

تكوين العقد بالوسائط الإلكترونية الذكية (دراسة مقارنة)

محلة الحقوق محلة الحقوق محلة الحقوق محلة الحقوق محلة الحقوق محلة الحقوق محلة الحقوق محلة الحقوق محلة الحقوق محلة الحقوق

د. أسعد عبيد عزيز الجميلي
أستاذ القانون المدني المساعد في كلية
القانون / الفلوجة - بجامعة الأنبار
E-mail: Dr_asad52@yahoo.com

د. صدام فيصل كوكز المحمدي
أستاذ القانون المدني المساعد في كلية
القانون / الفلوجة - بجامعة الأنبار
E-mail: anbunv_law@yahoo.com

تكوين العقد بالوسائل الإلكترونية الذكية

(دراسة مقارنة)

د. صدام فيصل كوكز المحمدي

أستاذ القانون المدني المساعد في كلية
القانون / الفلوجة - بجامعة الأنبار

د. أسعد عبيد عزيز الجميلي

أستاذ القانون المدني المساعد في كلية
القانون / الفلوجة - بجامعة الأنبار

الملخص

يتناول البحث في موضوع تكوين العقد بالوسائل الإلكترونية الذكية، مشروعية إبرام العقود الإلكترونية وإقرار آليات إنجاز التعاقد المستخدمة فيها، وذلك انطلاقاً من فكرة مفادها، إقرار المشرعين على المستويين الدولي والوطني بإمكانية تكوين العقود بواسطة وسائل الكترونية «ذكية»، تتم برمجتها ببرامج حاسوبية لأداء مهام محددة بصفة مستقلة وبدون التدخل البشري المباشر، والوسيط الإلكتروني الذكي، برنامج أحدث ابتكاره ثورة ليس في عالم التسويق والتجارة الإلكترونية فحسب، بل في عالم القانون أيضاً، ونظرية تكوين العقود على وجه الخصوص، فنحن إذ نسلم تقليدياً بأنه لا يمكن أن تنشأ العقود إلا عن طريق اتفاق إرادة قانونية سليمة وصحيحة وصريحة مع إرادة أخرى تتدخل مباشرة في عملية الإبرام هذه، فإننا نجد الوسيط الإلكتروني يمكن أن يقوم بهذه المهمة وبكفاءة ودقة عاليين، تتلاءم ومتطلبات عصرنا الحالي وكبر وسعة حجم الأسواق عبر الشبكة العنكبوتية الدولية للمعلومات والاتصالات، مما أخذ يثير العديد من التساؤلات المهمة حول الطبيعة القانونية لتلك العقود ومدى صحتها وإمكانية قبولها والالتزام بها، وهذا كله يتعلق أساساً بنسبة وإسناد تلك العقود الإلكترونية، أيكون للوسائل الإلكترونية الذكية التي باشرت عملية تكوينها وأنجزته، أم يكون لمستخدمي تلك الوسائل ومن وضعوها في العمل لأداء هذه المهمة لحسابهم ولمصلحتهم؟ والإجابة على هذا التساؤل المهم وغيره لا تتم إلا من خلال المحاولة الجادة في تقصي جوانب الموضوع التشريعية والعملية، والخروج من ذلك بحلول قانونية للمشاكل المطروحة تتناسب وتوازي الواقع العملي المتطور والمليء بالمستجدات التقنية والبرمجيات الرقمية في مجال إبرام العقود وتكوينها.

The Formation of a Contract by the Electronic Inteligent Divices: (A Comparative Study)

Dr. Asaad obaid Aziz Jumaili

Assistant Professor of Civil Law
College of Law / Fallujah Anbar University

Dr. Saddam Faisal Mohammadi

Assistant Professor of Civil Law
College of Law / Fallujah Anbar University

Abstract

This research deals with the formation of contracts through smart e-media and the legality of writing e-contracts as well as the approved mechanisms employed therein. basically, the idea is that legislators approved e-contracts through smart media at the national and international levels to carry out specific tasks independently and without the direct intervention of humans.

The e- media is a program that has revolutionized not only e- commerce but also the field of law, particularly the theory of contract formulation. Traditionally, it was taken for granted that contracts can not be formulated without an outright sound and valid will with another will or intention.

The e-media can now carry out this task efficiently and accurately to meet the requirements of the modern age and to accommodate the sizable world markets through the web. Ultimately, the question should arise as to the nature of these contracts, their validity, acceptability by people and their obligations thereto. All of these issues are related to the degree of support and attribution of contracts. The question that may arise as to whether these contracts can be attributed to the e-media or the uses of these media.

