صدر من الجهاز هو إيجاب أو قبول، ومن هو الطرف المتعاقد الأخر، بأي مضمون تحت الرسالة ؟

ونتيجة لكل هذا لا نستطيع الالتجاء إلى نظرية الإرادة الباطنة لتأسيس عقد لا توجد له عناصر واضحة، وإنما مجموعة بيانات مبهمة تبدو من خلال الجهاز الإلكتروني.

فهذا الجهاز يقوم بدور الوسيط بين طرفي المستخدم له، حيث يقوم بنقل الرسالة، فإما أن نعتبر أن إرادة الطرفين قد تجددت واتخذت صورتها النهائية بواسطة ذلك الجهاز لحظة إرسال الرسالة، وإما أن الإرادة تتحقق عند تسيير النظام أي يتم الإعلان عنها عند تشغيل الجهاز، أي أنه في الحالة الأولى تكون الإرادة موجودة وسبق تحقيقها، وأن النظام المعلوماتي يقوم بإضافة العناصر الكاشفة واللازمة لتنشيطها[1].

أما في الحالة الثانية فإن الإرادة لم تصل بعد إلى دور التعبير وقت إصدار الرسالة ومحتواها، وعندما يقوم الشخص المستخدم للنظام الإلكتروني يحقق التعبير عنها.

عمليات التجارة الإلكترونية تكتنفها بعض المخاطر:

تتعرض الشركات أو المؤسسات التي لها مقر معلومات على شبكة الإنترنت لأنواع متعددة من المخاطر تتناسب مع حجم مقر المعلومات وأسلوب بناءه ومكان بث معلومات المقر وارتباط مقر المعلومات بالنظم الداخلية للشركة أو المؤسسة من عدمه وذلك على النحو الآتى:-

(1)أ.د. مصطفى الجمال – مصادر الالتزام ، ص٥٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١. تغيير محتوى المقر[١]:

هو أحد المخاطر البسيطة التي تتعرض لها كافة المقار بغض النظر عن حجم مقر المعلومات أو مكان بث معلومات المقر أو ارتباط المقر بالنظم الداخلية – ويتم تغيير المحتوى هنا من خلال نوعين من الهجمات:-

أ. **هجمات الهواة:** ويتم فيها تغيير لبعض المحتوى الذي يؤثر على شكل المقر ويجعل منه مدعاة للسخرية والاستخفاف.

ب. **هجمات المحترفين:** ويقصد بها الهجمات التي تتم عن قصد من بعض الشركات المنافسة والتى تعمد إلى تغيير بعض المعلومات التي تم تعديلها بمعرفة المهاجمين.

٢. إغلاق المقر أمام المتصفحين:

وهذا أيضـــاً أحد المخاطر العامة التي يمكن أن يتعرض لها أي مقر حيث يقوم المهاجم إلى حاسب المقر الرئيسى بسيل من[٢]الرسائل والاستفسارات التي تؤدى في النهاية إلى عدم قدرة المقر على تلبية اســتفســارات من مستخدمين فعليين أو عدم قدرة أي مستخدم عادي على على الحصول على أي استفسارات، ويمثل هذا التهديد خطر على الشركات التي تعتمد على المقر في توفير خدمات أساسية لعملائها.

---

(١)أ.د أمية علوان – المرجع السابق.

(٢)انظر في ذلك رأفت رضوان – التجارة الإلكترونية، ص١٠٤وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣. استخدم مقار معلومات المؤسسة أو الشركة كقاعدة لتنفيذ أعمال خارجة:

حيث تتعرض المؤسسات والشركات المتوسطة أو الصغيرة لهذا النوع من الهجمات التي يمارســـها هواة لســـوء الاستخدام، أو المجرمين المحترفين، حيث يستخدم المقر كنقطة إنطلاق لتنفيذ أعمال هجومية على مقار أخرى بحيث لا تســـتطيع المقار الأخرى إكتشاف هوية المهاجم الحقيقية أو موقفة الأساسى.

وفى هذا الصدد فإن مقر معلومات الشركة أو المؤسسة على شبكة الإنترنت بدون حماية يشـــبه تماما المبنى غير المســـكون بدون حماية أو حراسة والذى يمكن أن يستخدمه المجرمون لتنفيذ أعمال إجرامية. كما يمكن استخدام مقار المعلومات للشركات والذى لا يتضمن مستويات حماية مناســـبة لإخفاء بعض الملفات وخصـــوصـــا في حالات التجسس[١]، وأخطرها التجسس الاقتصـــادي من خلال عناصر داخلية، فيستطيع الشخص أن يخفى ملفا ما غير مسموح بتداوله على المقر لحين خروجه ثم يقوم بالدخول إلى المقر من الخارج والحصول على الملف.

٤. تخريب مقر معلومات الشركة أو المؤسسة:

يتم تخريب مقر معلومات الشركة أو المؤسسة من خلال عدة أعمال منها كما أوردنا سلفا تغيير المحتوى أو وقف الخدمة من خلال التحميل الزائد بالاستفسارات.

---

(١) من أشهر الحوادث التي تعرضت لها المقار في هذا المجال ما تعرضت له شركة أمريكية (أون لاين) وهى من أكبر مقدمى خدمة الإنترنت في العالم ، حيث توقف نظام البريد الإلكتروني لمدة ١٩ ساعة في عام ١٩٩٦، وأثر ذلك على عملاء الشركة بصورة مباشرة اضطرت معهـــا الشركة إلى إنتاج سياسة وجود احتياطى كامل لنظام البريد الإلكتروني لكل مستخدم بنسبة ١٠٠% بما يقلل من مخاطر التعرض لهذا النوع من الهجوم .(مشار إليه في المرجع السابق).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يمكن أيضاً أن يتم التخريب من خلال الدخول على البرامج الخاصة بإدارة المقر وتغيير بعض البـــار مترات ممـــا يؤدي إلى التوقف الكامل للمقر أو حدوث أخطاء في التشـــغيل. كما تتعرض المؤســـســـات الحكومية على الأخص لهذا النوع من الهجوم نظراً لِما تمثله المعلومات الخاصة بها من أهمية إستراتيجية تعكس صور الإدارة.

مازال هذا الأمر يمثل تحديا للقوانين القائمة والتى يصعب من خلالها مقاضاة مرتكبي مثل هذه الجرائم أو إصدار أحكام عليهم.

٥. **الدخول على النظم الداخلية للمؤسسة أو الشركة:**

يعد هذا المستوى من المخاطر أعلى درجة تهديد يقتصر على المؤسسات التي يحدث فيها إرتباط بين مقر المعلومات الخاص بها ونظمها الداخلية وهو بالتالي أكثر الأنواع تأثيراً على التجارة الإلكترونية.

حيث يمكن لهواة ســـوء الاستخدام الدخول على أنظمة الشركة أو المؤسسة الداخلية من خلال أي جهاز يرتبط بشـــبكة الانترنت ومرتبط في الوقت نفسه بالنظم الداخلية، وهو يشبه فتح الباب على مصراعيه لدخول أي عنصر إلى النظم الداخلية.

والخطورة في ذلك هو تهديد النظم الداخلية للشركة أو المؤسسة عن طريقين:

- الحصـــول على معلومات داخلية عن الشركة أو المؤسسة وهو ما قد يؤدي إلى نتائج سلبية في أعمال الشركة أو قد يؤدي في بعض الأحيان إلى توقف الشركة عن العمل.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- محو بعض أو كل المعلومات الداخلية للمؤسسة أو الشركة وبالرغم من وجود إحتياطات من البيانات، إلا أن محو بعض البيانات قد يؤدي إلى فقد بعض المعلومات ذات الأهمية والتى تدخل في عمليات دون أن تظهر في نتائج وهو ما قد لا يمكن استعادته[١].

إذا .. كانت تلك هى المخاطر التي تتعرض لها التجارة الإلكترونية[٢]، فما هي الوسيلة لدرئها؟ أو ما هي الاحتياطات التي تتخذ إزاء ذلك ؟

إن محاولة إحراق النظم الأمنية لمقار ونظم المعلومات أصبحت اليوم واحدة من أكبر المشاكل التي تواجه مديري المعلومات في كافة المؤسسات والشركات.

وتتحدد مصـــادر التهديد بحيث أصبحت مشكلة التأمين من أكبر المشاكل لوضع خطط التأمين. ولذلك تغيرت مفاهيم وضع خطط التأمين من النموذج التقليدي والعادي والذي كان يعتمد على تحديد التهديدات وقياس درجة تأثير كل تهديد ثم تحديد الإجراءات الخاصـــة بمواجهتها، ثم تجميع كل هذه العناصر في خطة واحدة بعد بحث تكلفة هذه الموجهة.

فقد تغير هذا المفهوم إلى جديد يعتمد على بناء عدد من مســـتويات التأمين تتكامل مع بعضها البعض في إطار واحد يحقق درجة تأمين مناسبة ضد غالبية أنواع التهديدات.

هنا تتم حماية مواقع المعلومات على الإنترنت على عدة مستويات:-

- مستوى حوائط المنع.

---

(١)البحطيطي، عبد الرحيم الشحات، (٢٠٠٧)،المخاطر المالية في نظم المدفوعات في التجارة الإلكترونية كأحد التحديات التي تواجه النظم المصرفية، **مجلة جامعة الملك عبدالعزيز**: الاقتصاد والإدارة، م ٢١ ع ٢، ص ٤٥-٧٩.

(٢)المهندس رأفت رضوان – المرجع السابق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- مستوى شبكة الاتصال.
- مستوى التشغيل الخاص بالحاسب الموجود عليه مقر المعلومات.
- مستوى المعلومات وقواعد البيانات الموجودة بالمقر.
- مستوى الحاسب الموجود عليه مقر المعلومات.
- مستوى أدوات وبرامج مواجهة الفيروسات.
- مستوى الخطة العامة والسياسات الخاصة بتأمين سلامة المعلومات.
- مستوى الأفراد وتدريبهم.

وهذه تقنيات حديثة لا مجال للتوسع فيها وإتاحة ذلك لأهل التخصص.

والـــذى يمهنا في مجالنا القانوني هو ما يتم فيه التعامل عن بُعد حيث تنعقد البيوع بين حاضـــرين في الزمان وغائبين في المكان، وبالتالي فإن مدى التأثير على الطرف الضـــعيف (المشتري) يجعلنا نسعى لكافة طرق الحماية له خصوصا أن بينها أجهزة ليست بمنأى عن الخطأ أو التقصير.

ولذا فإن حق أي من الطرفين في إعادة النظر أو التروي في الإرتباط قبل أن يقدم على إبرام التعاقد من عدمه، وهذا يســـتحق الحماية لكلا الطرفين في أداء المقابل الذي يلزم به إزاء الطرف الآخر[1]، وهذا ما يتحقق في بعض المعاملات بل أكثرها في أداء الثمن مقدماً. لذا يجب الأخذ في الاعتبار إطمئنان كل طرف إزاء الطرف الآخر، بوضـــع العناصر الجوهرية وتحديد الأطر القانونية لمعاملتهم.

---

(1)انظر ذلك تفصيلا في مرجع المهندس رأفت رضوان – السابق الإشارة إليه ص ١٠٨ إلى ص ١٢٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من هذا المنظور يجب أن يتضـــمن عقد التبادل شـــروطا محددة تنظم الصـــفة الملزمة للرســـالة ويلزم الأطراف بناء على هذه الشـــروط بالرسائل التي تصدرها نظم المعلوماتية التي يســـتخدمونها ويضـــفون عليها صفة الإعلان عن الإرادة. لذا كان لابد لنا من تحديد المحل في العقود الإلكترونية.

المطلب الرابع

محل العقد الإلكتروني

إن محل العقد الإلكتروني أو ما يسمى بالتجارة الإلكترونية يتعلق بتبادل السلع والخدمات عبر حدود الدول دون التقيد بإقليم معين أو جنسية معينة. بل أن هذا المفهوم تم التوسع فيه من خلال التوجيه الصادر من المجلس الأوروبي ليشمل كافة الخدمات عن بُعد باستخدام وسائل الكترونية بتقديم الخدمات المهنية مثل: (المحاماة، الإستشارات القانونية، الوساطة والسمسرة، والرعاية الصحية والتأمين، وخدمات التسلية مثل الفيديو والألعاب الإلكترونية، وزيارة المتاحف إلكترونيا، وخدمات التسويق من الشراء عن بعد). والغاية من العقد هو إنشاء الالتزام، فإن لم يقم الالتزام لسبب يمس محله، فإن العقد كله يقع باطلا بدوره، فمحل الالتزام ذو تأثير في كيان العقد، وإذا كان محل الالتزام يعتبر في نفس الوقت محلا للعقد الذي ينشئه، ترتب على ذلك أن محل العقد يتعدد الالتزامات التي تصدر عنه، فالبيع يولد إلتزامين أساسين:-

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١. على البائع ويتعلق بالبيع ويقوم على وجوب تسليمه والعمل على نقل ملكيته.

٢. على المشتري ويتعلق بالثمن ويقوم على وجوب دفعه[١].

الشروط الواجب توافرها في محل العقد

١. إمكانية التعامل فيه، بمعنى أن الشخص لا يتعامل إلا في ملكه حتى يستطيع أن يكون له حرية التصرف فيه.

٢. كذلك يجب ألا تكون هناك إستحالة تحول دون نشوء الالتزام فإن كان محل الالتزام ممكنا عند إبرام العقد ولكنه أصبح مستحيلا في تاريخ لاحق، فالبيع لا يعتبر هنا باطلا ولكنه ينفسخ، أي أنه يعتبر قد قام صحيحا ثم إنحل. فيلزم عدم الخلط بين إستحالة محل الالتزام القائمة عند إبرام العقد حيث أنها تؤدى دائما إلى بطلانه، وتلك الطارئة بعد إبرام العقد، إذا أنها تؤدى إلى فسخه شريطة أن تكون واقعة بفعل يعزى إلى المدين.

٣. كذلك يشـــترط في محل العقد أن يكون معينا أو قابلا للتعين، وأن يكون مشـــروعا فأما أن يكون معينا فإن ذلك لا يختلف إما بالوصـــف أو بالنوع أو بالمقدار وذلك حسب الأحوال، ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضـــمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، فإذا لم يتضمن العقد من خلال شبكة الانترنت هذه المواصفات[٢].

([١])تنص المادة ٢١ من القانون المدني على ما يلي: (المكاني للعقود بين الأحياء التطبيق) "تخضـــع العقود ما بين الاحياء في شـــكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضـــا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوع كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك.

([٢])التوجية رقم ٤٨ لسنة ١٩٩٨ الصادر من المجلس الأوروبى – الخاص بالتجارة الإلكترونية ، وملتقى دافوس لسنة ٢٠٠٢ مشار إليه في البحث المقدم للمؤتمر العلمى حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية – دبى من ٢٦-٢أبريل ٢٠٠٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأمكن تحديد العمل المطلوب من الظروف الملابسة للعقد كان محل الالتزام صحيحا، وإلا كان هذا المحل غير محدد تحديدا كافيا نافيا للجهالة الفاحشة.

٤. التحـــديد بالنوع ضـــرورى وإلا وقع العقد باطلا، كذلك التعيين بالمقدار لازم بدوره لقيام الالتزام حتى لا يقع لبس خصـــوصا وإننا نتعامل عن بعد. لذا يجب أن يكون وصف محل الالتزام كاملا، كأن يكون موضـــحا بصـــورة هذا الشـــئ في الموقع الذي يتم فيه عرض البضائع[١].

٥. وقد يظهر بعض الاختلاف بين الوصـــف للمنتج أو صورة المنتج المعروضة وبين الواقع، ولكن ذلك لا يعفى البائع من المسؤولية إذا كان هناك غش أو تدليس أو وجد فرق جوهري أو جسيم بين الصورة والواقع.

٦. للمشترى الحق في ضمان المطابقة بين المنتج النهائى والعينة، إذ تعتبر الصورة بمثابة عينة تعبر عن وصف المبيع كما يجب أن يكون السبب موجودا ومشروعا بحيث لا يتعارض مع القانون والنظام العام والآداب[٢].

وسوف نتعرض تفصيلا لإلتزامات البائع في هذا الشأن.

---

(١)عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية العقد، ص ٤٠٨، ٤٠٩ ، ٤١٩، ٤٢٠.

(٢)البحث المقدم إلى المؤتمر العلمى في دبى السابق الإشارة إلية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع

وضع جهاز الحاسب الإلى في التعاقد

فى الشـــبكات المفتوحة (عبر الانترنت) والتى لا يُعرف فيها مســـتخدموها الواحد منهم الآخر فليس هنـــاك إتفـــاق يلزم ويحـــدد معـــاملتهم في الإطار القانوني. وقد يتبادر إلى الذهن في[1]مجـــال البحـــث عن آلية تتيح للنظام المعلوماتي أن يدخل في إطار النظم المتعارف عليها قانوناً. فنتناول بالبحث عما إذا كانت (نظرية النيابة) قادرة على تبرير إضافة الأعمال الصادرة من النظام المعلوماتي إلى الطرف المستخدم له أو هى (نظرية الظاهر).

أولاً: نظرية النيابة:

والنيابة نظام قانوني مؤداه أن تحل إرادة شخص معين يسمى بالنائب محل إرادة شخص آخر هو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني إثاره الأصل لا إلى النائب. فهل يوجد شبه بين قدرة النظام المعلوماتي في تقرير وقت نقل الرســـالة وفى تحديد محتواها من جهة وبين نظام النيابة عنـــه؟ خصـــوصـــا وإن التجارة الإلكترونية من منظور الحرية التعاقدية، يدخل فيها الجهاز المعلوماتي كطرف وســـيط، وبالقيام ببرمجة ذلك النظام يحدد الشخص الإطار الذي يصدر فيه الرسالة.

([1])جمال مرسى بدر، النيابة في التصرفات القانونية سنة ١٩٥٤، رسالة دكتوراه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولكننا بذلك نســـاوي بين إدارة بشـــرية وبين جهاز معلوماتي قد يعتبر محلا لحق من الحقوق وليس صاحب إدارة. ولذا لا تصلح الإنابة للتبرير لإضافة أعمال النظام المعلوماتي إلى الطرف المستخدم له[١].

ثانياً: نظرية الظاهر:

والظاهر هو مصطلح قانوني يعنى إتمام تصرف في ظروف من شأنها أن يعتقد أحد أطرافه – على عكس الحقيقة – اعتقاد مبرراً بقانونية مركز المتصرف ويترتب على ذلك نفاذ التصرف كما لو كان صادراً عن صاحب مركز قانوني صحيح.

والواقع أن إستخدام وسيلة النظام المعلوماتي (متمثلا في الجهاز الإلكتروني) لنسبة الأعمال التي يتولاها هذا الجهاز إلى الشخص الذي استخدمه حيث قد تستخدم هذه التقنية خارجة عن إرادة من يتعامل معه، لذلك يجب أن توضع طريقة لحماية الوضع الظاهر بتوافر عنصرين أحدهما موضعي والآخر شخصى[٢].

- **فأما العنصر الموضعى:** فهو يتوافر عند وجود علاقات تجارة مستمرة يمكن من خلالها القول بوجود مركز واقعي يمثل هذا العنصر.
- **أما العنصر الشخصى:** [٣]فيقضي أن يعتقد الغير على نحو شرعي بسلامة العمل الإلكتروني أي مطابقة ما يصدر من الجهاز إلى مصدره.

---

(١) ملكاوي، بشـــار، (٢٠٠٤)، لوجيز في شرح نصوص القانون المدني الأردني نظرية العقد، دار وائل للنشر والتوزيع الطبعة: الأولى ، ص ١٨٣.

(٢)علوان، أمية، المرجع السابق.

(٣) صلاح، شوقى محمد، (٢٠٠٢)،**نظرية الظاهر في القانون المدني**، رسالة دكتوراه، ص٢٩

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- أي يكون ما تم من الرسالة منسوبة إلى شخص مصدرها، ذلك أنه من الممكن أن يستخدم هذا الجهاز بطريقة غير مشروعة بحيث يقوم أحد الأشخاص بإنتحال صفة ليست له.

ثالثاً: اعتبار النظام المعلوماتي بالشخص الافتراضي:

أو ما يسمى بالمتجر الإفتراضي (فى نظام التجارة الإلكترونية). حيث يصبح المتجر أو البوتيك الإفتراضي مشاركا في المركز التجاري الافتراضي الذي يجمع العديد من التجار تحت عنوان واحد.

ونظّم هذا العقد الالتزامين الرئيسين فيه وهما:-

- **الالتزام الأول:** إلتزام المركز التجاري بفتح المتجر الخاص بالمشاركة على شبكة الانرنت، وما يتضمنه ذلك من الترخيص له باستخدام برنامج متخصص يسمح له بمباشرة التجارة عبر شبكة الانترنت. (١)
- **الالتزام الثانى:** فهذا إلتزام المشارك بالمقابل المالي لذلك واحترام المتجر الإفراضي للشروط العامة للمركز التجاري الافتراضي، وضمان احترام الطرفين للأعراف التجارية، وتنظيم إبرام العقود اللازمة مع الغير.

ويمكن إفتراض هذه الشـــخصـــية بمجموعة المعلومات التي تجوب الشـــبكة لكي تجعل الشخص حاضراً في صورة آلية، بحيث يتطابق تواجد هذا الشخص في صورة آلية مع الشخص الطبيعي عن طريق اســـتخدام (رقم كودي) في الاتصال عن بُعد(٢)، وإن الالتزام يمكن إظهاره بواسطة التوقيع الرقمي.

---

(١) أمية علوان، مرجع سابق

(٢)مجاهد،أسامة، المرجع السابق، ص ص ٦٢ – ٦٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد انتقد البعض هذا التكيف لكونه افتراضا غير معقول، ذلك أن النظام المعلوماتي ليس هو المشكلة، وإنما مصدر الإعلان عن الإرادة هو وجه المشكلة، فالبيانات الصادرة عن الجهاز لا ترقى إلى صـــفة الكائن القانوني، وإفتراض شخص جديد على بساط الحياة القانونية، ثم كيف يتأتى أن يكون هناك تصور لطرف متعاقد مع شخص إفتراضي وإعطائه إلتزامات خيالية، فهو إفتراض لا يقوم على أساس لا قانوني ولا منطقى.

وعلى ذلك تعين إعتبار الرسائل التي يبثها جهاز الحاسب الآلي[١]أو (الإنترنت) صادرة عن شخص طبيعي، وما هذا الجهاز إلا وسيلة للتعبير تستخدم باسمه، ولذا يجب البحث عن آلية تتيح إضافة كل ما يتم من نظم معلوماتية إلى الإرادة البشرية، وتكون هناك مسئولية لهذا الشخص الطبيعي.

كل ذلك تحقيقا للرجوع إلى قواعد المعاملات المستقر عليها والتى تتطلب الإعلان عن الإرادة، وأن يكون هناك إلتزام للعبارات والسلوك إنطلاقا من التعبير عن إرادة أحد الأشخاص.

فكل ما يتم في الجهاز المعلوماتي إنما يتم إضافته إلى الشخص الطبيعي الذي يستخدمه أي أن مستخرجات هذا الجهاز يتم نسبتها إلى أحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين ويعتبر مسئولاً عنها وعن الآثار القانونية المترتبة عليها.

---

(١) علوان، أمية، المرجع السابق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التزام طرفى التعاقد من خلال آلية المعلومات:

والتعامل عن طريق الجهاز الإلكتروني يحكمه عنصران[١]، عنصر موضعى والأخر نفسى أو ذاتى:-

- **العنصر الموضعى:**

حيث يعتبر العمل الذي صدر عنه الإعلان الذي يظهر الإرادة بالالتزام ضروريا، ويجب أن يخرج سلوك الشخص وفقا للأعراف والعادات التجارية، ومن هذا يبين للطرف الذي أصدر هذا التعبير قصد الالتزام عقدياً، ومن الممكن أيضا أن يظهر الإعلان دون تدخل من الشخص (وذلك من الجهاز الإلكتروني)، ومع ذلك يمكن القول بوجود عمل إرادي من جانب من أصدره، أي أننا نضفي على هذه الأعمال الوصف القانوني للعمل المصدر للإعلان، طالما أن الطرف الآخر يمكنه أن يتلقى هذا[٢] المفهوم.

من هنا فإن ذلك يؤدي بنا إلى وجود رابطة سببية بين الأعمال التحضيرية والقائم بها (المبرمج) وبين الآلية الصادرة من الجهاز المعلوماتي، وما يترتب عليها من أثر ألا وهي الرسالة الصادرة من ذلك الجهاز إلى المعلوماتي، وما يترتب عليها من أثر ألا وهي الرسالة الصادرة من ذلك الجهاز إلى كل يهمه الأمر.

---

(١)أنظر البحث القيم للأستاذ الدكتور أمية علوان الذي ألقاه على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية سنة ٢٠٠٠ – أوراق غير مطبوعة.

(٢) اليكس ويل، وفرانسو تيرى – الالتزامات سنة ١٩٨٦، ص٤٩- ٥٠مشار إليه في مرجع أيمن إبراهيم العشماوى مفهوم العقد وتطوره سنة ٢٠٠٠ ، ص٤٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- **العنصر الذاتى أو النفسى:** فهو ينقسم بدوره إلى:-

- إرادة القيام بعمل. - إرادة الإعلان لهذا العمل.

فلكى يرتب الإعلان آثاراً قانونية يجب أن تتوافر لدى الطرف إرادة إجراء العمل أي أن يكون ذو أهلية، إلا أنه وقت الإصدار الفعلي (للرسالة الإلكترونية) تعتبر هذه الإرادة غير متوافرة لكون ذلك الجهاز المعلوماتي هو الذي ينشؤها ويصدرها آليا. فهل تمتد إرادة إجراء العمل للإعلان إلى لحظة العمل الصادرة فيه.

الواقع كما قلنا في بيان العنصر الموضعى أن هناك علاقة سببية بين الجهد البشرى (المبرمج) الذي يقوم بتحضير الجهاز المعلوماتي وتهيئته للإرسال وبين الأثر المترتب على ذلك وقت إعلان الرسالة الإلكترونية.

من هذا المنطق فإن إرادة الإعلان عنصر أساسي حتى يمكن للعمل المعلوماتي أن يرتب آثاره القانونية.

وإذا كنا قد أدخلنا الجهاز[1]المعلوماتي (الحاسب الإلى) كوسيط بين طرفي التعاقد ، فهل إذا تحقق خطأ في برنامج الحاسب الآلي يشكل مسئولية على مرسل الرسالة أم مإذا ؟ وما مدى حماية الطرف الآخر في ذلك ؟

---

(1) فليب ماليو – الالتزامات سنة ١٩٩٠ ، ص١٦٥، مشار إليه في المرجع السابق، ص١٨٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب السادس

الالتزامات الناشئة عن العقد الإلكتروني

في ظل التطور المتلاحق للمعلومات والتقنيات أصبح العقد هو المصدر الرئيسى للإلتزامات، صحيح أن جميع الالتزامات لا تأتي عن طريق الإتفاق فهناك بعض الالتزامات التي يفرضها القانون مباشرة غير أن هذا التقييد غير الاتفاقي لحرية الأفراد يعد أمرا استثنائياً.

فالعقد من الناحية العملية يكاد يكون الأداة الوحيدة لتداول الثروة، وأحد الآليات الرئيسية للنشاط الإقتصادي، كذلك فإنه يتميز بالمرونة في تفاعله مع الحاجات والضرورات المتغيرة في العالم والأعمال والتجارة والاقتصاد وغيرها[١].

والعقد من الناحية التحليلية ينطوي على تنظيم العلاقات الاجتماعية من حيث قابيلة الفرد طواعية وإختياراً على إحترامها وتنفيذها ولعل المثل الواضح في ذلك هو عقد البرامج – وعقد التصميم. والعقد – على الأرجح من الأقوال – هو إتفاق إرادتين جرى التعبير عنها من أجل إحداث أثار قانونية في إطار النظام العام والآداب.

والمبدأ الأساسي للعقد هو توافقه مع العدالة الذي يجب أن يكمله حسن النية. والعدالة التبادلية في الشأن التعاقدي هي التي تقوم بالدور الأكثر تميزاً، حيث يقوم العقد بإنشاء إلتزامات للطرفين، يكون متفقاً مع القانون الموضوعي. فالعقد بالنظر إليه في وظيفته الرئيسية كأداة لتبادل الأموال والخدمات هو مصدر من مصادر الالتزام خاضع لمبدأ العدالة المتبادلة، بمعنى أنه يحقق التوازن بين الذمم المالية مما يستدعي أن يتلقي كلا الطرفين معادل ما أعطاه للطرف الآخر[٢].

---

(١)جستان – المرجع السابق، ص٢٤٤– ٢٤٥.

(٢) مارتى – ورينو – الالتزامات ط٢ سنة ١٩٨٨ رقم (٤٣).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أى أنه عمل تبادلي يقيم إلتزامات متقابلة يجب أن تكون متساوية من الجانبين. ويتنافى مع عدالة العقد أو عدم الموازة في التعاقد وجود عقود الإذعان التي تتسم بشروط غير مألوفة، وتبدو مفروضة على المستهلكين عن طريق إساءة استعمال القوة الاقتصادية للطرف الضعيف على حساب طرف آخر[1].

من هنا كان لابد منح القاضي سلطة إعادة العدالة العقدية، وكذلك يجب أن يتدخل المشرع بقانون لحماية المستهلكين. ثم يأتي مبدأ حُسن النية كمكمل لمبدأ العدالة، بمعنى الاستقامة في العقد.

مبدأ حسن النية:

وهذا المبدأ مرادف للصدق والاستقامة على وجه أوسع، أو بمعنى آخر هو التوافق بين الأعمال والأقوال من جهة والفكر والنية من جهة أخرى، وهو يتعارض بالتالي مع سوء النية أو الخداع أو المكر والغش.

ولعل المثل الذي نراه في مجال بحثنا هذا هو عدم قيام المبرمج أو المهيمن على الجهاز الإلكتروني باتخاذ ما من شأنه إستخدام أجهزة الأمان ضد الاحتراق والتدمير، وحماية البرامج والنظم الإلكترونية ضد مخاطر الفيروس.

---

(1)جورج ريبيير – القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية رقم (١٥٧).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكما بيّن العميد (ريبر) بأن حُسن النية هو أحد الوسائل التي يستخدمها كلا من المشرع والمحاكم لادخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي.

(يجب تنفيذ العقد طبقا لِما إشتمل عليه ، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حُسن النية)

لذا نجد وظيفة حُسن النية في مجال تنفيذ وتفسير العقود والالتزامات المتمثل في الأمانة[١]والثقة، كما أن هذا المبدأ يتمثل في كفالة الحماية في كسب الحقوق والحد من أثر بطلان التصرفات القانونية[٢].

---

(١) المادة ١٤٨/١من التقنين المدني .

(٢)شوقى محمد صلاح – المرجع السابق ، ص١٠٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الرابع:الدراسة المقارنة في مدى كفاية قواعد الغش الواردة في القانون المدني الأردني لحماية المستهلك الإلكتروني

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة

يقصـــد بالتغرير في القانون المدني الأردني ومشـــروع القانون المدني الفلســـطيني، أو التدليس كما يســـميه القانون المدني المصري" خداع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية تحمله على الرضـــا بما لم يكن ليرضـــى به بغير تلك الوسائل " ٥، وهذا ما جاء في المادة ١٤٣ من القـــانون المدني الأردني ٦، والمادة ١٢٥ من القانون المدني المصـــري ٧، والمادة ١٢٤ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

ويلزم لكي يعتبر الإعلان المضلل تدليساً توافر ثلاثة شروط، الأول يتعلق باستعمال طرق احتيالية تحمل المستهلك على التعاقد، والشرط الثاني يتناول النية للوصول إلى غرض غير مشروع ، والشرط الثالث يتحدث عن أن يكو التدليس والغش هو الدافع.

ويستنتج مما سبق أن استعمال الطرق الاحتيالية التي تيؤدي بالمستهلك إلى التعاقد الإلكتروني، تتيح له في حالة إصابته بضرر جراء الإعلام الإلكتروني المضلل أن يستفيد من الحماية المدنية المقررة في القواعد العامة حيث تتمثل هذه الحماية بدعوى التدليس التي يرفعها المستهلك بوصفه متعاقداً مطالباً بابطال العقد وفقاً لقواعد المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية، كما يجوز للمستهلك أن يرفع دعوى تنفيذ الالتزام التعاقدي مطالبا المعلن بتسليمه مبيعا من ذات خصائص الشئ المعلن عنه، وأشير هنا إلى أن أغلب التشريعات الحديثة لوسائل وقائية تهدف إلأى منع التضليل والخداع في الإعلان الإلكتروني، كحصول المستهلك على معلومات صحيحة عن المنتجات التي يشتريها، وتجريم الإعلان المضلل، ساعد في توفير حماية وقائية للمستهلك[١].

([١])عبد الرحمن، أحمد شـــوقي محمد، (٢٠١٠)،**جزاء الإخلال بالعقد في القانون المدني**، بدون طبعة ، منشـــأة المعارف بالإسكندرية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد أفاض الباحث في الفصل الرابع (الدراسة المقارنة في مدى كفاية قواعد الغش الواردة في القانون الأردني لحماية المستهلك الإلكتروني)، وقسم هذا الفصل إلى مبحثين، ففي المبحث الأول (التوقيع الإلكتروني) قام الباحث بشرح مفاهيم المعاملات الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني في بعض التشريعات العربية، والتوقيع الإلكتروني في قانون الإونسيترال النموذجي، وإصدارات الأمم المتحدة في هذا الشأن، وقام بشرح التوقيع الإلكتروني في القانون الأردني، والتفرقة بين التوقيع العادي والتوقيع الإلكتروني (الرقمي) ، وأوضح حجية التوقيع الإلكتروني وحالات اعتماد شهادة التوثيق، وأوضح القبول في العقد الإلكتروني ونظرية العلم بالقبول. أما في المبحث الثاني (حجية التوقيع الإلكتروني في قانون الأونسيترال النموذجي وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني)، فأوضح مسئولية أطراف التوثيق، والشهادة ورمز التعريف، وحجية التوقيع الإلكتروني الموثق، وإنكار التوقيع الإلكتروني، والتعارض بين محرر إلكتروني بسيط غير موثق ومحرر عادي أو رسمي، والحالات المستبعدة من نطاق الإعتراف بالمحررات والتوقيعات الإلكترونية، وصور التوقيع الإلكتروني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول:التوقيع الإلكتروني

المطلب الأول

مفاهيم المعاملات الإلكترونية

ارتبطت المعاملات الإلكترونية بمفاهيم ثلاثة، هي:-

١- المحرر.

٢- الكتابة.

٣- التوقيع.

أولاً: المحرر:

لا يوجد في أصـــل هذه المشكلة ما يفسر معناه على ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات ســـواء كان ورقا أو خشبا أو غير ذلك، ومن هنا يمكن القول أن كلمة محرر تشمل المحرر الكتابي والإلكتروني على حد سواء الأمر الذي يستدعى تقيدا مطلوبا في نظرتنا ومفهوما للمحرر فضـــلا عن التقيد الواجب في القوانين المعمول به واســـتحداث تشـــريفات لازمة لذلك التغير، فمن المعلوم أن المحرر لم يكن مقصورا على ما هو مكتوب دعامات ورقية فقط[١].

(١) د. لطفي، محمد حسام محمود، الاطار القانوني للتجارة الإلكترونية، دراسة في. قواعد الاثبات، بحث مسحوب من الانترنت، ص ٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: الكتابة:

فالمشرّع الأردني لم يشترط شكلا معينا للكتابة في المادة التي يكتب عليها أو يكتب بها ممكن الكتابة على الورق أو الجلد أو غير ذلك، وكل ما يطلبة المشـــرع هو نســـبة المحرر إلى صاحبة[١].

وهو ما أكده المشرع الأردني في المادة (٣١) من قانون البيانات الفترة (٣) والتى تنص على:-

١. الكتابة كعنصر في الدليل الكتابي لا يشترط فيها شكلا معينا لا بشأن المادة التي تكتب عليها أو تكتب بها فكما تدون الكتابة على الورق فإنها تثبت على أي دعامات حديثة، كالشرائط الغناطيسية والأقراص الضوئية كما في ذاكر الكمبيوتر. وهو ما أكدة المشرع الأردني في المادة (٢٣) من قانون البيانات الفقرة (٣) والتى نصت على:-

أ. أن تكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني، قوة الإثبات العادية في الإثبات ما لم يثبت من نسب إليه بارسالها أنه لم يقم بذلك أو لم يكلف أحد بارسالها.

ب. تكون وسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه حجه على كل منهما.

٢. تكون لمخرجات الحاسوب المدققة أو الموقعة قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت من نسب إليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحد باستخراجها، وهو ما أكدته جملة من الإتفاقات الدولية ومنها على سبيل المثال:-

---

(١) ســـنور، مي العبدالله، (٢٠٠١)، الاتصال في عصر العولمة، دور وتحديت، بيروت، دار النهضة العربية، ط٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- **إتفاقية روما (١٩٨٥) بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها:**

حيث نصت المادة (٢-١١) على أن شرط التحكيم يمكن أن يرد في عقد أو إتفاق موقع عليه أو في تبادل خطابات أو برقيات.

- **إتفاقية نيويورك بشأن التقادم في البيوع الدولية للبضائع (١٩٧٢)**

وتشير هذه الاتفاقية إلى أن مصطلح الكتابة ينصرف أيضاً إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس في المادة (١).

- **إتفاقية الامم المتحدة الموقعة في فيينا في شأن النقل الدولي للبضائع (١٩٨١)**

فتنص المادة (١٣) من هذه الاتفاقية على أنه فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس. الأمر الذي يعني توافر عناصـــر الدليل الكتابي في المحرر الإلكتروني ، ولكن المشـــكلة التي تواجها تنحصر في مدى إتفاق هذه الوســـائل الفنية الجديدة في إنجاز المعاملات مع المتطلبات القانونية لإثبات التصرفات القانونية من ناحية ومدى قبول الدعامات الجديدة كدليل مقنع في الإثبات من ناحية أخرى[١].

ثالثاً: التوقيع:

رأينا فيما تقدم أنه لا يوجد تعريف قانوني للتوقيع بشكل عام ولم يشترط فيه إلا أن يكون دالا على صـــاحبة خاصة إذ أنه يعد حجر الزاوية في نظام الإثبات أن يكون مطابقاً وأن يكون دائما وقد يكون بالإمضاء اليدوي أو بالختم أو ببصمة الأصبع.

---

(١)المحررات الإلكترونية بيين الأدلة والإثبات، جامعة عين شمس ، ص (٦٣) وكذلك أســـامه أحمـــد شوقى (٢٠٠) اســـتخدم مستخرجات التقنيات الحديثة وآراه على قواعد الإثبات المدني (دراسة مقارنة ٢) دار النهضة العربية، ص ص٨٠-٨٩

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى الرغم من أن التوقيع باليد هو أفضل طرق التوقيع ولكن العلم الحديث أثبت وجود طرق حـــديثة تفوق التوقيع الخطى أمنا وأمانا خاصـــة في الدلالة على الشـــخص الموقع ذلك بالإعتماد على الصـــوت أو الشـــفاه أو قرنية العين أو غيرها أو بالإعتماد على وســـائل أخرى بإختلاف الطريقة أو الوســـيلة المتبعة في التوقيع. فكل وسيلة تقوم بتحقيق الوظيفة المطلوبة من التوقيع تعيين صاحبها وإنصراف إرادته إلى الالتزام بمضمون ما دفع عليه تعد بمثابة توقيع. [1]

المطلب الثاني

التوقيع الإلكتروني في بعض التشريعات العربية

عالجت النهضة التشريعية العربية المعطيات الحديثة في الحياه الاقتصادية والاجتماعية

ومن أهم القوانين العربية:-

- **دول الإمارات العربية المتحدة:**

وقد أصدر هذا القانون الشيخ مكتوم بن راشد آل مكتوم بصفته حاكما لإمارة دبي قانون (٢) لسنة ٢٠٠٢، بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد ٢٧٧ لسنة ٣٦، في ٢٦-٢-٢٠٠٢ دبي.

---

(١) جميعي، حســـن عبد الباســـط، (٢٠٠٠)، **اثبات التصـــرفات القانونية التى يتم ابرامها عن طريق الانترنت**-دار النهضة العربية،القاهرة، ص٣٥

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١. **السجلات والتوقيعات الإلكترونية المحمية (المادة ١٩):**

١- إذا تم بطريقة صـــحيحة تطبيق إجراءات توثيق محكمة، منصوص عليها في القانون أو معقولة تجارياً ومتفق عليها بين الطرفين ، على ســـجل إلكتروني للتحقق من أنه لم يتم تغييره منذ وقت معين من الزمن، فإن هذا السجل يعامل كسجل إلكتروني محمي منذ ذلك الوقت إلى الوقت الذي تم فيه التحقق.