This paper will explore all legislations and practical elements of these issues; hoping to arrive at legal solutions for all these issues that must conform to these technologies in the process of contract formulation.

Keywords: Inteligent Divices, contract formation, electronic, performance, intervention, e-commerce, contracts.

المقدمة :

لم يعد مستغربا في عالم التكنولوجيا وتقنيات الاتصالات الالكترونية اليوم أن نشهد ثورة في آليات إبرام العقود وتكوينها، حيث أصبح هذا المجال رحبا ولم يعد قابلا للتخمين أو الاحتمال في كل ما يمكن أن يرتبط بها، سواء من آليات أو تطبيقات أو وسائل، فضلا عن الآثار والأحكام القانونية التي تخضع لها تلك التكنولوجيا وما يتولد عنها من نتائج، وهي وسائل واليات كانت الى زمن قريب محض خيال أو افتراض بعيد التحقق، وقد أصبحت في وقتنا الحاضر ضرورة وحاجة واقعية فرضت نفسها في واقع التعامل القانوني، بحيث اضحى من الضروري إقرارها والاعتراف بما يمكن أن تنتج عنها من آثار، وذلك عن طريق إخضاعها لإطار وحدود القواعد القانونية التي تنظمها، سواء على المستوى الوطني أو المستوى الدولي.

وما برامج الوسائط الالكترونية الذكية وتطبيقاتها المتنوعة في عالم التعاقد عن بعد والتجارة الالكترونية وتقنيات التسويق والتعامل التجاري، إلا صورة بارزة لهذه الثورة، حيث استخدمت البرامج الالكترونية في مجالات مختلفة بحيث أصبحت البديل الناجح عن اليد البشرية، فالتاجر فتحت أمامه أسواق العالم من أقصاه الى أقصاه، بحيث أصبح لديه سوق مفتوحة فيها ملايين العملاء المحتملين على امتداد شبكة المعلومات والاتصالات الدولية، وهذه الأعداد لا يستطيع التاجر ولا أي من مستخدميها، مهما كثر عددهم، أن يتعاملوا مع طلباتهم بسرعة وكفاءة ودقة في آن واحد، دون تكلف وعناء كبيرين، إن لم يكن هذا الأمر خارج حدود القدرة البشرية أصلا، فضلا عن الكلفة الباهظة الناتجة عن استخدام أعداد كبيرة من المستخدمين وما يصاحب ذلك من مشاكل كثيرة تنعكس في نهاية الأمر بصورة سلبية على سعر السلعة أو الخدمة التي يقوم التاجر ببيعها، مما يحرمه من أكبر ميزة في عالم التجارة والتسويق والمتمثلة بالقدرة على المنافسة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن ما يمكن أن يستفيد منه المستهلكون من مزايا تتحقق لهم من خلال التسوق عبر الشبكة، وذلك لإشباع حاجاتهم من السلع والخدمات، خاصة الالكترونية منها، وهو في نفس الوقت يتمتع براحة تامة وبكلفة يسيره، وأمام سعة من الاختيار لا حدود لها، وبوجود منافسة كبيرة لكثرة ما هو معروض على الشبكة من السلع والمنتجات والخدمات التي يمكن أن تجهز بواسطة الشبكة على وجه الخصوص، الأمر الذي يساهم في خفض الأسعار لانخفاض تكاليف العرض والتسويق والتجهيز الخاصة بتلك الخدمات والمنتجات.

ولما كانت برامج الوسائط الالكترونية الذكية متنوعة وكثيرة، وتتنوع الغايات والأهداف التي يتوخى تحقيقها مستخدمو ومشغلو تلك البرامج، فإن ما يهمنا في إطار هذه الدراسة هو الوسائط الالكترونية الذكية التي تشغل بواسطة البرامج الالكترونية لإنجاز أعمال قانونية يفترض أن يقوم بها في الأساس الأشخاص القانونيون الذين قاموا بتنصيب وتشغيل برامج الوسائط الالكترونية

الذكية، وهذه الأعمال تدخل في تكوين العقود وإبرامها وفي بعض الأحيان تنفيذها أيضا، وهذه الوسائط الالكترونية سميت بالذكية، وذلك لقدرتها على إنجاز هذه المهمة بسرعة ودقة عاليتين وأدائها بصفة مستقلة دون أن تحتاج الى الرجوع بصورة مباشرة أو غير مباشرة الى مستخدميها، وبهذه القدرة تستطيع تلك البرامج أن تتفاعل مع طرف آخر أو أطراف متعددين وتجزء المطلوب منها في آن واحد بدون أخطاء وبتسلسلية معلومة وبترتيب دقيق وواضح يعجز كثير من بني البشر القيام بأمر مماثل له بسهولة ويسر.