٢- لإغراض هـــذه المـــادة والمادة (٢٠) من هذا القانون، ولتقرير ما إذا كانت إجراءات التوثيق المحكمـــة معقولـــة تجارياً، ينظر لتلك الإجراءات والظروف التجارية في وقت استخدامها بما في ذلك:

أ- طبيعة المعاملة.

ب-معرفة ومهارة الأطراف.

ج- حجم المعاملات المماثلة التي قام بها أي من الطرفين أو كلاهما.

د- وجود إجراءات بديلة.

ه- تكلفة الإجراءات البديلة.

و- الإجراءات المستخدمة عموماً لأنواع مماثلة من المعاملات. [١]

٢. **التوقيع الإلكتروني المحمي (المادة ٢٠):**

١- يعامل التوقيع على أنه توقيع إلكتروني محمي إذا كان من الممكن التحقق من خلال تطبيق إجراءات توثيق محكمة، منصـــوص عليها في هذا القانون، أو معقولة تجارياً ومتفق عليها بين الطرفين، من أن التوقيع الإلكتروني كان في الوقت الذي تم فيه:

([١])المادة (٤) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أ- ينفرد به الشخص الذي استخدمه.

ب-ومن الممكن أن يثبت هوية ذلك الشخص.

ج- وأن يكون تحت سيطرته التامة سواء بالنسبة لإنشائه أو وسيلة استعماله وقت التوقيع.

د- ويرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة به بطريقة توفر تأكيداً يعول عليه حول سلامة التوقيع ، بحيث إذا تم تغيير السجل الإلكتروني فإن التوقيع الإلكتروني يصبح غير محمي.

٢- على الرغم من أحكام المادة (٢١) من هذا القانون وما لم يثبت العكس، يعتبر الاعتماد على التوقيع الإلكتروني المحمي معقولاً. [١]

- **التوقيع في القانون المدني المصري:**

التصريف للتوقيع الإلكتروني في القانون المصرى.

نصت المادة (٢/١) من القانون المصرى بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، على أن التوقيع الإلكتروني ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل أرقام أو رموز أو حروف أو غيرها ، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره.

([1]) L'article 1316-4 " La signature nécessairé a la perfection d'un act juridique identifié celui qui l'appose, elle manifeste le consentment des parties aux obligations qui découlent de cet acte, Quand elle est opposés par un officer public, elle confére l'authenticté de l'acte.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتنص المـــادة (١٨) من القـــانون نفســـه على أنه يتمتع التوقيع الإلكتروني، والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيه الشروط الآتيه:-

أ- إرتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

ب-سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

ج- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

د- وهكذا نســتطيع القول أن المشرع المصرى أورد أن التوقيع قد يتخذ أشكال الحروف أو الأرقام أو الرموز أو غيرها.

واشترط أن التوقيع مرتبط بشخص واحد مما يسمح بتعينه وأن يتم التوقيع من خلال وسائل تخضع للسيطرة المباشرة من صاحب التوقيع موضحا إرتباطه بمضمون الوثيقة الإلكترونية، بحيث لا يكون هناك أي قيمة للتغيرات التي قد تحدث بعد ذلك. وقد ركز المشرع المصرى على تحديد وظيفة التوقيع بتحقيق الشخصية وإمضاء الموقع عندما اشترط إرتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره وسيطرته وحده على الوسيط الإلكتروني[١].

الفرع الأول: التوقيع الإلكتروني في قانون الاونسيترال النموذجي:

تقدم المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية ومنها منظمة الأمم المتحدة (٧٧) بمجهود دولي لوضع نماذج لتشريعات موحدة لتنظيم التجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية فيتم وضع مشروعات لقوانين تنظم تلك المجالات وتكون متاحة لدول مختلفة لتحتذى بها في إصدار تشريعاتها الداخلية .

---

(١)بوعيدة، عبد الرحيم و نعمان، ضـــياء علي أحمد، ، القانون المصـــري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٣ الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية الصناعة التكنولوجية الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٠٤/٢٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومنها قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (٢٠٠٢) UNCTTR (MODEL LAW ON ELECTRONIC SIGNATURES (200 الذى عرف التوقيع الإلكتروني في المادة (٢) فقرة (١) القول بأنه يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة اليها مرتبطة بها منطقيا يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات وعرّفت الفقرة (ج) من نفس المادة بالقول أنها معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر التبادل الإلكتروني للبيانات ، أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقى[١].

والهدف الرئيسي الذي يسعى إليه قانون الاونسيترال هو تيسير إستخدام التوقيعات الإلكترونية ، ومعاملة الوسائط الإلكترونية على قدم المساواه مع الوسائل الإلكترونية.

وهكذا نلاحظ أن الفقرة (أ) من المادة الثانية من مشروع القانون النموذجي، قدمت تعريفاً للتوقيع الإلكتروني مستمداً من الدور الذي ينهض به التوقيع التقليدي كاداة لتحديد هوية الموقع وإثبات موافقته على فحوى المحرر.

وقد أكدت الفقرة الأولى من المادة (٦) من القانون النموذجي صراحة على ذلك فنصت على أنه حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يُعد ذلك الإشتراط مستوفيا بالنسبة إلى رسالة البيانات.

([1]) UNCITRAL Secretariat, Vienna International Centre, P.O. Box 500, A-1400 Vienna, Austria.. p. 88.
أمانة الأونسيترال

.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذا استخدم توقيعا إلكترونيا موثوقاً به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي إتفاق ذى صلة.

وقد أقامت الفقره الثالثة من المادة السادسة قرينة قانونية بسيطة مؤداها أن التوقيع الإلكتروني يصبح موثوقاً به ومن ثم يصح التعويل عليه متى توافرت الشروط الآتيه:-

١. إذا كانت الأداة المستخدمة في إنشائه تخص الموقع دون غيره.

٢. إذا كانت أداة التوقيع لحظة إجرائه تحت سيطرة الموقع دون غيره.

٣. إذا كان من الممكن إكتشاف أي تحريف يطرأ على التوفيع الإلكتروني بعد صدوره.

٤. في الحالات التي يتطلب فيها القانون سلامة الرسالة المرفقة يلزم أن يكون إكتشاف أي تعديل يطرأ على رسالة البيانات بعد توقيعها ، ويستعان كل ذلك بإستعمال أنماط رياضية وفنية.

وأقر القانون كافة أنواع التوقيعات الإلكترونية دون أي اعتبار لتقنية التوقيع الإلكتروني، وعدم التميز في أي طريقة للتوقيع أي أن جميع التكنولوجيات ستنال نفس المعاملة، ونتيجة لذلك لا يكون هناك اختلاف في المعاملة بين الرسائل الموقعه إلكترونيا وتلك الموقعة توقيعاً تقليديا. ولا يوجد في القانون ما يمنع من توسيع نطاق تطبيقة ليشتمل التوقيعات الإلكترونية خارج المجال التجاري[١].

([١])أمانة الأونسيترال ، المرجع السابق ، ص ٨٩- ٩٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: اصدارات الأمم المتحدة الجمعية العامة لجنة الامم المتحدة للقانون التجارى الدولى

الدورة الثالثة والثلاثون نيورك NCN91461 الاصدار ٥/٤/٢٠٠٠:

كما تنص (المادة ٧) منه أنه يتعين أن يكون أي تحديد يتم مسبقاً مع المعايير الدولية المعترف بها، على أنه ليس في هذه المادة ما يخل بسريان مفعول قواعد القانون الدولى الخاص.

المطلب الثالث

التوقيع الإلكتروني في القانون الأردني

نطاق تطبيق أحكام قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١:-

يهدف هذا القانون إلى تسهيل إستعمال الوسائل الإلكترونية في إجراء المعاملات مع مراعاة أحكام أي قوانين أخرى دون تعديل أو إلغاء لأي من هذه الأحكام، مع الأخذ بعين الإعتبار لدى تطبيق هذه الأحكام قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الإلكترونية ودرجة التقدم في تقنية تبادلها.

ويتم تطبيق أحكام هذا القانون على ما يلي[١]:-

١. المعاملات الإلكترونية والسجلات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وأي رسالة معلومات إلكترونية.

٢. المعاملات الإلكترونية التي تعتمدها أي دائرة حكومية أو مؤسسة رسمية بصورة محلية أو جزئية.

([١])المادة (٤) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول: (إجراءات وشهادة التوثيق) والسجل (السجل الإلكتروني) و (التوقيع الإلكتروني) في قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ الأردني.

إن التعديلات التشريعية الواسعة التي إعتمدت مؤخراً إنصبت على إعطاء طرق الحفظ الإلكتروني للمستندات قيمة قانونية وصلاحية سواء في الحفظ لأغراض التوثيق أو في الإثبات عندما يثور النزاع بشأنها، فقانون البنوك مثلاً، عالج مشكلة إحتفاظه بالسجلات والمعاملات، فنحن صراحة على صلاحية صورة المستندات المحفوظة بنظام الميكروفيلم بأنواعه أو ملفات الكمبيوتر بحيث تقوم مقام الأصل الورقي، وذات الأمر مثلاً قرره قانون الأوراق المالية بشأن صلاحية البيانات والسجلات الإلكترونية المخزنة في أنظمة هيئة الأوراق المالية الأردنية، ونفس الحكم تضمنته تشريعات الملكية الفكرية بشأن سجلات مصنفات الملكية الفكرية وتحديداً الصناعية المحفوظة في أنظمة التسجيل الإلكترونية في وزارة الصناعة والتجارة، إلا أن هناك تشريعات أخرى لم تتضمن مثل هذه القواعد، لذلك جاءت المادة (١١) من قانون المعاملات الأردني لتسد هذه الثغرة بإقرارها صلاحية الحفظ الإلكتروني ليقوم مقام الحفظ الورقي لأغراض التوثيق والإثبات والتدقيق، إلا أن هذه المادة إحتاطت من إحتمال أن لا يتجه المشرع إلى قبول هذا المبدأ بشأن سجلات أو وثائق معينة، فقررت إستثناء من هذا المبدأ حالة ما إذا نص تشريع لاحق على خلاف المبدأ بمعنى أن يتطلب تشريع لاحق على خلاف المبدأ بمعنى أن يتطلب تشريع لاحق الحفظ الورقي للمستندات لأغراض التوثيق والإثبات والتدقيق[١]

([١])المرجع السابق ، المادة (٤) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولاً: تعريف إجراءات وشهادة التوثيق والسجل الإلكتروني:

- **إجراءات التوثيق:**

هي وسائل أو آليات تتبع للتحقق من أن التوقيع الإلكتروني والسجل الإلكتروني قد تم تنفيذه من شخص معين، أو لغاية تتبع التغييرات والأخطاء التي حدثت في سجل الإلكتروني بعد إنشائه بما في ذلك إستخدام وسائل التحليل للتعرف على الرموز والكلمات والأرقام وفك التشفير والإستعادة العكسية وأي وسيلة أو إجراءات أخرى تحقق الغرض المطلوب.

- **شهادة التوثيق:**

هي الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين إستناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة.

- **السجل الإلكتروني:**

هو القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية.

ثانياً: تعريف التوقيع الإلكتروني:

لقد عرف قانون المعاملات الإلكترونية في المادة (٢) منه التوقيع الإلكتروني بأنه "عبارة عن البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ، وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي هذا المقام لابد من التفريق بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الرقمي إذ أن التوقيع الإلكتروني يكون بأية صورة بما فيها الرسم الضوئي، في حين أن التوقيع الرقمي والذي يصنعه برنامج خاص هو مجموعة مزايا رقمية مأخوذة من حجم الرسالة المرسلة تنقل بشكل مشفر ويتبين من فك تشفيرها مدى صحة أو عدم صحة التوقيع[١].

أيضاً عرف بأنه التوقيع المكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو إعتماد تلك الرسالة[٢]، بحيث يتم التوقيع الإلكتروني (الرقمي) بواسطة برنامج كمبيوتر خاص لهذه الغاية وبإستعماله فإن الشخص يكون قد وقع على رسالته تماماً كما يوقع مادياً (في عالم الأوراق والوثائق الورقية) ويستخدم التوقيع الرقمي على كافة الرسال الإلكترونية والعقود الإلكترونية.

وظيفة التوقيع الرقمي:

يمكن من الوجهة القانونية إعتبار أن الوظائف الرئيسية للتوقيع الرقمي هي:-

١. التوقيع الرقمي يثبت الشخص الذي وقع الوثيقة.

٢. يحدد التوقيع الرقمي الشئ (الوثيقة) التي تم توقيعها بشكل لا يحتمل التغيير.

التفرقة بين التوقيع العادي والتوقيع الإلكتروني (الرقمي)

التوقيع الإلكتروني (الرقمي): عبارة عن جزء صغير مشفّر من بيانات يضاف إلى رسالة إلكترونية كالبريد الإلكتروني أو العقد الإلكتروني.

---

(١)المادة (٢) من قانون أمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢.

(٢)محاضرة بعنوان "تقنية المعلومات والتجارة الإلكترونية منشورة على العنوان الإلكتروني:

WWW. Arablaw.org

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وثمة خطر كبير في مفهوم التوقيع الرقمي حيث يظن البعض أنه أرقام أو رموز أو صورة للتوقيع العادي وهو ليس كذلك، إذ لا تعد صورة التوقيع العادي بواسطة السكانر (الماسحة الضوئية) توقيعاً إلكترونيا.

فالتوقيع الإلكتروني الرقمي على رسالة ما عبارة عن بيانات مجتزأة من الرسالة ذاتها (جزء صغير من البيانات) يجري تشفيره وإرساله مع الرسالة، بحيث يتم التوثّق من صحة الرسالة من الشخص عند فك التشفير وإنطباق محتوى التوقيع على الرسالة.

الفرع الثاني: حجيّة التوقيع الإلكتروني وتأثير تقنية المعلومات على بعض العلاقات التعاقدية والإثبات:

في بعض الأحوال يستلزم التشريع تقديم المعاملة إلى جهة معينة كوثيقة خطية محرر كما هو الحال ببوالص الشحن مثلاً في حين تكون هذه الوثيقة أجريت بطريقة إلكترونية ومخزنة في نظم الكمبيوتر، أو كالكشوف المحاسبية التي تجري داخل النظام لكن يتعين تقديمها للقضاء كمستخرج ورقي.

ولقد قررت المادة (٦) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني أن طباعة المعاملة المجزّأة بواسطة وسائل إلكترونية من قبل المرسل إليه وتقديمها كمستخرج خطي يفي بالالتزام الذي تقرره التشريعات الخاصة حين تتطلب تقديم المستند أو المعاملة بصورة خطية، لكن هذه السجلات تعتبر غير ملزمة للمرسل إليه إن عجز عن طباعتها أو تخزينها والإحتفاظ بها بسلوك صادر عن المرسل ذاته.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولتوضـــيح هذه الفكرة فإن المرســـل قد يرسل رسالة معلومات إلى المرسل إليه بالبريد الإلكتروني، فإن إفترضـــنا أن تقنية الإرسال تمنع المرسل إليه من الإحتفاظ بالرسالة وتخزينها وإسترجاعها ورقياً فإن هذه الرسالة لا تكون ملزمة للمرسل إليه[1].

أولاً: حجية التوقيع الإلكتروني:

لقـــد أكـــدّت المـــادة (١٠) من قـــانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني يفي بمتطلبات التشريع الذي يستوجب توقيعاً على المستند أو نص على ترتيب أثر على خلوة من التوقيع، وهذا تكريس لمبدأ أن التوضـــيح الإلكتروني حقق المقصـــود من التوقيع الخطي، لكن إيفـــاء التوقيع الإلكتروني بهذه الوظيفة التي يحققها التوقيع العادي رهن بالثقة بصحة هذا التوقيع، فكيف ستحقق هذه الثقة ؟

إن الفقرة (ب) من ذات المادة أجابت على هذا التساؤل حين قررت أنه يتم إثبات صحة التوقيع الإلكتروني ونســـبته إلى صاحبه إذا توافرت طريقة لتحديد هويته والدلالة على موافقته على المعلومات الواردة في الســـجل الإلكتروني الذي يحمل توقيعه إذا كانت تلك الطريقة، مما يعول عليها لهذه الغاية في ضـــوء الظروف المتعلقة بالمعاملة بما في ذلك إتفاق الأطراف على إستخدام تلك الطريقة ومن الطرق الشائعة في البيئة الرقمية.

---

(١) زهرة، محمد المرسي، (١٩٨٩)، **مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، مؤتمر الحاسب والقانون، جامعة الكويت، ص ٩-١٠

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(إنضـــمام الشخص إلى نظامه الإلكتروني) ويقصد بها الإنضمام إلى شبكة يديرها الغير تمنحه مصادقة على أن التوقيع الإلكتروني المستخدم فيه معتمد من قبلها لشخصه ونظامه وأنه يستخدمه في تعاملاته الإلكترونية، ومن الطرق أيضاً إثبات إشتمال نظام الكمبيوتر المستخدم في الإرسال على برمجيات التوقيع الإلكتروني مزودّة من منتجيها بحيث يســـهل اللجوء إلى منتج البرنامج لتأكيد سلامة أو عدم سلامة التوقيع الإلكتروني محل الإستخدام.

ولقد بحثت العديد من المحاكم في النظم القانونية المقارنة حجية التوقيع الإلكتروني، وتباينت الإتجاهات بشأنها قبل أن يتم تطبيق حجيتها قانوناً في عدد من الدول أو الإستعداد التشريعي في عدد آخر تمهيداً لقبوله أو إقرار حجيته، ضمن شروط ومعايير معينة.

وقد إعتبر قانون المعاملات الإلكتروني الأردني أن السجل الإلكتروني أو العقد الإلكتروني أو الرسالة الإلكترونية ، أو التوقيع الإلكتروني منتجاً للأثر القانوني ذاته المترتب على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها ، أو صلاحياتها في الإثبات ولا يجوز إغفال هذا الأثر، شريطة عدم تعارضها مع مواد القانون المعمول به وذلك حسب نص المادة (٧) من القانون نفسه.

وفي هذا المقام لا يمكن أن نتجاهل التعديل التشريعي في قانون البيانات الأردني مؤخراً، فقد تناول القانون المعدّل لقانون البيانات الأردني لسنة ٢٠٠١ ، حجية رسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني وقوتها في الإثبات.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأعتبر أن لها قوة الإسناد العادية في الإثبات ما لم يثبت من نُسب إليه إرسالها انه لم يقم بذلك أو لم يكلف أحد بإرسالها، كما أن لرسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه حجة على كل منهما وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة أو الموثقة فوة الأسناد العاديّة من حيث الإثبات ما لم يثبت من نسبتإليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلّف أحد بإستخراجها[١].

وبذلك يكون المشّرع الأردني قد قطع شوطاً كبيراً في مجال التطور التشريعي بما يتناسب مع التطور العالمي وتطور التشريعات على المستوى العالمي بما سينعكس إيجاباً على تشجيع الإستثمار ويكون نقطة جذب للمستثمرين الذين سيتمكنوا من إثبات أعمالهم في ظل قانون عصري يتواكب مع التطور.

ويتم إثبات صحة التوقيع الإلكتروني[٢]، ونسبته إلى صاحبه إذا توافرت طريقة لتحديد هويته والدلالة على موافقته على المعلومات الواردة في السجل الإلكتروني الذي يحمل توقيعه إذا كانت تلك الطريقة مما يعول عليها لهذه الغاية في ضوء الظروف المتعلقة بالمعاملة بما في ذلك إتفاق الأطراف على إستخدام تلك الطريقة.

وقد إعتبرت المادة (٣٢/أ) من الفصل السادس من قانون المعاملات المذكور والخاص بتوثيق السجل والتوقيع الإلكتروني، أن التوقيع الإلكتروني يعتبر موثقاً إذا إتصف بما يلي:-

١. إرتباطه بالشخص صاحب العلاقة وتميّزه بشكل فريد.

٢. كان كافياً للتعريف بشخص صاحبه.

---

(١)المادة (٣/١٣) من قانون البيانات المعدّل لسنة ٢٠٠١.

(٢)المادة (١٠) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، مرجع سابق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣. تم إنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته.

٤. إرتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه دون إحداث تغيير في التوقيع.

لذلك فإن القانون الأردني يفترض أن التوقيع الإلكتروني والسجل الإلكتروني الموثق لم يتم تغييره أو تعديله منذ تاريخ إجراءات توثيقه، وأنه صادر عن الشخص المنسوب إليه وأنه قد وضع من قبله للتدليل على موافقته على مضمون السند ما لم يثبت العكس.

وفي حالة عدم توثيق السجل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني، فلا يعتد بهما ولا يرتب أياً منهما أي حجية في القانون، ويعتبر السجل الإلكتروني أو أي جزء منه إذا كان يحمل توقيعاً إلكترونيا موثقاً، سجلاً موثقاً بكامله أو فيما يتعلق بذلك بذلك الجزء حسب واقع الحال، إذا تم التوقيع خلال مدة سريان شهادة توثيق معتمدة وتمت مطابقته مع رمز التعريف المبين في تلك الشهادة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: حالات إعتماد شهادة التوثيق التي تبيّن رمز التعريف للتوقيع الإلكتروني:

لقد عرف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في المادة (٢) منه شـــهادة التوثيق بأنها "الشـــهادة التي تصـــدر عن جهة مرخصة أو معتمدة، لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين إستناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة".

وتأسيساً على هذا التعريف:

يمكن إعتماد هذه الشـــهادة والتي تســـمى في بعض الدول بشهادة المصادقة الإلكترونية بإعتبارها تصـــدر من مزوّد خدمات التصاديق الإلكترونية، بإعتبارها تصدر من مزوّد خدمات التصـــديق بعد التأكد من هوية الشـــخص، أو الجهة الحائزة على أداة توقيع معينة، وذلك ضمن الحالات التالية[١]:

١. إذا كانت صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة من نفس الدولة أو دولة أخرى.

٢. إذا صدرت عن دائرة حكومية أو مؤسسة أو هيئة مفوّضة قانوناً بذلك.

٣. إذا صدرت عن جهة وافق أطراف المعاملة على إعتمادها.

وقد عرف المشرّع الأردني رسالة المعلومات، أو المحرر الإلكتروني بنفس المادة بانها المعلومات التي يتم انشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي.

---

(١) إنظر المواد من (١٩-٢٢ و ٢٣-٢٥) من قـــانون إمارة دبي رقم (٢) لســـنة ٢٠٠٢ الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهو ما ذهب إليه المشرع المصري والأردني في تعريف المحرر الإلكتروني فاستخدم المشرع المصري وخصص دعائم المحرر الإلكتروني بأنها وسيط إلكتروني بينما عمد مشرع القانون الأردني إلى استخدام اصطلاح الوسائل المشابهة حتى يسرى النص على جميع الوسائل التي تؤدى نفس الغرض في الوسائط الإلكترونية المذكورة في النص.

وهكذا يكون المشرع الأردني والمشرع المصري قد حسما الخلاف حول مفهوم الكتابة فكل منهم استحدث فكرة الكتابة الإلكترونية والتى لم ينص عليها سابقا وأغلب النصوص كانت تدور في فلك المستند أو المحرر الورقي.

ومن تعريف المشرع الأردني يتضح أن التوقيع الإلكتروني وسيله حديثة لتحديد هوية صاحب التوقيع ورضائه بالتعرف القانوني الموقع عليه، وهو يقوم بذات وظائف التوقيع التقليدي المعهود كل ما هنالك أنه ينشأ عبر وسيط إلكتروني، وذلك استجابة لنوعية المعاملات التي تتم إلكترونيا.

وحيث أن العقد ينعقد بالتقاء القبول بالإيجاب عن الصادر من الموجب، وذلك بإرسال القابل الرسالة الإلكترونية للموجب تنتفذ بقبول الإيجاب[1].

([1])مادة ٩/أ من قانون المعاملات الإلكترونية التي نص على أن: " إذا اتفقت الأطراف على إجراء معاملة بوسائل إلكترونية يقتضـــي التشريع الخاص بهذه المعاملة تقديم المعلومات المتعلقة بها أو إرسالها أو تسليمها إلى الغير بوســـائل خطية فيجوز لهذه الغاية اعتبار إجرائها بوســـائل إلكترونية متفقاً مع متطلبات تلك التشريعات إذا كان المرسل قادراً على طباعة تلك المعلومات وتخزينها والرجوع إليها في وقت لاحق بالوسائل المتوفرة لديه ".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد نصت المادة (١٣) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت، على أنه تعتبر وسيلة إرسال المعلومات وسيلة تعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لابد الإيجاب أو القبول، بإنشاء إلتزام تعاقدي وتنص المادة الثانية من القانون نفســـه على أن العقد الإلكتروني الإتفاقي هو الذي يتم إنعقاده بوسائل الإلكترونية.

وتنص المادة (٩٤) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦٧، على أنـــــه:-

١. يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها ايجابا.

٢. أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض، أو بطلبات موجهة للجمهور، أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاب وإنما يكون دعوه إلى التفاوض.

فمن النص إذا كان عرض الشركة العارضة للسلع أو الخدمات على شبكة الإنترنت مفصلا فيه تفاصيل العرض بشكل دقيق واضح فهذا العرض يعنى إيجابا. أم مجرد الإعلان وردت تفاصيل من قبل الشركة العارضة فلا يعد إيجابا بل هو دعوة للتفاوض لذا ينصح عارضو هذه الخدمات إلى إستعمال عبارات تشير إلى أن العرض هو دعوة للتفاوض ، وقد يرتبط بتحديد نطاق جغرافي للإيجاب كأن يكون نطاق الخدمة أو الإيجاب الأردن مثلا أو البلاد العربية ، إذ قد يقترن الإيجاب بقبول من دولة خارج نطاق قدراته التعاقدية ويحمله مسئولية قانونية.

وقد نصت المادة (١٣) بأن قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت (٨٥) لسنة (٢٠٠١)، على أنه: " يعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء إلتزام تعاقدي ".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع

القبول في العقد الإلكتروني[1]

تنص المادة (٩٩) من القانون المدني الأردني على:-

١. يجب أن يكون القبول مطابقا للايجاب.

٢. وإذا اقترن القبول بما يزيد عن الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه أعتبر رفضاً يتطلب إيجاباً جديداً.

وفى العقد الإلكتروني ينعقد العقد بمجرد التعاقد القبول بالإيجاب الصادر عن الموجب.

ورأينا: أن القبول يكون من خلال موقع العرض بنفسه. أن يقوم القابل (المستهلك)، بإدخال البيانات الخاصة بالعقد المعروض على الشاشة ودفع ثمن المبيع والضغط على المفتاح الخاص بالقبول، أو أن يتم التعبير بواسطة البريد الإلكتروني EMAIL بألا يقوم القابل بتضمين الرسالة الإلكترونية قبوله.

بالنسبة للقبول الإلكتروني فإن سكوت من وجه إليه لا يُعد قبولا وإن طرق التعبير عن القبول بواسطة شبكة الإنترنت تتباين حين تطبيقها في المادة (٩٣) من القانون المدني الأردني التي تنص على:-

" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المعهوده عُرفا ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو إتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضى ".

---

(١) السرحان، عدنان إبراهيم و د. خاطر، نوري حمد،(١٩٩٧)، **شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) – دراسة مقارنة** ، اربد ، الاردن، ص٧٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالعقد لا ينعقد على شبكة الانترنت بمجرد اتخاذ القابل موقفاً معيناً أو باللفظ أو الاشارة، إذ لابد من صدور تعبير صريح بالقبول.

ومن الحالات التي لم تعترف بها التجارة الإلكترونية في التعبير عن القبول السكون والعرف والإيجاب الموصوف والتى جاءت في المادة (٩٨) من القانون المدني المصري التي عقبت على أنه:

١. إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف التي تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

٢. يعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين أو اتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه[١].

فطبيعة شـــبكة الانترنت وطرق التعبير عن الإرادة من خلاله ترفض الاعتداد بمعظم الطرق الســـابقة في التعبير عن الارادة وهو ما نصـــت عليه المادة (٩٥) من القانون المدني الأردني والتى جاء فيها:-

١. لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويغير قبولا.

٢. ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

---

(١) الجمال، ســمير حامد، (٢٠٠٦)، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١٢٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالمشرعان المصري والأردني في المادتين السابقتين إعتدّا بالسكوت واعتبراه قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعه من وجه إليه.

المطلب الخامس

نظرية العلم بالقبول

وهى نظرية تقوم على أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا إذا علم بها من وجهت إليه والتعامل بين غائبين لا تتصل حلقاتها إلا بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين **وقد أخذ بها المشرّع المصري فقرر في المادة (٩٧) مدني على أنه:**

١. يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي يغير ذلك.

٢. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيها هذا القبول وهى نظرية ترعى مصلحة الموجب إذ أنه هو الذي يعرض التعاقد وهو الذي يحدد مضمونه وشروطه ومنها وقت ومكان إنعقاد العقد، فمن العدل أن لم يفصل أن تكون الإرادة المعروضة مطابقة لمصلحته عند الإتفاق على ما يخالف ذلك[١].

أما المشرع الأردني فأخذ الحق في إعلان القبول

إذ نصت المادة (١٠١) من القانون المدني الأردني على أنه: " إذا كان المتعاقدان لا يضمهما التعاقد بمجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

---

(١) الجمال، سمير حامد، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة دراسة مقارنة** ، المرجع السابق ، ص ١٢٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإذا كان المتعاقدان لا يضمهما عند التعاقد مكان واحد أي مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول وهى اللحظة التي يتصل فيها القبول عن القابل، بحيث يفقد قدرته في الرجوع فيه ".

وأرى أن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت لم يعالج زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، الأمر الذي يستلزم العودة إلى القواعد العامة في القانون المدني الأردني فهل تنطبق نظرية إعلان القبول التي أخذ بها القانون المدني الأردني على العقد الإلكتروني.

تنص المادة (١٧) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم (٨٥) لسنة (٢٠٠١) على:

أ- تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك.

ب- إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات، فتعتبر الرسالة قد تم تسلمها عند دخولها إلى ذلك النظام فإذا أرسلت الرسالة إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعتبر إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بالإطلاع عليها لأول مره.

ج- إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسالة المعلومات، فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها إلى نظام معالجة معلومات تابع للمرسل إليه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهل خرج المشرع الأردني عن نظرية إعلان القبول هنا في قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت وأخذ بوقت استلام القبول.

وللاجابة على هذا السؤال فإننا نرى الآتى:

إن النص القانوني الوارد في المادة (١٧) من قانون المعاملات المؤقت منقول حرفياً من نص المادة (١٥) من قانون الاونسيترال النموذجي، بشأن التجارة الإلكترونية والتى تنص في المادة (١٥) على زمان ومكان إرسال وإستلام وسائل البيانات.

١. ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة إلى نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ، أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ.

٢. ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك يتحدد وقت إستلام رسالة البيانات على النحو التالي:-

أ- إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لفرض إستلام رسائل البيانات يقع الإستلام.

ب-وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين، أو وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

ج- إذا لم يتم تعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الإستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حجية التوقيع الإلكتروني في ظل النصوص التقليدية

نظراً للأهمية الكبيرة للتجارة الإلكترونية ولإعتدادها بصورة أساسية على المستندات الإلكترونية ولتكيفها مع قواعد البيانات والإثبات النافذة كأول الإسترشاد بالإستثناءات الواردة على مبدأ الإثبات الخطي المنصوص عليه في قانون البيانات، وذلك بوضع المستندات الإلكترونية ضمن هذه الاستثناءات وذلك بالتوسع فيها تشريعياً، وبذلك يمكن للدليل الكتابي الكتابة والتوقيع ويمكن قبول فكرة المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني ضمن الأدلة الكتابية الكاملة، فالكتابة لا يلزم أن تكون ملموسة وإنما يكفى أن ترى بالعين على شاشة الحاسب الآلي ويمكن أن توجد على أي دعامة دون التقييد بأن تكون الدعامة ورقية.

ذلك أن قانون البيانات الأردني (٣٠) لسنة (١٩٥٢)، لم يتطلب في المحررات الرسمية سوى ثلاث شروط ولم يرد من بين هذه الشروط أن تكون الدعامة المستخدمة في الكتابة ذات مواصفات معينة[١].

---

(١) ثروت، عبد الحميد، (٢٠٠٧)،**التوقيع الإلكتروني : ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها ومدى حجيته في الإثبات**، دار الجامعة الجديدة ،ص ١٩ ، هامش رقم ٢٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني:حجية التوقيع الإلكتروني في قانوني الاونسيترال النموذجي قانون المعاملات الإلكترونية الأردني

المطلب الأول

حجية التوقيع الإلكتروني في قانون الاونسيترال النموذجي

قررت لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي في دورتها التاســعة والعشرون له (١٩٩٦)، أن تدرج في جدول أعمالها مســألة التوقيع الإلكتروني وقد أدركت أهمية وضــرورة العمل من أجل القانون في هذا المجال وأنه من المجدي إعداد مشــروع قانون موحد بشــأن مسألة التوقيع الإلكتروني يكون عوناً للدول عند وضع التشريعات الخاصة بها. وذلك للعمل على توحيد مصدر تلك التشريعات التي تعالج نفس الموضوع فأقرت اللجنة تلك النتائج وعهدت إلى إعداد مشروع قانون موحد بشأن التوقيع الإلكتروني وتضمن هذا القانون ١٢ مادة.

وتحدد المادة الأولى من القانون نطاق تطبيقه حيث نصت على:

ينطبق هذا القانون حيثما تستخدم توقيعات إلكترونية في سياق أنشطة تجارية وهو لا يلغي أي قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلك.

ويقوم هذا القانون على أسس عدة:

١. الحياد التقنى بشأن التوقيع الإلكتروني.

٢. المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع اليدوي.

٣. دور شهادة التصديق والعلامات التجارية المرتبطة بها[١].

---

(١) قاســم، علي ســيد، (٢٠٠٢)، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، بحث منشور في **مجلة القانون والاقتصاد**، جامعة القاهرة، عدد ٧٢ ، ص ٣٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قانون الأونسيترال النموذجي وبشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦

فقد تضمن هذا القانون النموذجي ثلاث قواعد استهدفت تحقيق المساواة بين رسالة المعلومات والوثيقة الورقية ، فبالنسبة للإعتراف القانوني بشكل رسالة المعلومات فقد ساوت المادة السادسة من قانون التجارة الإلكترونية النموذجي بين رسالة البيانات والمستند الورقي، من تيسر الإطلاع عليها وإمكان الرجوع إليها بعد ذلك لتقديمها دليل في الإثبات عن طريق الحواس البشرية، أو بواسطة آجهزة الحاسبات الآلية.

فقد نصت المادة (٨) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية أنه: " عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصيل تستوفي رسالة البيانات هنا الشرط إذا:

أ. وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشئت فيه للمره الأولى في شكلها النهائي بوصفها شهادة بيانات، أو غير ذلك.

ب. إذا كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضها على الشخص المقرر أن تقدم إليه، وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات.

فعلى الرغم من أن رسالة البيانات المبلغة إلى المرسل إليه ليس أصلاً (ORIGINAL) وإنما مجرد صورة (COPY)، مما يعد عقبة في طريق التجارة الإلكترونية إلا أنه عند المنازعة يثور التساؤل حول الوثيقة ونوعها وطبيعتها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وللخروج من هذا العائق اعتبرت المادة (٨) من قانون التجارة الإلكترونية النموذجي رسالة البيانات بمثابة الاصل متى وجد ما يؤكد على ضرورة الفرض الذي أنشئت من آجله، والظروف التي أحاطت بها سلامة المعلومات التي تضمنتها، وعدم تغييرها منذ لحظة إنشاؤها لأول مر وإمكان مواجهة من تشهد عليه بمحتواها[١].

الإعتراف بالحجية لرسالة المعلومات وقبولا لها في الإثبات:

تنص المادة (٩) من نفس القانون قبول رسائل البيانات وحجيتها في الإثبات:

أ- في أية إجراءات قانونية لا يطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة بيانات كدليل إثبات. لمجرد إنها رسالة بيانات.

ب-بدعوى أنها ليست في شكلها الأصلي إذا كانت هى أفضل دليل يتوقع به وجه معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يتحصل عليه.

ج-يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما يستحقة من حجية في الإثبات وفى تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات يولى الإعتبار بجدارة الطريقة التي أنشئت، أو أستخدمت أو إبلاغ رسالة البيانات بالتعديل عليها والطريقة التي أستخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها، والطريق التي حددت بها هوية منشئها ولأى عامل آخر يتصل بالأمر.

---

(١) قاسم، علي سيد، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٣٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذ اعترفت المادة التاسعة بحجية رسالة البيانات في الإثبات، إذ لا يجوز إنكار هذه الحجية لأنها مجرد رسالة بيانات أو لأنها ليست في شكلها الاصلي (ORIGINAL) ، طالما كانت هى أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يتمسك بها أن يحصل عليه ويؤخذ في الإعتبار عند تقدير هذه الحجية الطريقة التي أنشئت، أو أبلغت، أو خزنت أو أستخدمت في المحافظة على رسالة البيانات، وعلى سلامة المعلومات الواردة فيها[١].

المطلب الثاني

حجية التوقيع الإلكتروني فى قانون المعاملات الإلكترونية الأردني

- **الشروط اللازمة للاحتجاج بالتوقيع الإلكتروني:**

تتفق جميع التشريعات التي أضفت الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني بضرورة توافر شروط معينة تعزز من هذا التوقيع، وتوفر فيه الثقة حتى يتمتع بالحجية وتدور هذه الشروط حول كون التوقيع مقصوراً على صاحبه وخاضعة لسيطرته المطلقة وقابليته للتحقيق من صحته، هذا بالإضافة إلى إرتباطه بالبيانات التي يثبتها.

وقد ورد ذكر هذه الشروط في المادة (٣١) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، التي نصت على أنه إذا تبين نتيجة تطبيق إجراءات التوثيق المستخدمة أنها معتمدة أو مقبولة تجاريا أو متفق عليها بين الأطراف فيغير التوقيع الإلكتروني موثقاً إذا إتصفت بما يلى:-

- تميز بشكل فريد بإرتباطه بالشخص صاحب العلامة.
- كان كافيا للتصريف بشخص صاحبه.

---

(١) د. خاطر، نوري حمد، وظائف التوقيع في القانون الخاص، بحث منشور في مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، عدد ٢، ص ٦٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- تم انشائه بوسائل خاصة بالشخص وتمت سيطرته.
- إرتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه دون إحداث تغير في التوقيع.

والتى تتشابه مع الفقرة (٣) من المادة (٦) من قانون الاونسيترال النموذجي، بشأن التوقيعات الإلكترونية والتى نصت على أن يعتبر التوقيع الإلكتروني موثوقاً به، لغرض الوفاء بالإشتراط المشار إليه في الفقرة.

١. إذا كانت بيانات التوقيع مرتبطة في السياق الذي تستخدم فيه بالموقع دون أي شخص أخر.
٢. إذا كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر.
٣. كان الغرض من اشتراط التوقيع قانوناً هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع، وكان أي تغير يجري في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلا للاكتشاف[١].

- **ارتباط التوقيع بالسجل الذي يتعلق به:**

ويقتصر هذا الشرط أن الإختلاف في العقد بعد توقيعه يستلزم إحداث تغيير في التوقيع بعد القيد ويستلزم تمييز في إجراءات القيد ، والغاية من ذلك الحفاظ على الأمان اللازم للتقيد الإلكتروني، فأي تغيير يحدث في البيانات يكون قابلا للكشف عنه ومعرفة الخلل في ذلك.

وقد عبر المشرّع بذلك عن طريق ما أسماه شهادة التوثيق التي نص عليها في المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني والتى جاء فيها:-

---

(١)المادة (٤) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

" ان (شهادة التوثيق) الشهادة التي تصدر عن جهة مختصه، ومرخص لها لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين إستنادا إلى إجراءات توثيق معتمده ".

وقد بينت المادة (٣٤) من نفس القانون الحالات التي تكون فيها شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف معتمدة وهذه الحالات هى عندما تكون الشهادة:-

أ- صادرة من جهة مرخصة أو معتمدة.