وهذا يدفعنا الى التساؤل، عن الطبيعة القانونية لتلك الوسائط الالكترونية الذكية، وما هو أساس الاعتراف بشرعية الأعمال التي تقوم تلك الوسائط بإنجازها، وكيف يتم الاعتراف بعقود تكونت واكتمل نشوؤها بدون تدخل مباشر لإرادة قانونية في هذا التكوين والانعقاد؟ وكيف نستطيع أن نلزم أشخاصا قانونيين بعقود وتصرفات لم تشترك إرادتهم مباشرة في إبرامها، وما هو الأساس القانوني لهذا الإلزام؟ وهذا يدفعنا الى تساؤل مهم مفاده، أيمكن أن تنشأ تصرفات قانونية من كيانات رقمية ليست لها شخصية قانونية، وليست لها إرادة قانونية مستقلة لتباشر كافة الأعمال المتعلقة بتكوين العقود والتصرفات القانونية وأحيانا تنفيذها أيضا؟ أم أن مفهوم الإرادة القانونية تطور بحيث أصبح من المقبول أن تتوفر هذه الإرادة لدى الوسائط الالكترونية الذكية ولا تقتصر فقط على الأشخاص القانونية الطبيعية أو المعنوية؟ وكيف تتم الموازنة والموازنة بين التطور التكنولوجي الهائل في تقنيات التواصل والتعاقد الالكتروني ووسائله وآلياته، وبين القواعد القانونية التقليدية التي تتمسك بالمفهوم التقليدي للإرادة، التي تطرح جانبا كل عقد لا تشترك إرادة قانونية سليمة وصحيحة بتكوينه؟ وإذا قبلنا هذا الدور الذي تلعبه تلك الوسائط الالكترونية في تكوين العقود، فما هو المبرر لهذا القبول، وما هو السند القانوني والأخلاقي والواقعي له؟ وما هو تقييمنا لدور الوسائط الالكترونية الذكية في إنجاز وإبرام العقود، ومدى إمكانية الاستفادة القصوى من مزايا التكنولوجيا، في تقدم عمليات التجارة الالكترونية وتسهيل وتبسيط التعاقد الالكتروني؟

كل هذه التساؤلات وغيرها سنحاول الإجابة عليها في هذه الدراسة، وفق منهجية علمية واضحة، حيث تبنت الدراسة منهج التحليل العلمي للنصوص القانونية سواء تلك الواردة في اتفاقيات الأونسترال الدولية أو النصوص القانونية الوطنية الخاصة بتشريعات التجارة الالكترونية المقارنة، وذلك في محاولة جادة للوصول الى حلول قانونية سليمة، وبنفس الوقت لا تخرج عن الإطار العام الذي رسمته تلك النصوص، وذلك في محاولة للوصول الى حقيقة وذاتية تلك الوسائط الالكترونية الذكية الأمر الذي يساعدنا في الاعتراف بمشروعية تلك التصرفات من عدمها، وبالتالي الإقرار بصحتها والالتزام بالآثار الناتجة عنها ابتداء، وكذلك اعتمدت الدراسة على أسلوب الحياد في

عرض الأفكار والآراء الفقهية ووضعها في ميزان التقييم، للخروج بأفكار وآراء تتناسب مع التطور العلمي والتكنولوجي الحاصل، آخذين بنظر الاعتبار ضرورة العمل على تطوير الأحكام القانونية وتطويرها وصولاً إلى أنجح وأفضل الحلول والأحكام القانونية للمشاكل والعقبات التي تعترض واقع المعاملات القانونية ووسائل تكوينها وآليات تنفيذها.