ب-صادرة من جهة مرخصة من سلطة معتمدة في دلة أخرى معترف بها.

ج-صادرة عن دائرة حكومية أو مؤسسه اهلية مفوضه قانوناً بذلك.

د- صادرة عن جهه وافق اطراف المعاملة على اعتمادها[١].

يتضح لنا مما سبق أن المشرّع الأردني قد ميز بين التوقيع الإلكتروني الموثق والتوقيع الإلكتروني غير الموثق.

- التوقيع الإلكتروني الموثق: هو الذي له حجية في الإثبات.
- التوقيع الإلكتروني غير الموثق فلا حجيه له.

حيث اشترطت المادة (٣٢- ب) من قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت لإضفاء الحجية على السجل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني أن يكون موثقاً فما هو المقصود بالتوثيق؟ وما هي شهادة التوثيق؟

([١])زهرة،محمد المرســـي، (١٩٩٥)،مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات،**مجلة ٣، الشؤون الإجتماعية**، السنة الثانية عشر، العدد الثامن والأربعون.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عرفت المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية إجراءات التوثيق بأنها، الإجراءات المتبعة للتحقق من أن التوقيع الإلكتروني أو السجل الإلكتروني، قد تم تنفيذه من شخص معين أو لتتبع التغييرات أو الأخطاء التي حدثت في سجل إلكتروني بعد إنشائه، بما في ذلك وسائل التحليل للتعرف على الرموز والكلمات والأرقام وفك التشفير والإستفادة العكسية.

ويتضح من هذا النص أن التوثيق يقدم على التحقق من القيد الإلكتروني، وإرتباطه بالموقع دون غيره والكشف عن أي تلاعب قد يحدث في هذا السجل بعد إنشائه.

وفى مجال الحديث عن السجل الإلكتروني فقد فسر قانون المعاملات الإلكترونية له أثره القانوني وأعطاه صـــفة النســـخة الأصلية والحجية الكاملة في الإثبات، أي أنه ساوى بينه وبين السجل الخطي ولكنه يشترط شروطاً أوردها في المادة (٨) فقره (أ)، وهى:-

- أن تكون المعلومات الواردة في ذلك الســـجل قابلة للاحتفاظ وتجزيتها بحث يمكن في أي وقت الرجوع اليها.
- إمكانية الاحتفاظ بالســـجل الإلكتروني بالشكل الذي به انشائه، أو ارسالة أو تسلم أو باى شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشائه، أو ارساله أو تسلمه.
- دلاله المعلومات الواردة في الســـجل على من ينشـــؤة أو يتسلمه وتاريخ وقت ارساله أو تسلمه.

فإذا ما توافرت في السجل الإلكتروني هذه الشروط مجتمعه تثبت له الآثار القانونية ذاتها المترتبة على المستندات الخطية والسجل الإلكتروني، هو القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو تسلمها، أو جزئيتها بوسائل الكترونية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد تضمنت الفقرة (٧) من المادة الثامنة، على أنه لا تنطبق الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة، على المعلومات المرافقة للسجل التي يكون القصد منها تسهيل إرساله وتسلمه. وهى فقره مشوبة بشئ من اللبس والغموض فهل يرمي المشرّع بهذا الحكم أن لا تنطبق الشروط الواردة في الفقرة (أ) من المادة الثامنة، على المعلومات المرافقة للسجل الإلكتروني بحيث تثبت هذه المعلومات أثارها القانونية ويمكن اعتبارها جائرة على صفة النسخة الأصلية دون إعمال تلك الشروط، أم أن الآثار القانونية وصفة النسخة الأصلية لن تترتب على المعلومات المرافقة للسجل الإلكتروني وحتى وإن توافرت فيها الشروط السالفة الذكر مجتمعة[١].

والأمر بتقديرى ليس واضحا وإن كنت أميل إلى الإفتراض الأخير حيث أعتقد أن الحكم الذي أرادة المشرع غير دقيق..

لذا نصت المادة (٣٤) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أن شهادة التوثيقه التي تبين التعريف معتمده في الحالات التالية:-

أ- صادرة من جهة مرخصة أو معتمدة.

ب-صادرة من جهة مرخصة من سلطة معتمدة فى دولة أخرى معترف بها.

ج- صادرة عن دائرة حكومية أو مؤسسة أهلية مفوضة قانوناً بذلك.

د- صادرة عن جهه وافق أطراف المعاملة على اعتمادها.

---

(١) زهرة، محمد مرسي، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، المرجع السابق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولم ينص قانون المعاملات الإلكتروني الأردني على بطلان أثر التوقيع إذا لم يكن موثقا من جهة توثيق مرخصة ولم يتفق الأطراف على اعتمادها ولكنه لم يعطي أثراً قانونياً لشهادة التوثيق في هذه الحالة، فالقانون لا يعطى فرصة للإعتماد على شهادة التوثيق في هذه الحالة لإثبات صحة التوقيع الإلكتروني. لذا يكون على المرسل إليه المرتكن أن يثبت نسبة التوقيع الإلكتروني إلى المرسل دون الاعتماد على شهادة التوثيق وهذا يجعل الإثبات في غاية الصعوبة.

وبهذا فإن المشرع الأردني يختلف عن قانون الاوبسيترال النموذجي، بشأن إعتماد جهات التوثيق، حيث أن قانون الاوبسيترال لم يشترط ترخيص، أو إعتماد جهات التوثيق بل ذكر صفات هذه الجهات التي يمكن الثقة بها.

وقد جاء في نص المادة (٤٠ب) من قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت، ما يلي:-

يصدر مجلس الوزراء الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون بما في ذلك الإجراءات المتعلقة بإصدار شهادة التوثيق والجهة المختصة بذلك والرسوم التي يتم احتسابها لهذه الغاية، وبالتالي فإن على مجلس الوزراء إصدار الأنظمة اللازمة لتحديد الأطراف اللازمة لإصدار شهادات التوثيق ومن هذا النص نلاحظ أن المشرع الأردني قد أعطى القطاع الخاص الحق في إنشاء جهة التوثيق كما منح للأطراف الحق في الإتفاق على جهة توثق معتمدة فيما بينهم في مراسلاتهم التجارية، إذا أعطى النص للإدارة العامة أو مؤسسة عامة أو شركة خاصة معتمدة من أوجه مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى معترف بها.

ولكن ما هو مدى الرقابة على سلطات المصادقة أو التوثيق؟ وما هى القيمة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني والمصادقة عليه من سلطة غير معتمدة رسمياً.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بموجب الفقرة الثالثة من المادة السادسة من التوجهات الاوربية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني يكون للدولة أن تراقب مقدمي خدمات التصديق التي إنشئت على إقليم هذه الدولة والتي تقوم بمهمة تسليم الشهادات والمصادقة عليها، فيعود للدول أن تفرض نظاماً للاعتراف المهنى بسلطات المصادقة إلا أن هذا النظام يبقى إختياريا ولا يكون له طابع زمني وأيا كان الأمر فموضوع الرقابة وكيفية تفصيله يترك لكل دولة في ضوء ما يتراءى لها وما تصدره من قرارات في هذا المجال. وأرى أن على مشرعنا أن يعيّن سلطة خاصة من قبل رئاسة مجلس الوزراء وبموجب نظام خاص تكون صالحة للترخيص وإلغاء الرُخص للجهات المخولة بإصدار شهادات التوثيق مما يمكن للدولة من معرفة وحصر الأشخاص الممارسين لمهنة التصديق الإلكتروني الموجودين على إقليمها وتحديد الالتزام الملقى على عاتق هؤلاء الأشخاص بتقديم الإقرارات الضريبية الخاصة بهذا النشاط لجهات للدولة الرقابية على مدى إتباع هؤلاء للضوابط الموضوعية بموجب التشريعات الداخلية[1].

وقد تختلف شهادات التوثيق في وظيفة كل منها إذ أن هناك شهادات تعرف فقط بشخصية المشترك وقد تكون بعض الشهادات لتعامل واحد فقط وبالتإلى فلابد أن تحوي هذه الشهادات المعلومات الأساسية التالية:-

١. الاسم والشهرة وأية معلومات أخرى تسمح بتعريف صاحب الشهادة أو الاسم المستعار.

٢. تاريخ إصدار وإنتهاء الشهادة.

٣. هوية سلطة التصديق.

([1]) السعداني، ماء العينين، (٢٠١١)، الإطار القانوني للمصادقة على التعاملات الإلكترونية، مقال منشور **بمجلة قانون وأعمال**،العدد الثاني، دجنبر، ص١١٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤. المفتاح العام لحامل الشهادة.

٥. التوقيع الإلكتروني لسلطة التوثيق وشهادة تصديق لسلطة التوثيق.

وهنا يبدر التساؤل: هل يجب على سلطة التوثيق أن تحصل على ترخيص لمزاولة المهنة قبل الشروع في اصدار شهادة التوثيق؟

يتضح من نص المادة (٣٤) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت أنه لا يشترط أن تكون هذه الجهة مرخصة أو معتمده إذا وافق أطراف المعاملة القانونية على إعتمادها أما إذا لم يتفق الأطراف فلابد أن تكون معتمدة أو مرخصة **ولكن ما هي قيمة التوقيع الإلكتروني إذا صدر عن جهة غير معتمدة؟ ولم يتفق أطراف المعاملة على اعتمادها.**

لم يعطى القانون أثر لشهادة التوثيق هنا وعلى الأطراف إثبات نسبة التوقيع الرقمى لشخص الموقع دون الإعتماد على شهادة التوثيق.

فإذا كان السجل الإلكتروني والتوقيع موثقين فإن القانون قد اعتبر السجل الإلكتروني لم يتغير أو يتعدل منذ تاريخ إجراءات التوثيق، وكذلك الحال فإن التوقيع الإلكتروني إعتبره صادر عن الشخص المنسوب إليه وإنه قد وضع من قبله للتدليل عن موافقته على مضون السند وأعتبر السجل والتوقيع الإلكتروني غير الموثق عدم الحجية. وقد جاء بمطلع النص ما لم يثبت خلاف ذلك يفترض ما يلى:- [١]

وهذا يعني أن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني قد حول عبء الإثبات بقرينة قانونية بسيطة، بإعتبارها الرسالة الموقعة بتوقيع إلكتروني موثق منسوب إلى صاحب التوقيع ما لم يثبت العكس فإذا كانت رسالة المعلومات المنسوبة إلى المرسل موقعة بتوقيعه الرقمي الموثق

---

(١) السعداني، ماء العينين، **الإطار القانوني للمصادقة على التعاملات الإلكترونية**، المرجع السابق ، ص ١١٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإنها تنسب إليه مع إن الأصل في قانون البيانات الأردني أن عبء الإثبات يقع على المرسل إليه في إثبات أن التوقيع يعود للمرسل إذا أنكر المرسل التوقيع المنسوب إليه، وذلك في غير المعاملات الإلكترونية.

وعلى العكس من قانون الاوبسيترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، لم يشر المشرع الأردني بحجية التوقيع الإلكتروني المنشأ خارج المملكة الاردنية واكتفى بمنح شهادات التوثيق الأجنبية نفس مفعول شهادات التوثيق الوطنية.

أولاً: مسئولية أطراف التوثيق:

أن تدخل سلطة التوثيق كجهة مستقلة عن الأطراف سيساهم في تقوية فعاليات نظام الإثبات الإلكتروني، ولكن يتوجب على هذه السلطة عدة إلتزامات تتمثل في السرية الكاملة لمعلومات العملاء، وعدم مخالفة الأنظمة والتعليمات الصادرة بهذا الخصوص، وعدم تقديم معلومات غير صحيحة في طلب التسجيل حيث أقر قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت عقوبة على ذلك في المادة (٣٧)، عندما نصت على أنه: " تعاقب أي جهة تمارس أعمال توثيق المستندات بغرامة لا تقل عن (٥٠٠٠٠) خمسين ألف دينار، إذا قامت بتقديم معلومات غير صحيحة في طلب التسجيل أو أفشت أسرار أحد عملائها أو خالفت الأنظمة والتعليمات التي تصدر استناداً إلى هذا القانون.

وبالمقابل فإن على من يتقدم بالحصول على شهادة التوثيق أن يتسم.بالمصداقية سواء لاصدار الشهادة أو وقفها أو إلغائها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتعرض للعقوبة المنصـــوص عليها في المادة (٣٦)، والتى جاء فيها يعاقب كل من يقدم إلى جهة تمارس أعمال توثيق المستندات معلومات غير صحيحة بقصد إصدار شهادة توثيق أو وقف سريانها أو إلغاؤها بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن ستة أشهر أو بغرامة لا تقل (١٠٠٠) دينار ، ولا تزيد عن (٥٠٠٠) دينار ، أو بكلتا هاتين العقوبتين[١].

وشدد المشرع العقوبة بحق من يقوم بإنشاء أو تقديم شهادة توثيق لغرض احتيالي، أو لغرض غير مشروع بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث أشهر، ولا تزيد عن سنتين أو بغرامة لا تقل عن (٣٠٠٠) دينار، ولا تزيد عن (١٠٠٠٠) دينار، أو بكلتا هاتين العقوبتين.

وهكذا يظهر حرص المشرع على شهادة التوثيق لأهميتها في الثقة في التعامل بين الأطراف، فأورد العقوبات في هذه النصوص رغم أنه أولى إجراءات التوثيق في المادة (٤٠/ب) إلى نظام يصدر عن مجلس الوزراء لهذه الغاية، ذلك أن شهادة التوثيق وأطرافها تستلزم السلامة والحماية للمفتاح الخاص وضمان المعلومات الواردة فيها وضمان إستمرارها وصلاحيتها.

ولأهميتها فقد ألزم قانون الأونسيترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني المرسل بإخطار جهة التوثيق، طالباً فيها إلغاء شـــهادة التوثيق إذا كان هناك ما يثير الشـــك بأن شـــخصاً ما استعمل توقيعـــه، عن طريق الوصـــول إلى مفتـــاحه الخاص وتلتزم جهة التوثيق بالإعلان عن إلغائه الشهادة.

---

(١)إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الإلكترونية ومسئولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد خلال الفترة من ١٠ -١٢ مايو ٢٠٠٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني لم يعالج مسئولية جهة التوثيق ، الأمر الذي يستدعي منا الرجوع إلى نصوص القانون المدني إذ تنص المادة (٢٥٠) على الآتي:-

" كل إضرار بالغير يلزم فاعلة ولو غير مميز بضمان الضرر فإذا كانت بيانات شهادة التوثيق غير صحيحة وألحقت ضرر بالمرسل إليه فله الحق بالرجوع على جهة التوثيق في الحق من الضرر نتيجة عدم صحة البيانات، أو جهة التوثيق والحق بالرجوع على المرسل (الموقع بإعتباره ملتزما بإعطاء بيانات سليمة عند تعاقده مع جهة التوثيق إذا كان قد أعطى بيانات غير صحيحة). [١]

ورجوع المرسل إليه على جهة التوثيق يستلزم أن يراعى التقييد بخصوص الشهادة، فإذا كانت شهادة التوثيق تشير إلى أن صاحب التوقيع غير مخول بإبرام التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على حد معين، فإن جهة التوثيق غير مسؤولة عن التصرفات التي تزيد عن هذا الحد.

---

(١)أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، **توثيق التعاملات الإلكترونية ومسئولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر**، المرجع السابق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: الشهادة ورمز التعريف

عرفت المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني ما يلى:-

رمز التعريف الرمز الذي تخصـــصـــه الجهة المرخصـــه أو المعتمدة لتوثيق العقد الإلكتروني للشـــخص المعني لإستعماله من المرسل إليه، من أجل تمييز السجلات الصادرة عن ذلك الشخص من غيرها.

فرمز التعريف يُمنح من الجهة المصدرة لشهادة التوثيق كى يستخدم من الشخص المعني في توثيق العقود والسجلات الإلكترونية الصادرة عن صاحب التوقيع الإلكتروني، أى أن جهة التوثيق ترفع شهادة التوثيق رقميا وتكون مسؤولة عن الناكر من هوية الشخص الذي تعود إليه ملكية المفتاح العام (رمز التعريف) ، الذي تحتويه الشهادة.

رأينا أن مشرعنا الأردني يشترط التوثيق لإضفاء الحجية على التوقيع والسند الإلكتروني، وأن التوقيع الرقمى وتوثيقة لا يتم إلا بالتشفير، والتوقيع الرقمى يسمح بالتأكد من هوية الموقع ومن صحة المعلومات، بينما يضمن التشفير سرية المعلومات والاتصالات بعد التوقيع على السند الإلكتروني، وذلك بتحويل السند الإلكتروني إلى شكل غير مفهوم إلا من المستقبل[١].

وقد عرفه المشرع التونسى :

التشـــفير إما اســـتعمال رموز أو إشـــارات غير متداولة تصـــبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرســـالها غير قابلة للفهم من قبل الغير، أو إستعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول الي المعلومات بدونها[٢].

---

(١) القضاة، مفلح، (١٩٩٠)،**قانون البينات فى المواد المدنية والتجارية** ، عمان، ص٧٣.

(٢) كحلون، علي، (٢٠٠٠)،التجارة الإلكترونية ، **مجلة القضاء والتشريع التونسية** ، عدد ٢ .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعرفه المشرع المصرى

التشفير تغير في شكل البيانات بتحويلها إلى رموز أو إشارات، لحماية هذه البيانات من إطلاع الغير عليها أو تعديلها أو تغيرها. ولم يشـــر المشـــرّع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت إلى تعريف التشفير، واشار إلى نظام معالجة المعلومات، وعرفه بأنه النظام الإلكتروني المســـتخدم لإنشاء رسائل المعلومات أو إرسالها وتسلمها أو معالجتها أو تخزينها أو ... على وجه أخر[١].

المطلب الثالث

حجية التوقيع الإلكتروني الموثق

أقر المشـــرع الأردني صراحة بوجود الحجية المحرر الإلكتروني مزيلاً الشكوك حول قيمة الإثبات، ولم يعد المحرر الإلكتروني خاضعا في هذا الشأن لتقدير القاضي؛ ليتخذ منه دليلاً ضـــد من صدر عنه. إذا أقر أن مضمونه كافيا إلى الحد الذي يسمح له بذلك أو يقيده مبدأ ثبوت الكتابة يمكن تكميله بالبينه على سبيل الإستئناس به فجرى بل أصبح له قيمة المحررات الورقية وحجيتهـــا في الإثبات وبالتالي في أن الثر الرئيس الذي يترتب على الإعتراف بالمحرر الموقع إلكترونيا، هو أن يتمتع هذا المحرر بحجية في الإثبات تلزم القاضـــي، بأن يأخذ به في النزاع المعروض عليه دون أن تكون له سلطة تقدير وهذا ما يعنى أن يكتسب المحرر الإلكتروني حجة كاملة في الإثبات[٢].

---

(١) قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم(١٥) لسنة ٢٠٠٤ .

(٢)المادة (٣/١٣) من قانون البينات الأردني المعدّل لسنة ٢٠٠١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على من يقع عبء إثبات صحة التوقيع الإلكتروني وموثقيه:

أعطى قانون البيانات الأردني للبريد الإلكتروني قوة الإســـناد العادية في الإثبات ما لم يتبين من نسب إليه إرسالها أنه لم يرسلها أو لم يكلف أحد بإرسالها ويقر المشرع هنا أن المرسل لا ينكر نســـبة الرسالة إليه أما إذا أنكر التوقيع الوارد في الرسالة فإنه طبقا للمادة (١١/١) من قانون البيانات ، يعد منكراً لنســـبة الرسالة إليه، وبالتالي يقع هذا الإثبات على المرسل إليه في إثبات أن التوقيع يعود للمرسل[١].

أما التوقيع الإلكتروني فقد منح قانون المعاملات الإلكترونية قرينه كما رأينا على اعتبار التوقيع الإلكتروني الموثق صـــادراً من شـــخص المنسوب إليه هذا التوقيع، وبالتإلى يقع عبء الإثبات على هذا الشخص في إثبات عدم صحة هذا التوقيع ولا يكفى انكاره فقط للتوقيع إذا جاء في المادة (١/٣٢) من قانون المعاملات الإلكترونية.

ما لم يثبت خلاف ذلك يقر كما يلى:

إن التوقيع الإلكتروني الموثق صادر عن الشخص المنسوب إليه، وانه قد وضع من قبله للتدليل على موافقة مضمون السند.

فالبرغم أن المادة (١١/١) من قانون البيانات يبين أن في المحررات العادية يكفى إنكار التوقيع من تنســـب إليه الرسالة الموقعة ليكف من يتمسك بالرسالة بإثبات صحة التوقيع، الا أن قانون المعاملات الإلكترونية قد حول عبء الإثبات لقرينة بسيطة بإعتبار الرسالة الموقعة توقيعاً إلكترونيا موثقاً منسوب إلى صاحب التوقيع ما لم يثبت العكس.

---

(١)العبودي، عباس، (١٩٩٧)، **التعاقد عبر وســـائل الاتصـــال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالتالي إذا كانت رسالة المعلومات موقعة بالتوقيع الإلكتروني موثق تنسب حكماً إلى المرسل إلا إذا أثبت الآخر العكس ومن هنا فإن من يتمسك بالمحرر الإلكتروني الموقع توقيعاً موثقاً لا يتحمل عبء إثبات صدوره ممن يحمل توقيعه، فإذا تمسك شخص بالمحرر الإلكتروني ونازعه فيه آخر فلا يكلف من يتمسك بالمحرر بإثبات صحة التوقيع الإلكتروني ومصداقيته، ولكنه يقع عبء الإثبات على الخصم الذي ينكره إذ أن المحرر الإلكتروني يصير حجة على من يحمل توقيعه دون حاجة إلى إقرار بذلك[1].

إنكار التوقيع الإلكتروني المولفة والاعتراف بالطريقة المستخدمة في التوقيع:

من الرجوع لنص المادة (١٠- ب) من قانون المعاملات الإلكترونية، والتى تحدثت عن توافر طريقة لتحديد هوية الموقع والدلالة على موافقة قد يتم التوقيع دون علم صاحب التوقيع أو رضائه، وذلك في حالة ما أن يتمكن شخص ما من الوصول أو معرفة الإجراءات التي تستخدم في التوقيع فيصطنع محرراً إلكترونيا ويوقعه وكأنه قد تم من صاحب التوقيع الإلكتروني الأصلى.

فهنا يعترف صاحب التوقيع الإلكتروني الأصلي بأن طريقة التوقيع وأدواته والمفاتيح المستخدمة عائدة له فما هى الحجة لهذا التوقيع الإلكتروني.

بالرجوع لنص المادة (١٥/ ب) من قانون المعاملات الإلكترونية والتى تنص في أنه لا تسرى أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة، على من الحالتين التاليتين:-

---

([1])زهرة، محمد المرسي، **مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات**، مرجع سابق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أ- إذا اســـتلم المرسل إليه إشعاراً من المنشئ يبلغه فيها أن الرسالة غير صادرة عنه فعليه أن يتصـــرف على أساس عدم صدورها من المنشئ، ويبقى المنشئ مسؤولاً عن أى نتائج قبل الإشعار.

ب-إذا علم المرسل إليه أو كان بوسعه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ. فقد يحدث أن يتوصل شخص إلى المعلومات. والإجراءات المستخدمة في طريقة التوقيع الإلكترونية الخاصة بها لشخص آخر ثم يقوم بتحرير محرر إلكتروني وتوقيعه دون علم صاحب هذه الطريقة أو رضائة. إذ قد يتمكن شخص بحكم علاقته بشخص أخر يطبق النظام المعلوماتى في معاملاته من معرفة المفاتيح السرية الخاصه به فيصطنع محرراً إلكترونيا ويقعة بالعلامة أو الرمز الخاص بهذا الشخص الأخر دون أن يكون مأذوناً له بذلك وذلك بفرض إظهار أن المحرر الصادر عن هذا الشخص المنسوب إليه التوقيع وقد يكون ذلك بحكم أن المحررات الإلكترونية تنتقل عبر شبكات الأتصال المفتوحة فيمكن أن يتخذ له القراصنة ويقوم بالتلاعب في المحرر بحيث يظهره على غير حقيقته، فالأصل أنه طالما أن الطريقة التي استخدمت من الغير هى نفس الطريقة الخاصة بالمنشئ فإن المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني يكون صادراً عن المنشئ ويكون حجه عليه[1].

([1])المومني، عمر حســـن، (٢٠٠٣)،**التوقيع الالكترونى وقانون التجارة الإلكترونية**، دار وائل للنشـــر، عمان، طبعة أولى،ص ١١٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن هنا فإنه على المنشـــئ أن يبين كيف وصل توقيعه الإلكتروني إلى المحرر وأنه تم بغير إهمال منه وأنه بذل العناية لتلافي هذا الإستخدام، وعليه أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه وهذا عليه القيام بدعوى تزوير.

أمـــا إذا تمكن الغير من معرفـــة طريقة التوقيع ولم يكن ناتجاً عن إهمال بل كان نتيجة قرصنة أو سرقة أو غيرها، وكان المرسل إليه بعلم أو بإمكانه أن يعلم أن المحرر لم يصدر عن المنشـــئ أن يتحلل من حجة هذا المحرر الإلكتروني المنســـوب إليه توقيعه. وتشير هنا إلى أن التوقيع الإلكتروني الذي يكون على المحرر الإلكتروني يكون منفصـــلاً عن صاحب التوقيع كما هو الحال بالنســـبة للســـندات العادية في حالة الختم، إذ يكون الختم منفصـــلاً عن صاحبة ومن الممكن أن يتعرض للســـرقة أو غيرها. فمن المعقول أن يكون التوقيع إلكترونيا ممثلاً بأدواته وأرقامه الســـرية عرضة للسرقة فإذا أراد الخِصم أن يتنصل مما يثبته عليه المحرر الإلكتروني الذي يحمل توقيعه فعليه أن يبين أن هذا التوقيع قد تم إنشـــاؤه ووضـــعه على المحرر بواسطة شخص من الغير تمكن من التدخل إلى طريقة إنشاء هذا التوقيع بغير إهمال منه وإنه بذل العناية المعقولة لتلافى هذا الاستخدام، وكل هذا بشرط أن يقيم الدليل على صحة ما يدعية من كل ذلك الامر الذي اســـتلزم المشرع فيه على المرسل أن يبلغ المرسل إليه أن الرسالة غير صادرة عنه ويكون مســـؤولا عن أى نتائج قبل إشعار المرسل إليه بذلك، وبالنتيجة فإن المشرع الأردني قد اشترط التوثيق في التوقيع الإلكتروني ليكسبة الحجة القانونية وبغير ذلك لم يعر المشرع الأردني له بالحجية[1].

(1)المومني، عمر حسن، **التوقيع الالكترونى وقانون التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ١١٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التعارض بين المحرر الموقع إلكترونيا والمحرر العادى (الورقي)، قد يكون دليل الإثبات لدى احدى الخصوم هو المحرر الوقى العادى، ولدى الآخر هو المحرر الإلكتروني. وقد يكون المضمونية متعارضين وقد يحدث في الواقع العلمى أن يطلب المرسل إليه (المستهلك) من المنشئ (البائع) تزويده بمستند ورقى بالإضافة، إلى المستند الإلكتروني وقد يكون هناك تعارض بين المستندين في ظل هذه الحالات تثور مسأله الترجيح بين المحررات الورقية والمحررات الإلكترونية وأي منهما يفضل تمهيداً لإعتماده كدليل إثبات يحسم النزاع.

وقد جاء في نص المادة (١١) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني أنه:

- يجوز عدم التقييد بأحكام المواد من (١-١١) من هذا القانون في أية من الحالات التالية:-

أ- إذا كان تشريع نافذ يقتضى إرسال أو تقديم معلومات معينة الصورة خطية إلى شخص ذى علاقة أو آجاز هذا التشريع الإتفاق على غير ذلك.

ب-إذا اتفقا على إرسال أو توجيه معلومات معينة بالبريد المختار أو السريع أو بالبريد العادي.

وبالنظر إلى هذا النص يمكن القول بأن المشرع الأردني قد خوّل القاضي سلطة الترجيح بين المستندات الإلكترونية، والمستندات الورقية تاركاً له الحرية في الاستعانة بكل الوسائل ويغض النظر عن دعامه المحرر، ومؤكداً عدم التمييز بين المحررات على أساس دعامتها.

أي أن المشرع الأردني بحسب النصوص (١-١١) من قانون المعاملات الإلكترونية وغيرها قد ساوى بين المحررات الإلكترونية والورقية والتوقيع العادي والإلكتروني فالقاضي لا يقيم وزناً للدعامة التي تثبت عليها الكتابة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولا يقيم فرقا بين الورقي والإلكتروني إلا في الارشاد إلى الحقيقة. إذ أن له سلطة الترجيح بين المستندات الإلكترونية والورقية مع عدم التمييز بين المحررات على أساس دعامتها وتفضيل الورقية على الإلكترونية لمجرد أن الأخيرة في شكل إلكتروني[1].

على أن القاضي عند إعمال سلطته يجب أن يراعى بعض الضوابط التي أوردتها المادة (١١) من قانون المعاملات الإلكترونية وهى:-

أولاً: وجود تشريع نافذ يقض إرسال أو تقديم معلومات معينة بصورة خطية إلى شخص ذى علاقة وأجاز هذا التشريع الإتفاق على غير ذلك معنى هذه الحالة يكون للمحرر والورقي أفضلية على المحرر الإلكتروني.

فإحياناً يتطلب المشرع نوعاً معيناً من الكتابة في إثبات تصرفات معينة أو يشترط الكتابة بالمفهوم التقليدي لإنعقاد تصرفات معينة.

ثانياً: وجود إتفاق على إرســـال أو توجية معلومات معينة بالبريد الممتاز أو السريع أو بالبريد العادى فالقاضي هنا يحسم النزاع وفقاً لأدلة الإثبات التي تم الإتفاق عليها بين الاطراف. ولكن يجب أن تكون هذه المحررات متساوية كأدلة إثبات كاملة فإذا كان المحرر الورقي لا يحمل توقيعاً ممن يحتج به عليه بينما كان المحرر الإلكتروني موثقا مستوفيا لكافة شروطه، فعلى القاضي استبعاد المحرر الورقي والأخذ بالمحرر الإلكتروني.

---

(١) الناصـــري، نور الدين، (٢٠٠٧)، **المعاملات والإثبات في مجال الاتصـــالات الحديثة**، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ط١، ص٢١٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإذا كان المحرر الورقي لا يحمل توقيع من يحتج به عليه. بينما كان المحرر الإلكتروني مستوفياً لشروط إعتباره دليلاً كاملاً ، فلا يوجد تنازع إذ يستبعد القاضي المحرر الورقي ويأخذ بالمحرر الإلكتروني[١].

وفى فروض التعارض بين المحررات الورقية والإلكترونية غير:

- التعارض بين المحرر الإلكتروني مويقاً ومحرر عادى ورقى.
- التعارض بين محرر إلكتروني موثق ومحرر رسمى ورقى.
- التعارض بين محرر إلكتروني بسيط ومحرر ورقى عادى أو رسمى.

التعارض بين المحرر الإلكتروني الموثق والمحرر العادى الرسمى ونحن هنا بصدد محرر رسمي حجة بذاته. ولا يطعن به إلا بالتزوير، وكذلك المحرر الإلكتروني الموثق يعتبر حجة من حيث صحة التوقيع والبيانات المدونة به فهو حجة دون حجة للإقرار به، وبهذا نكون بصدد محررين متساويان في مصدقية التوقيع ويظهر دور القاضي في الترجيح ولإيهما الأفضلية. [٢]

المطلب الرابع

التعارض بين محرر إلكتروني بسيط غير موثق ومحرر عادى أو رسمى

بينّا سابقا أن المحرر الإلكترونى غير الموثق أقل قيمة في الحجية من المحرر الإلكتروني الموثق، وبالتإلى فإن المحرر الإلكتروني غير الموثق لا يتساوى مع المحررات الورقية.

---

(١) الناصري، نور الدين، **المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة**، المرجع السابق، ص ٢١٤.

(٢) الناصري، نور الدين، **المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة**، المرجع السابق، ص ٢١٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحالات المستبعده من نطاق الاعتراف بالمحررات والتوقيعات الإلكترونية:

بالرغم من السعى إلى استخدام التقنيات الحديثة في إنشاءه المعلومات والبيانات وتخزينها واســترجاعها عند الحاجة، إلا أن هناك حالات تحتاج إلى شكليات يشترطها القانون أو لتحقيق أغراض مختلفى.

وعلى ذلك جاء نص المادة (٦) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، بأنه لا تسرى أحكام هذا القانون على ما يلى-:

أ. **العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقاً لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها:-**

١. إنشاء الوصية وتعديلها.

٢. إنشاء الوقف وتعديل شروطه.

٣. معاملات التصرف بالأموال غير المنقوله بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها، وإنشاء الحقوق العينية عليها وإستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.

٤. الوكالات والمعاملات المتعلقة بالاحوال الشخصية.

٥. الاشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود.

٦. لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.[١]

ب. **بالأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استناداً لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول.**

---

(١) مومني، بشار طلال أحمد،" **مشكلات التعاقد عبر الإنترنت** " مرجع سابق، ص ١٣٥

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد راعى المشرع الأردني هذه الخصوصية ذلك أن هناك نصوصاً قانونية تنظم إنشاء هـذه الوثـائق أو العقود أو المسـتنـدات، الأمر الذي يجعلها خارج نطاق تطبيق المعاملات الإلكترونية الأردني وعلى ذلك نصـت المادة (٢٧/١١) من القانون المدني الأردني، رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، على أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية، أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصي إلا إذا وجدت أوراق رسـمية محررة بخط المتوفى أو عليها إمضاؤه أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصى عليها.

وكذلك المادة (١١٣٠) من القانون نفسة التي نصت على أنه:-

١. لا يحتج بالوصية إلا إذا سجلت في دائرة التسجيل.

٢. ويرجع أصـل التسـجيل إلى تاريخ وفاة الموصـي بالنسبة إلى الورثة وتاريخ التسجيل بالنسبة للغير.

٣. أما فيما يتعلق بنص المادة (١١٣٧) بفقرتيها الثانية والثالثة على:-

أ. يتم الوقف التتغير في مصارفه وشروطه بإشهار رسمي لدى المحكمة المختصة وفقاً للاحكام الشرعية ويلزم تطبيقا للقانون التسجيل في دائرة تسجيل الأراضى إذا كان الموقوف عقاراً. (١)

(١) مومني، بشار طلال أحمد،" **مشكلات التعاقد عبر الإنترنت** " مرجع سابق، ص ١٣٦- ١٣٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الخامس

صور التوقيع الإلكتروني

يتخذ التوقيع الإلكتروني صـــور عدة فقد يأخذ شـــكل التوقيع البيومترى المعتمد على الخواص الفيزيائية أو الجســـدية والســـلوكية للشخص الموقع وقد يأتى في صورة رقم سري أو مجموعة أحرف وقد يكون بإستخدام القلم الإلكتروني وغيرها من الصور الأخرى.

وتنشأ بين هذه الصور فيما بينها من حيث درجة الثقة ومستوى ما تقدمه من ضمان بحسب الأخرى المنبثقة في إصدارها وتأمينها والتي تنتجها.

وإن هذه التقنيات في تطور مســـتمر بهدف الاســـتجابة للمتغيرات الناشـــئة عن التطور المؤهل في مجال نظم المعلومات، وتلافى أي قصور في أنظمة تأمين استخدامات شبكة الانترنت والملفات الشخصية والمعاملات المصرفيه[١].

١. **التوقيع بالقلم الإلكتروني** pen-op:

وفى هذه الصورة من التوقيع يتم استخدام ما يعرف بالقلم الإلكتروني حيث يقوم الشخص المراد توثيق توقيعه بكتابة توقيعه الذي يحدده هو على شاشة الحاسب الإلى (الكمبيوتر)، وبعد أن يتأكد الشخص من توقيعه المعهود أو المحفوظ لديه تماما وذلك عن طريق استخدام برنامج معين يقوم هذا البرنامج بوظيفتين الأولى خدعة النقاط التوقيع والثانية خدمة التحقيق من صحة التوقيع.

---

(١) ربضـــي، عيســـى غسان، (٢٠٠٩)، **القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني**، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ص١٣١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويحتاج التوقيع بالقلم الإلكتروني إلى جهاز حاسب ذو مواصفات خاصة تمكنه من آدائه مهمته التقاط التوقيع من شاشته والتحقق من مطابقته للتوقيع المحفوظ بذاكرته، كما أنه يحتاج إلى جهاز توثيق آخر فيه.

وتوفر هذه الطريقة من طرق التوقيع الإلكتروني مزايا لا يمكن إنكارها؛ لمرونتها وسهولة إستعمالها. حيث يتم من خلالها تحويل التوقيع التقليدي إلى الشكل الإلكتروني عبر أنظمة معالجة المعلومات.

ومع ذلك فإن هذه الصورة للتوقيع الإلكتروني تتسبب في عدة مشكلات ، وهى مسألة إثبات الصلة بين التوقيع ورسالة المعلومات أو المحرر.

وقد عرف المشرع الأردني في المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رسالة المعلومات أو المحرر بأنها، المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو البريد الإلكتروني أو النسخ أو التلكس.

وعرفت المادة نفسها الوسيط الإلكتروني بأنه، برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الإستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصى[١].

فالبرغم من وجود الوسيط الإلكتروني ورسالة المعلومات والتوقيع الإلكتروني إلا أنه لا توجد تقنية تتيح الاستيثاق من قيام الرابطة بين التوقيع ورسالة المعلومات، إذا بإمكان المرسل إليه الاحتفاظ بنسخة من صورة التوقيع التي وصلت على أحد المحررات ثم يعيد وضعها على آية وثيقة محرره عبر وسيط إلكتروني .

([١])ربضي، عيسى غسان، **القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني**، المرجع السابق، ص١٣٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويدعى أن واضعها هو صاحب التوقيع الفعلى. مما يخل بالاعتراف بالحجية للتوقيع الإلكتروني لاسيما أن (المادة التاسعة) من قانون المعاملات الإلكتروني الأردني المؤقت فقرة (ب) تنص على أنه، إذا حال المرسل دون إمكانية قيام المرسل إليه بطباعة السجل الإلكتروني وتخزينة والاحتفاظ به يصبح هذا السجل غير ملزم للمرسل إليه.

٢. **التوقيع البيومترى:**

وهى طريقة من طرق التحقيق من الشخصية عن طريق الاعتماد على الخواص الفيزيائية والسلوكية للأفراد وتشتمل هذه الطريقة البيومتريه على:-

البصمة الشخصية مسح العين البشرية التحقق من نبرة الصوت، أو خواص اليد البشرية، أو البصمة الشخصية. يتم اولاً أخذ صورة دقيقة للشكل وتخزينها بصوره مشفرة داخل الحاسب الإلى في نظام حفظ الذاكرة ؛ بهدف السماح بالإستخدام القانوني للأشخاص المصح لهم بذلك. ومنع أى استخدام غير قانوني أو عدائي غير مرخص به لأى معلومات أو بيانات سرية أو شخصية موجودة في نظم المعلومات الخاصة بإحدى الجهات. ويتم التحقق من شخصية المستخدم عن طريق أجهزة إدخال المعلومات إلى الحاسب الإلى التي تقوم بالتقاط صورة دقيقة لعين المستخدم أو صوته ويتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب، ليقوم بعد ذلك بمطابقة صفات المستخدم مع هذه الصفات المخزنة ولا يسمح له بالتعامل إلا في حالة المطابقة[١].

([١])أيمن على حسين الحوثي، **التوقيع الإلكتروني بين انظرية والتطبيق**، رسالة ماجستير ، جامعة محمد الأول، المغرب، ٢٠٠٤، ص ١٧٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولكن هذا النوع من التوقيع تواجهه عقبات منها:

١. رغم دقة هذا النظام في تحقيق الشخصية بنسب مرتفعة تتراوح ما بين (٩٩%) وحتى (٩٩.٩%) إلا أنه توجد حالات احتيال باستخدام البصمة الشخصية المبتكرة والبصمة البلاستيكية والمطاطية – وعدم تمكن بعض الأجهزة من كشفها

٢. الصورة أو التوقيع البيومترى يوضع على القرص الصلب للكمبيوتر وبالتالي يمكن له ضمها أو نسخها بواسطة الطرق المختلفة المستخدمة في القرصنة الإلكترونية أو نظم فك التشفير أو الترميز.

٣. التكلفة العالية التي يتطلبها وضع نظام آمن في شبكات المعلومات باستخدام الوسائل البيومتريه، أدت إلى الحد من إنتشاره إلى درجة كبيرة، وجعلته قاصرا على بعض الاستخدامات المحدودة.

٤. عدم التمكن من استخدام هذه التقنية الحديثة في كل الحاسبات المتوفرة حالياً، نظراً لإختلاف نظم التشغيل وأساليب التخزين وخصوصيات حزم البرامج المتنوعه.

٥. فقدان السرية والكفاءة الضامنة لهذه التقنية، نظراً لمحاولات الشركات الصنعة للنظام البيومترى الإتفاق على طريقة موحدة لهذه الطريقة والتقنية.

٦. إمكانية تغيير بعض الحواس بفعل حالة، كحالة الفوتر وتأثيرها على التوقيع أو تطابق أشكال التوازم أو غيرها.

لابد أن نشير هنا إلى أنه رغم قابلية هذه الوسائل للتزوير والتقليد فإن ذلك لا يجب أن ينال منها، لأن التزوير فيها مهما وصل فلن يصل إلى ما وصل إليه التقليد في مجال الكتابة التقليدية والتوقيع الكتابي التقليدى، إذا أن المطلوب من التوقيع أن يعلم نسبته لصاحبه فكل وسيله تقوم بوظيفة التوقيع بتعين صاحبها وإنصراف إرادته نهائيا إلى الإلمام بمضون ما وقع عليه تعد بمثابة توقيع[١].

---

(١) الحوثي، أيمن على حسين، **التوقيع الإلكتروني بين انظرية والتطبيق**، المرجع السابق، ص ١٧٧–١٧٨..

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة

لقــد حــدثت خلال الفترة الأخيرة العديد من التطورات الهامة الكبيرة في تكنولوجيات المعلومات والاتصالات، أدت إلى تغيير طبيعة ونمط الحياة الاقتصادية لكافة المستهلكين، سواء في الدول المتقدمة أو النامية على حد ســواء. فقد أصبح بإمكان المستهلك اليوم أن يتسوق ويتم كافة تعاملاته التجارية والمصــرفية من المنزل، وأصــبح بإمكانه أن يعمل ويدفع إلكترونيا عن طريق الحاســب بدون جهد ، فقد كان للتقدم الإلكتروني الكبير والسريع الأثر على عملية ربط العالم بشــبكات إلكترونية جعلت منه خلية مترابطة بشــكل قوي. لكن هذه الشبكة فور ظهورها رافقتها موجات كبيرة من الخروقات والاعتداءات الغير متوقعة، الأمر الذي تســبب في بروز العديد من الأشــكال الجديدة من الجريمة والاحتيال والغش، مما أدى إلى نشوء محاولات نشطة للبحث عن الوســائل والأســاليب الكفيلة بالحد من تلك الخروقات والاعتداءات، ومن ثم مكافحة الغش والاحتيال المرافق لها. ورغم أن بعض المســتهلكين قد يرفضون التعامل بالتكنولوجيات الحديثة لمخاوفهم من التعرض للغش والاحتيال، فإن اتساع حجم التجارة الإلكترونية أصبح ليس بالإمكان إيقافه، وبخاصة للأنشطة التجارية والحكومية.

بالتحديد، فقد كان للتقدم الإلكتروني الكبير والسريع الأثر على عملية ربط العالم بشبكات إلكترونية جعلت منه خلية مترابطة بشــكل قوي. لكن هذه الشبكة فور ظهورها رافقتها موجات كبيرة من الخروقات والاعتداءات الغير متوقعة، الأمر الذي تسبب في بروز العديد من الأشكال الجديدة من الجريمة والاحتيال والغش، مما أدى إلى نشوء محاولات نشطة للبحث عن الوسائل والأســاليــب الكفيلــة بالحد من تلك الخروقات والاعتداءات، ومن ثم مكافحة الغش والاحتيال المرافق لها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ورغم أن بعض المستهلكين قد يرفضون التعامل بالتكنولوجيات الحديثة ، لمخاوفهم من التعرض للغش والاحتيال، فإن اتســـاع حجم التجارة الإلكترونية أصـــبح ليس بالإمكان إيقافه، وبخاصة للأنشطة التجارية والحكومية.

ذلك، فقد أصـــبح العديد من المستهلكين والمؤسسات التجارية والحكومية في العالم أكثر عرضـــة لصـــور الغش التجاري المعتاد، وأيضا لأشكال جديدة من الغش التجاري الإلكتروني. وتشير الإحصاءات الحديثة خلال الفترة منذ عام ٢٠٠٠، إلى تزايد أعداد المتعرضين للغش في كافة أشـــكال الصناعات مثل: المؤسسات المالية، والصناعية، والجامعات والحكومية، مع تزايد حاد في قيمة الخسائر.

لذلك، فقد تســـبب ظهور الإنترنت والتجارة الإلكترونية في تفاقم حالات وأشكال الهجوم على البنيـــة التحتيـــة، والتي تعرف بالهجوم الإلكتروني Attacks Cyber والتي تعرف في الأدب الدولي بحروب الكمبيوتر/ الإنترنت.

من هنا، فإنه من الأهمية بمكان الســـعي للوقوف على الأنواع والأشكال المحتملة للغش والاحتيال في التعاملات التجارية التي تتم في سياق التقنيات الحديثة للمعلومات والاتصالات، أو بالأدق ما يعرف بالغش التجاري الإلكتروني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النتائج والتوصيات:

أولاً:النتـائج:

من خلال سرد الباحث لفصول الدراسة تبين له الآتي:-

١. لم يتعرض المشرع الأردني للمحررات الرسمية، وحجيتها في الإثبات والظروف والبيئة الملائمة لقيام مثل هذه المحررات الرسمية الإلكترونية في قانون المعاملات الإلكترونية.

٢. نظم المشرع الأردني بعض احكام التوقيع الإلكتروني وترك بعضها، فلم تكن معالجته شاملة وعامة.

٣. اعطى المشرع الأردني مساحة واسعة لأطراف المعاملة الإلكترونية بإعتماد جهة التوثيق بينهم دون إحتكاره على جهة معينة، وهو فعل حسن خاصة. وأنه أورد عقوبات مقررة في حال وجود احتيال أو غش من اطراف العلاقة التوثيقية ، ولكنه لم يحدد بنصوص قانونية واضحة مسؤولية التوثيق والمرسل أو المرسل إليه المرتكن

٤. حسنا في المشرع الأردني عندما لم يشر في تعريف التوقيع الإلكتروني إلى الدعامة التي يقوم عليها؛ لأن التطور التكنولوجى لا يضمن لنا الدعامة التي يتم عليها التوقيع الأمر الذي يجعل التركيز على الطريقة الآمنه في الحفظ والإيداع.

٥. هنالك اهتمام وقلق كبير من قبل المستهلكين اتجاه آلية وطرق الشركات في الحفاظ على خصوصيتهم الناتجة من التعامل عبر شبكة الإنترنت.

٦. هنالك قناعة وشعور متزايد من قبل المستهلكين، بأن القوانين المعمول بها حاليا وممارسات الشركات بما يخص خصوصية التعامل عبر الإنترنت، لا تفي بمتطلباتهم، وبالتالي مخاوفهم تتزايد وتحد من تعاملاتهم عبر الإنترنت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٧. يوجد العديد من صور النصب الواقعة على المتعاملين في التجارة الإلكترونية.

٨. إن صور النصب والاحتيال في التجارة الإلكترونية لا يمكن حصرها، ولكن يمكن أن نذكر عدد منها على سبيل المثال ومنها:-

أ- عدم الوفاء بالسلعة المتعاقد عليها بالرغم من سداد المستهلك لثمنها: وخير مثال على ذلك ما قامت به وزارة العدل الأمريكية في شهر ديسمبر من عام ١٩٩٤ من إدانة شخصين بالخداع والتحايل عبر الشبكة الدولية – الإنترنت – فقد وضعا إعلانات على الشبكة، ووعدوا بإرسال السلع التي يتم طلبها إلكترونيا من العملاء فور دفع قيمة السلعة إلكترونيا، ولكن المشتركين الذين طلبوا السلعة ، وقاموا بالدفع لم يتسلموا السلعة . وكانت العقوبة هي السجن خمسة أشهر ، وغرامة ٣٢ ألف دولار.

ب-انتحال اسم أحد مواقع التسويق الشهيرة: وتتم تلك العملية من الاحتيال بأن يقوم المجرم باستغلال اسم أحد المواقع الشهيرة بالتسويق، أو أحد مواقع المنتجات المختلفة الشهيرة. ويقوم بإنشاء موقع مماثل له سواء أكان ذلك في الاسم المتشابه معه إلى حد كبير، أو في واجهة ونافذة ذلك الموقع حتى يخدع المتعامل معه. ويوهمه أنه ذات الموقع الشهير تمهيدا للاحتيال عليه وسلبه أمواله بلا مقابل.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج- الترويج لسلعة مقلدة شبيهة بمنتج أصلى عالي الثمن والجودة: وفى هذا الافتراض يقوم المجرم المعلوماتي بعرض منتجات مقلدة وتشبه الأصلية إلى حد كبير، مع إيهام المستهلك بأنها ذات السلعة بثمن أقل كعرض خاص من الموقع ، وتحمل تلك الجريمة بعدا آخر وهي جريمة التعدي على حقوق الملكية الفكرية لهذا المنتج.

د- الترويج لسلع غير معروفة باستخدام الإعلان الكاذب أو المضلل: وفى هذه الحالة يقوم المنتج لسلعة غير مشهورة بالإعلان لها بإعلان كاذب والكذب هو الإخبار عن شئ بخلاف ما هو عليه في الواقع وهو يقوم على عنصرين:

- مضمون زائف.
- قصد تزييف الحقيقة.

أما الإعلان المضلل فهو الذي يكون من شأنه خداع المستهلك فهو لا يذكر بيانات كاذبة، بل يصاغ في عبارات تؤدى إلى خداع المستهلك المتلقي.

٩. أن هناك عدة صور وأشكال للتوقيع الإلكتروني، وأن النصوص التقليدية قادرة على استيعاب التوقيع الإلكتروني في حدود ضيقة. ولكنها غير قادرة على مواكبة كافة الجوانب القانونية المتعلقة به.

١٠. إن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني قانون عصري ومتطور، إلا أن التنظيم التشريعي للتجارة الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية يحتاج إلى مجموعة من القوانين ، إذ أن النصوص القانونية المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية غير عاملة وغير منفذة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١١. لم يعالج المشرع الأردني التوقيعات الإلكترونية بما يكفي فلم ينظم سلوك الموقع أو الشخص المرتكن، ولم يعالج إلزامية الإطلاع على شهادة التوقيع رغم اشتراطه التوثيق لإضفاء الحجية على التوقيع، وإن جهات التوثيق لا تزال غير موجودة ولم تصدر أنظمة تنظم عملها.

١٢. لم ينص في قانون المعاملات الإلكترونية إلى مكان وزمان إنفاذ العقد الإلكتروني رغم أهميته في تحديد الاختصاص القضائي والقانوني الواجب التطبيق.

١٣. لم يعالج المشرع الأردني المحررات الإلكترونية الرسمية والظروف والبيئة الملائمة لقيام هذه المحررات.

١٤. أعطى المشرع مساحة واسعة لأطراف المعاملات الإلكترونية باعتماد جهة التوثيق واشترط أن تكون شهادة صادرة عن جهة مرخصة ومتفق عليها بين الأطراف.

١٥. لم ينص قانون المعاملات الإلكتروني الأردني على بطلان أثر التوقيع إذا لم يكن موثقاً من جهة توثيق مرخصة ولم يتفق الأطراف على اعتمادها، ولكنه لم يعط أثر قانوني لشهادة التوثيق في هذه الحالة.

١٦. أن هناك عدة صور وأشكال للتوقيع الإلكتروني في المعاملات اليومية مع الشركات والبنوك وأن النصوص التقليدية قادرة على استيعاب التوقيع الإلكتروني في حدود معينة وضيقة، ولكنها غير قادرة على مواكبة جوانبه القانونية وإضافاء الحجة القانونية في الإثبات.

١٧. إن التوقيع الخطى على محرر مكتوب لا يناسب والاساليب المتبعة في التجارة الإلكترونية والمعاملات

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١٨. لم ينظر في قانون المعاملات الإلكتروني الأردني إلى وقت انعقاد العقد الإلكتروني وزمانه بالرغم من أهميتها في تحديد الاختصاص القضائى والقانون الواجب التطبيق، وتحدث فقط عن وقت ارسال الرسالة الإلكترونية واستلامها.

١٩. قد يثار بشأن التعاقد عبر الانترنت الكثير من المشاكل، والتي لابد من إيجاد الحلول لها والمتمثلة بما يلي:-

أ- تعارض القوانين بين دول أطراف العقد وخاصة كما ذكرنا إن التعاقد عن طريق الانترنت يتم في الغالب بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة.

ب-تحديد المحكمة المختصة في نظر النزاع قد ينشأ من جراء إبرام عقد الكتروني أو من جراء إبرام عقد، باعتباره يرتب أثار تتمثل بالحقوق والالتزامات المتبادلة والتي قد تصبح محل خلاف بين أطراف العقد.

٢٠. عقود التجارة الإلكترونية هي عقود اختيارية تحكمها القواعد القانونية في العقود بصورة عامة، ومصدر الالتزام فيها هو انصراف إرادة الأطراف للأخذ بها سواء كان العقد الأصلي، أو في أي اتفاق أخر استناداً في ذلك إلى القاعدة القانونية التي تشير إلى إن العقد شريعة المتعاقدين.

٢١. إن معظم أركان العقد الإلكتروني هي نفس أركان العقد التقليدي سواء بطريقة إبرامه أو آثاره، مع وجود اختلاف بسيط هو وسيلة انعقاده.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً:التوصيات:

لقد سنت العديد من الدول تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية في قوانينها المدنية، وذلك من أجل الحد والقضـــاء على ممارسات الغش والخداع الإلكتروني، التي تنتج من طرف بعض الشـــركات والمؤســـســـات وأيضـــاً بعض الأفراد الذين يتبعون الكثير من أساليب خداع المســـتهلكين، ورغم ذلك ما زالت المشكلة قائمة حتى وقتنا هذا، وذلك نتيجة لقصور بعض تلك القوانين. ومن هذا المنطلق يقدم الباحث بعض المقترحات التي قد تؤدي إلى قطع شـــوطاً طويلاً في طريق سد تلك الثغرة في قوانين المعاملات الإلكترونية، وذلك على النحو التالي:-

أ. التوصيات التي يجب على المستهلك إتباعها:-

١. الحذر من تنزيل برامج عبر الانترنيت غير موثوقة المصـــدر، من المعروف أن مســـتخدم الانترنت وعبر تجوله بالشـــبكة ضـــمن مواقع متعددة يســـتطيع تنزيل برامج مجانية على جهازه، يتم اســـتخدامها لأغراض كثيرة: مثل برامج العرض الصوتية والمرئية وأغراض كثيرة، يجب توخي الحذر الشـــديد عند تنزيل تلك البرامج وخصوصا من المواقع المشكوك بـــأمرهـــا، لأنها قد تكون مبرمجة بآلية معينه، تقوم على تجميع كل الأمور الخاصـــة بك والموجودة على جهازك وترحيلها للجهة المنشئة للبرنامج وذلك دون شعورك بذلك.

٢. الحذر من إعطاء الأرقام الســـرية، ويشمل هذا التحذير كل الأرقام السرية وبشتى أشكالها وأنواعها، وخصوصا الأرقام الخاصة بدخولك للشبكة عبر مزود الخدمة، كما ينصح كذلك وعند إنشـــاء أرقامك السرية أن تبتعد عن الأمور التقليدية بإنشاء الرقم، كأن تستخدم اسمك أو رقم هاتفك، ويفضل أن تجعل رقمك السري معقدا نوعا ما وتضمنه مجموعة من الأرقام والأحرف والرموز.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكلما كان رقمك السري معقدا، كان اكتشافه صعبا. فمن المعروف أن قراصنة الانترنيت اســـتطاعوا وبشكل مذهل إنشاء برامج تكنولوجية، والتي تعمل بنظام الاحتمالات، تستطيع حل شـــفرة الأرقام السرية وبسرعة خيالية، ولكنها قد تعجز عن ذلك، فكلما كان الرقم معقد التكوين ومتضـــمناً لرموز وأرقام وأحرف كانت مقدرة تلك البرامج على فك تشفيره ضئيلة جدا

٣. الاحتفاظ بنسخ من العمليات، وهذه تعد من الأمور المهمة والتي تساهم في اكتشاف السرقات وتفادي اســـتمرارها. والمقصـــود بأن تحتفظ دوما بنسخة من عملية الشراء التي قمت بها (كمستهلك) عبر شبكة الإنترنت، وكذلك بالاستمرار بعمل تسويات الشراء مع مصدر بطاقة الدفع، والمقصود هنا أمران مهمان جدا وهما:-

- الاحتفاظ بنسخة من طلب الشراء ورقم الطلبية، وهذا سيساعدك على الاتصال مع التاجر لحـــل إشـــكاليات عدة، كموعد التســـليم ومطابقة الطلبية، وبالتالي تحييد الآخرين من الاستخدامات غير المرغوب فيها.
- الاســـتمرار بتســـوية حســـابات الدفع، ويفضل أن تكون مطابقتك لحسابات الدفع عبر الإنترنت تسوية ذات طابع زمني قصير، وذلك لاكتشاف الاختراقات بوقت سريع وإيقاف آلية الدفع عند الضرورة؛ لكي لا يستطيع المخترق الاستمرار باستخدام بطاقتك.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤. توخي الحذر بإعطاء المعلومات الشخصية، وذلك بعدم إعطـــاء المعلومات الشخصية، إلا للجهـــات الموثوق بها، ومعرفة أســـباب حاجة تلك الجهات لهذه المعلومات، وتتضـــمن المعلومات الشـــخصـــية بشـــكل أســـاسي كلا من العنوان البريدي وأرقام الهواتف والبريد الإلكتروني.

٥. اســـتخدام برنامج آمن للدخول إلى شـــبكة الانترنيت، من المعروف أن كل جهاز كمبيوتر يحتوي على برنـــامج خاص للدخول إلى شـــبكة الانترنيت، وفي الغالب فإن هذه البرامج تحتوي على آليات معينة تحفظ في ذاكرة الجهـــــاز جميع المعلومات التي تم تداولها في الشـــبكة من خلاله. ففي كثير من الأحيان يستطيع المخترق وعبر الانترنيت الدخول لذاكرة هذا البرنامج والحصول على جميع المعلومات الخاصة بالمستخدم ودون أن يستشعر بذلك؛ ولهذا ينصـــح بشـــراء برنامج خاص يتمتع بحماية عالية لمنع المخترق من الدخول إلى ذاكرته.

٦. التـــأكد من موقع التاجر على الشـــبكة، يجب التأكد بأن الموقع الخاص بالتاجر هو الموقع المقصـــود، وذلك بالاطلاع على سياسات التاجر والتي تتضمن الموقع الأم والذي تم إنشاء موقع التاجر من خلاله، كما أنـــــــه يمكن معرفة موقع التاجر من خلال آلية التصـــفح الخاصـــةUniform Resource Locator URL، من منطلق أن هذه الآلية تمكن من تتبع الموقع ومعرفة أسس إنشائه، وفي حالة عدم التمكن من تتبعه فيكون الموقع في الغالب موقعا مشكوكا به.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٧. اســـتخدام بطاقات الدفع المضـــمونة، يفضـــل اســـتخدام بطاقات دفع مضمونة أو محمية، والمقصـــود بذلك أن يتم التعامل مع مصدري بطاقات الدفع عبر الانترنيت والذين يتمتعون بسياسات خاصة تحمي الشخص المتعامل من مسؤولية الاستخدام غير المرخص لبطاقته من قبل الغير.

٨. راقـــب اســـتخدام الموقع للمحددات Cookies، والمحددات Cookies هي: عبارة عن رموز رقمية تســـاعدك بدخول الموقع دون إعادة كتابة رقمك السري، وعادة ما يتم إدخالها إلى جهـــازك من قبـــل الموقع دون طلب الإذن منك بذلك ، وآلية عمل هذه المحددات بأنه وعنـــد دخول الموقع مرة أخرى، يقوم الموقع بالاتصـــــال بتلك المحددات والموجودة على جهازك ومطابقتها برقمك السري ومن ثم السماح له بالدخول دون طلب الرقم السري. وفي الغالب يستطيع قراصنة الإنترنت تتبع هذه المحددات Cookies على جهازك عندما تكون على الشـــبكة، ولذلك يفضل برمجة جهازك على طلب الإذن منك قبل أن ينزل الموقع تلك المحددات عليه.

٩. عدم الســـماح للأطفال باستخدام الشبكة دون إشراف، تأكد بأنك تشرف على أطفالك عندما يســـتخدمون الإنترنت، خصـــوصا أنهم يستطيعون إعطاء جميع المعلومات الشخصية عن حسن نية، والتي تكون كفيلة بتمكين الغير من اختراق جهازك وبكل سهولة.

١٠. اســـتخدام المواقع المرخصة، والمقصود بالمواقع المرخصة، تلك المواقع التي تم تقييمها وتـــأهيلها من قبل طرف ثالث مؤهل بأمور الحماية، حيث أن ذلك النوع من المواقع يكون ممهوراً بتوقيع إلكتروني خاص مـــــن طرف ثالث مهني متخصـــص، كمعهد المحاسبين القانونيين الأمريكي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب. التوصيات التي يجب على الدولة إتباعها:-

١. توفير السلامة المادية للمستهلك: من خلال اعتماد الحكومات والسياسات والنظم القانونية وأنظمة السلامة والمعايير الوطنية والدولية بما يضمن أن تكون المنتجات المصنعة مأمونة أينما وجدت (أثناء التداول والتخزين) وإبلاغ المستهلكين المعلومات الهامة المتعلقة بسلامة الاستعمال وأن يلتزموا بسحبها والتعويض على المتضرر بالتعويض المناسب في حال وقوع خطر من جراء استعمال هذه المواد.

٢. وضع برامج التثقيف والإعلام: أن تشجيع وضع برامج إعلامية هادفة لتوعية وإعلام المستهلكين تمكن المستهلك اختيار السلع بشكل واع لحقوقه ومسؤولياته، بما يؤمن توفير حاجات الفئات الحساسة من المستهلكين (الأطفال المسنين المهجرين المحرومين الفقراء الأميين... الخ). ويمكن إدخال مثل هذه البرامج في المناهج التعليمية بحيث تشمل مواضيع الصحة والتغذية والوقاية من الأمراض التي تنقلها الأغذية ووسائل غشها ومخاطرها ومنعكساتها على البيئة ومتطلبات بطاقة البيان والمقاييس القانونية المعتمدة، كما أن اطلاع قطاع الأعمال التجارية والصناعية على البرامج الملائمة لهم ومشاركتهم بها تعتبر من المتطلبات التي يجب التشجيع لها.

٣. تعزيز وحماية المصالح الاقتصادية للمستهلك: من خلال تنفيذ السياسات الحكومية التي تمكن المستهلك من الحصول على الفائدة المثلى من موارده الاقتصادية وتحقيق المعايير المقبولة للأداء وطرق التوزيع الملائمة والممارسات التجارية العادلة والتسويق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أي اتخاذ السياسات التي تضمن قيام المنتجين والموزعين والبائعين بالتقيد بالمواصفات والمعايير الإلزامية وتحد من الممارسات التجارية التي تلحق الضرر بالمستهلكين وتشجع على المنافسة النزيهة والفعالة والمعاملات العقدية المنصفة.

٤. ضمان السلامة وجودة السلع الاستهلاكية والخدمات: وسيتم ذلك بوضع المعايير والمواصفات الإلزامية والطوعية وتشجيع تنفيذها، لضمان سلامة وجودة السلع والخدمات وإعادة النظر بها دوريا بما ينسجم مع القواعد الدولية الموضوعة لسلامة الغذاء (دستور الغذاء العالمي)، كما انه لابد من بذل الجهود لتوفير البنية التحتية لاختبار واعتماد سلامة وجودة وأداء السلع والخدمات الاستهلاكية الأساسية وبذل الجهود الممكنة، لرفع مستوى المعايير الموضوعة بالسرعة الممكنة لتتوافق مع المواصفات والمعايير الدولية .

٥. تحقيق تسهيل التوزيع للسلع الاستهلاكية والخدمات الأساسية: يجب أن تقوم الحكومة باعتماد السياسات التي تضمن كفاءة توزيع السلع والخدمات للمستهلكين. ويمكن النظر باستخدام إجراءات محددة لضمان عدالة توزيع السلع والخدمات الأساسية عندما يكون التوزيع مهددا بالخطر مثلا في الأرياف، ويمكن أن تشمل هذه السياسات المساعدة في إنشاء المرافق المناسبة للتخزين والبيع بالتجزئة وتحسين مراقبة الشروط، التي تقدم بموجبها السلع والخدمات وخاصة في المناطق الرئيسية، وتشجيع الأنشطة التجارية والتعاونية المتعلقة بذلك.

٦. تشجيع التدابير التي تمكن المستهلكين من الحصول على تعويض: أن ضمان التدابير القانونية والتنظيمية التي تمكن المستهلك من الحصول على التعويض عند الاقتضاء.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٧. بحيث تكون منصفة وسريعة التنفيذ، وتلبي حاجات المستهلكين من ذوي الدخل المحدود تعتبر من المهام الرئيســـية للدولة، التي يجب أن تشجعها لحل المنازعات بطريقة عادلة ، بصرف النظر سواء أكانت الإجراءات رسمية أو طوعية، وهذا يتطلب التعاون مع المستهلك لتعريفه بالإجراءات المتبعة لحل الخلافات التجارية وواجباته في هذه الحالة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المراجع

أولاً:باللغة العربية:

الكـــتب:

١. إبراهيم، خالد ممدوح، (٢٠٠٨م)، **أمن المستهلك الإلكتروني**، الطبعة الأولى، مصر، الدار الجامعية، مصر.

٢. إبراهيم، خالد ممدوح، **إبرام العقد الإلكتروني**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، بلا سنة طبع.

٣. أبو الهيجاء، محمد إبراهيم،(٢٠٠٢م)، **التعاقد في البيع بواسطة الانترنت**، عمان ، ط١.

٤. الأهواني، حسام الدين كامل، (١٩٩٥م)، **النظرية العامة للالتزام**، الجزء الأول، ط٢، دار النشر (لا يوجد).

٥. برهان، سمير، (٢٠٠٧م)، **إبرام العقد في التجارة الإلكترونية**، الطبعة الأولى، المنظمة العربية للتنمية الإدارية.

٦. بطرس، انطوان وصبيح، نقولا ،(١٩٨٩م)، **معجم العلوم الكمبيوترية**، مكتبة لبنان.

٧. بندق، وائل أنور، (٢٠٠٩م)، **قانون التوقيع الإلكتروني (قواعد الاونسيترال ودليلها الإرشادي)**، ط١، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية.

٨. توكل، فادي محمد عماد الدين،(٢٠١٠م)، **عقد التجارة الإلكترونية**، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٩. ثروت، عبد الحميد، (٢٠٠٧م)، **التوقيع الإلكتروني: ماهيته- مخاطره، وكيفية مواجهتها ومدى حجيته في الإثبات**، دار الجامعة الجديدة.

١٠. الجريدلي، جمال زكي، (٢٠٠٨م)، **البيع الإلكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الإنترنت**، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، مصر.

١١. الجمال، مصطفى، (٢٠٠١م)، **السعى إلى التعاقد القانوني المقارن**، منشورات الحلبى الحقوقية – بيروت – لبنان ٢٠٠١.

١٢. جميعي، حسن عبد الباسط، (٢٠٠٠م)، **اثبات التصرفات القانونية التى يتم ابرامها عن طريق الانترنت**، دار النهضة العربية، القاهرة.

١٣. حمادة، طارق عبد العال، (٢٠٠٣م)، **التجارة الإلكترونية**، الدار الجامعية، الإسكندرية.

١٤. دواس، أمين، (٢٠٠٤م)، **المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)**، ط١، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله.

١٥. الذنون، حسن علي والرحو، محمد سعيد(٢٠٠٢م)، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام**، ط١، دار وائل للنشر، عمان.

١٦. ربضي، عيسى غسان، (٢٠٠٩م)، **القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني**، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.

١٧. الرفاعي، أحمد محمد، (١٩٩٤م)، **الحماية المدنية للمستهلك**، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١٨. زوكـــاغي، أحمد،(١٩٩٢م)، **أحكام القانون الدولي الخاص في التشـــريع المغربي**، ط١، تنازع القوانين، الدار البيضاء، تويفال للنشر.

١٩. السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر نوري محمد، (٢٠٠٥م)، **شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية)**، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

٢٠. سلطان، أنور، (١٩٨٧م)، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**، ط١، منشورات الجامعة الأردنية، عمان.

٢١. سليم، أيمن سعد، (٢٠٠٥م)، **العقود النموذجية**، دار النهضة العربية، القاهرة.

٢٢. السنهورى، عبد الرازق، **الوسيط في شرح القانون المدني**، جـــ١ – تنقيح المستشار المراغى طبعة ٣، منشأة المعارف بالإسكندرية.

٢٣. السنهوري، عبد الرزاق، (١٩٩٨م)، **نظرية العقد**، الجزء الأول، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

٢٤. سنور، مي العبد الله، (٢٠٠١م)، **الاتصال في عصر العولمة**، دور وتحديت ، بيروت ، دار النهضة العربية ، ط ٢ .

٢٥. سوار، محمد وحيد الدين، (١٩٩٠-١٩٩١م)، **النظرية العامة للالتزام**، الجزء الأول، مطبعة الروضة، دمشق.

٢٦. سوار، محمد وحيد الدين، (٢٠١م)، **الاتجاهات العامة في القانون المدني**، ط٢، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢٧. شـــعلة، ســـعيد أحمد، (٢٠٠٥م)، **قضـــاء النقض المدني في العقود**، منشـــأة المعارف، الإسكندرية.

٢٨. الشواربي، عبد الحميد، (١٩٩٧م)، **مفهوم التفسير القضائي**، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية .

٢٩. الصغير، حسام الدين عبد الغنى، (٢٠٠١م)، **تفسير إتفاقية الأمم المتحدة بشان عقود البيع الدولى للبضائع** ، دار النهضة العربية.

٣٠. عبد الباقي، عبد الفتاح، **دروس في مصادر الالتزام**، مطبعة نهضة مصر، دون سنة نشر.

٣١. عبد الرحمن، أحمد شـــوقي محمد، (٢٠١٠م)، **جزاء الإخلال بالعقد في القانون المدني**، بدون طبعة ، منشأة المعارف بالإسكندرية.

٣٢. عبد الله، عمر السيد أحمد، (١٩٩٥م)، **نظرية العقد**، دار النهضة العربية، القاهرة.

٣٣. العبودي، عباس، (١٩٩٧)، **التعاقد عبر وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

٣٤. علوان، أمية، (٢٠٠٠م)، **لمحات بشأن الجوانب القانونية للعقود المبرمة باستخدام وسائل الاتصال الحديث**، كلية الحقوق، الإسكندرية.

٣٥. العوجي، مصطفى، (١٩٩٥م)، **القانون المدني**، الجزء الأول، ط١، مؤسسة بحسون، بيروت.

٣٦. غستان، جاك، (٢٠٠٠م)، **المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد أو آثاره)**، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣٧. الفار، عبد القادر، (١٩٩٦م)، **مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)**، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عما

٣٨. الفضل، منذر، (١٩٩٦م)، **النظرية العامة للالتزامات**، ج١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

٣٩. فودة، عبد الحكـــم، (٢٠٠٢م)، **تفســـير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية.

٤٠. القضاة، مفلح، (١٩٩٠م)، **قانون البينات فى المواد المدنية والتجارية**، عمان.

٤١. مجاهد، أسامة أبو الحسن، (٢٠٠٠م)، **خصوصية التعاقد عبر الإنترنت**، دار النهضة، القاهرة.

٤٢. المزغني، رضا وعبـــودة، عبد المجيد، (١٩٨٣م)، **التفسير القضائي في القانـــون المدني**، ط١، معهد الإدارة العامة بالمملكة العربية السعودية.

٤٣. مقابلة، نبيل زيد، (٢٠٠٩م)، **النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص**، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

٤٤. ملكاوي، بشار، (٢٠٠٤م)، **الوجيز في شرح نصوص القانون المدني الأردني – نظرية العقد** ، دار وائل للنشر والتوزيع الطبعة الأولى.

٤٥. المليجي، أحمد، (٢٠٠٥م)، **موســـوعة الطعون في الاحكام**، الجزء الثالث، الطعن بالنقض، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة .

٤٦. منصور،أمجد محمد، (٢٠٠١م)، **النظرية العامة للالتزامات**، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤٧. المومني، عمر حسن، (٢٠٠٣م)، **التوقيع الالكترونى وقانون التجارة الإلكترونية**، دار وائل للنشر، عمان، طبعة أولى.

٤٨. الناصري، نور الدين، (٢٠٠٧م)، **المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة**، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ط ١.

الرسائل العلمية: (ماجستير / دكتوراه):

١. الحوثي، أيمن على حسين، (٢٠٠٤)، **التوقيع الإلكتروني بين النظرية والتطبيق**، رسالة ماجستير، جامعة محمد الأول، المغرب، ص ١٧٦.

٢. بدر، جمال مرسى، (١٩٥٤)، **النيابة في التصرفات القانونية**، أطروحة دكتوراه.

٣. السباتين، خالد، **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان**، رسالة ماجستير.

٤. صلاح، شوقى محمد، (٢٠٠٢)، نظرية الظاهر في القانون المدني، أطروحة دكتوراه.

٥. الصدة، عبد المنعم فرج، **عقود الإذعان**، أطروحة دكتوراه.

٦. محمود، عبد الله ذيب عبدالله، (٢٠٠٩)، **حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني – دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير منشورة ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين.

٧. المطيري، مساعد زيد عبدالله،(٢٠٠٧)، **الحماية المدنية للمستهلك في القانونين المصري والكويتي**، (أطروحة دكتوراه منشور ة)، جامعة عين شمس، مصر .

٨. المرداس، ياسر إبراهيم، (١٤٣٠هـ)، **العقد الإلكتروني وإثباته**، رسالة نوقشت للحصول على الماجستير في الأنظمة، كلية الاقتصاد والإدارة، جامعة الملك عبد العزيز، جدة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدراسات:

١. التهامي، سامح عبد الواحد، (٢٠٠٨م)، التعاقد عبر الإنترنت– دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية – دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر.

٢. الجمال،سمير حامد، (٢٠٠٦م)، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ص١٢٨.

٣. السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري حمد،(١٩٩٧)، **شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) – دراسة مقارنة**، اربد، الاردن، ص٧٦.

٤. عمر، غسان، (٢٠٠٧م)، **التطور التشريعي للقواعد المنظمة لحماية المستهلك**، دراسة غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.

٥. لطفي، محمد حسام محمود، **الاطار القانوني للتجارة الإلكترونية**، دراسة في قواعد الاثبات، بحث مسحوب من الانترنت.

٦. حجازي، مندى عبدالله، (٢٠١٠م)، **التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)**، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

المؤتمرات:

١. إبراهيم الدســـوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الإلكترونية ومسئولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد خلال الفترة من ١٠ –١٢ مايو ٢٠٠٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢. أحمـــد عبـــد الكريم ســـــلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص، بحث في مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت بالإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٠.

٣. براق محمد وآخرون: رقابة الجودة ودورها فى حماية المستهلك، ورقة مقدمة إلى المؤتمر الوطنى الأول لمعهد العلوم القانونية والإدارية، حماية المستهلك فى ظل الانفتاح الاقتصادى، فى الجزائر ، أبريل ٢٠٠٨م.

٤. حداد العيد، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الإنترنت، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراســـات العليا، طرابلس- ليبيا: ٢٧/٣٠ أكتوبر، ٢٠٠٩م.

٥. سامى عبد العزيز، المعالجة الصحفية لقضية حماية المستهلك المصرى ــ "رؤية تحليلية"، مؤتمر أخلاقيات الإعلام والإعلان، جامعة النهضـــة والمجلس العربى للتربية الأخلاقية، مصر، ٢٨- ٢٩ من مارس ٢٠٠٩م.

٦. محمـــد المرســـي زهرة ، مـــدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤتمر الحاسب والقانون، جامعة الكويت، ١٩٨٩.

٧. نبيل ناصـــرى، حماية المستهلك من الممارسات المقيدة للمنافسة، ورقة مقدمة إلى المؤتمر الوطنى الأول لمعهد العلوم القانونية والإدارية، حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادى، الجزائر، أبريل ٢٠٠٨م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأبحاث:

١. النعيمي آلاء يعقوب: الإطار القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني، بحث قانوني منشور في مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد السادس، العدد الثاني، ٢٠٠٩م.

٢. حسام الأهوانى – المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولى، بحث نشر بمعهد قانون الأعمال الدولى – كلية الحقوق – جامعة القاهرة.

٣. عائض سلطان البقمي – الشيكات الإلكترونية – بحث منشور في الموقع الإلكتروني لجريدة الرياض اليومية www.alriadh.com.

٤. علي سيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، عدد ٧٢، ٢٠٠٢، ص ٣٢.

٥. نوري حمد خاطر، وظائف التوقيع في القانون الخاص، بحث منشور في مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، عدد ٢ ، ص ٦٨.

المجلات العلمية:

١. أحمد الزقرد. نحو نظرية عامة لصياغة العقود، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ٢٠٠١، العدد ٣ ؛ جمال النكاس. العقود والإتفاقات الممهدة للتعاقد، نفس المجلة، ١٩٩٦، العدد ١.

٢. أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة عشر، ١٩٩٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣. أشرف وفاء، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع والخمسون، ٢٠٠١.

٤. جمال فاخر النكاس: الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثالثة والعشرون، ١٩٩٩.

٥. رامى محمد علوان – التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني – مقالة منشورة بكلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع – السنة ٢٦ – ديسمبر ٢٠٠٢

٦. عبد الرحيم الشحات البحطيطي، المخاطر المالية في نظم المدفوعات في التجارة الإلكترونية كأحد التحديات التي تواجه النظم المصرفية، مجلة جامعة الملك عبد العزيز،الاقتصاد والادارة ، ٢٠٠٧ ، دوره ٢١ ، شمارة ٢.

٧. علي كحلون، التجارة الإلكترونية، مجلة القضاء والتشريع التونسية، عدد ٢ ، لسنة ٢٠٠٠.

٨. غازي أبو عرابي، "سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي"، مجلة دراسات، المجلد ٢٥ ، ١٩٩٨.

٩. ليث الربيعي، دور مركز بحوث السوق ومنظمات المجتمع المدني في حماية المستهلك، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، عدد ٢٠٠٢.

١٠. ماء العينين السعداني: الإطار القانوني للمصادقة على التعاملات الإلكترونية، مقال منشور بمجلة قانون وأعمال العدد الثاني، دجنبر ٢٠١١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١١. محمد المرســـي زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات مجلة ٣، الشـــؤون الإجتماعية ، السنة الثانية عشر، العدد الثامن والأربعون، ١٩٩٥.

١٢. محمد عبيدات، "حمايـــة المستهلك والمفهوم الحديث للتسويق"، مقال منشـــور في مجلة حمايـــة المستهلك، العـــدد الخامس، ١٩٩٥.

١٣. مرفت عبد المنعم صادق، الحماية الجنائية للمستهلك، محمد عبيدات، "التطور التاريخي لحـــــركة حمايـــــة المستهـــــلك"، مقال منشور في مجلة حماية المستهلك، العدد الرابع، ١٩٩٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: باللغة الأجنبية:

1- Burton ،Michael،"When to Hold Em; When to Fold Em: Choosing Consumer Protection Battles" ،Journal of Consumer Affairs،Vol. 40 ،Issue 1،2006.

2- Prasad ،Rajendra ،"Arbitration and Consumer Protection:The Indian Perspective" ،Journal of Alternative Dispute Resolution ،Jan 2009.

3- Martin، Jennifer،"An Emerging Worldwide Standard for Protections of Consumers in the Sale of Goods:Did We Miss an Opportunity with Revised UCC Article 2?" Texas International Law Journal، Vol. 41، Issue 2، Spring 2006.

4- Topor ،Karl ،"The impact of the bankruptcy abuse prevention and consumer protection act on the family law practitioner" ،American Journal of Family Law ،Winter2008 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com