وكل ذلك لا يتأتى إلا من خلال تبني خطة علمية اعتمدت على العرض المنطقي للأفكار والمواضيع المتعلقة بجوانب وتفصيلات هذه الدراسة، وتأخذ بعين الاعتبار حداثة موضوع البحث وضرورة الموازنة بين الأفكار والطروحات، ليطمئن وضعها تحت عنوان واحد ينسجم مع المضمون والمحتوى العلمي لهذه الدراسة، ولذلك فقد انقسمت خطة البحث في هذه الدراسة إلى مبحثين رئيسيين، تناول الأول منهما الطبيعة القانونية للتعاقد باستخدام الوسائط الإلكترونية الذكية، وانقسم البحث فيه إلى مطلبين خصصنا الأول لبيان الاتجاهات الفقهية في تبرير صحة تكوين العقود باستخدام الوسائط الإلكترونية الذكية، وأما الثاني فأفرزناه لبيان الرأي الذي نرجحه في تحديد الطبيعة القانونية لتلك الوسائط الإلكترونية الذكية، أما المبحث الثاني فتناوله لنا فيه مبررات الاعتراف بصحة تكوين العقد باستخدام الوسائط الإلكترونية الذكية وقسمناه إلى أربعة مطالب، أفردنا أولها لبيان الخصائص المميزة للتعاقد باستخدام الوسائط الإلكترونية الذكية ومزاياه، أما الثاني فخصصناه لبيان تنوع تطبيقات التعاقد باستخدام الوسائط الإلكترونية الذكية، وعقدنا الثالث منها لإقرار مبدأ الحياد التكنولوجي والتكافؤ الوظيفي، أما المطلب الأخير فكان لبيان حرية المتعاقدين في اختيار الوسائط والتكنولوجيات الملائمة للتعاقد، وقد اختتمنا البحث بخاتمة تضمنت أبرز ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات والتي نرى في ذكرها والأخذ بها فائدة علمية وعملية.

والله الموفق.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للتعاقد باستخدام الوسائط الإلكترونية الذكية

الوسائط الإلكترونية الذكية لها تطبيقات كثيرة في مجال الشبكة الدولية، لكن ما يفيدنا هنا وما يثير اهتمامنا هو تلك الوسائط الإلكترونية الذكية التي لها القدرة على التفاعل وتبادل البيانات ومعالجتها والمشاركة في العمليات التجارية والإحاطة بكل مظاهرها الخارجية إلى حد كبير مثل التفاوض وإبرام الاتفاقات التعاقدية.^(١) حيث قفز هذا الجيل بالوسائط الإلكترونية الذكية في المعاملات الإلكترونية المؤتمتة من دور القنوات الإلكترونية المسهلة والميسرة للتعامل إلى

1. Chavez, A. et al. (1997). "A Real-Life Experiment in Creating an Agent Marketplace." In Proceedings of the Second International Conference on the Practical Application of Intelligent Agents and Multi-Agent Technology (PAAM'97), London, UK.

دور القدرة على بدء وإنجاز المعاملات بشكل مستقل، دون الحاجة الى مراجعة من قبل مستخدميها أو حتى دون علمه^(٢)، وهذه الثورية حولت أجهزة الكمبيوتر والبرمجيات الالكترونية من خط انابيب "سلبى" الى متعامل الكتروني "إيجابي". هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن صحة تكوين العقد الذي يتولى إجراء الوسيط الالكتروني الذكي، تتجلى بصورة واضحة عند الوقوف على الطبيعة القانونية لهذا النمط من التعاقد الالكتروني، ولهذا اجتهد الفقه والمشرعون على المستويين الدولي والوطني في الوقوف على الطبيعة القانونية الخاصة بالعقود التي تساهم هذه الوسائط الالكترونية الذكية في تكوينها، وبيان الأساس القانوني الذي تعد بناء عليه هذا النمط من العقود الالكترونية صحيحة وملزمة ومنتجة لآثارها، حيث ذهب بعض الفقه الى أن النياحة بين الوسيط ومستخدمه هي أساس هذه الطبيعة، بينما لجأ آخرون إلى القواعد العامة وذهبوا إلى أنها أداة مشابهة للأدوات التي أباح المشرع استخدامها في إنجاز التعاقد كالهاتف والوسائط المشابهة له، بينما ذهب بعض الفقه الى القول بالاعتراف للوسائط الالكترونية الذكية بالشخصية القانونية، في حين ذهب اتجاه حديث الى تطويع فكرة الإرادة لاعتمادها كأساس لتحديد بموجبه الطبيعة القانونية للتعاقد باستخدام الوسائط الالكترونية الذكية.

لذا سنتولى تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في أولهما الاتجاهات والآراء الفقهية التي طرحت بصدد بيان الأساس القانوني الذي يبرر صحة تكوين العقود باستخدام الوسائط الالكترونية الذكية، ونخصص المطلب الثاني لبيان الرأي الذي نرجحه في الطبيعة القانونية لتلك الوسائط الالكترونية الذكية، وكما يأتي:

المطلب الأول

الاتجاهات الفقهية في تبرير صحة تكوين العقود

باستخدام الوسائط الالكترونية الذكية

تمهيد :

تجاوزت شبكة الاتصالات والمعلومات الدولية internet توقعات الكثيرين، من حيث دورها وما أصبحت تحتله من أهمية في تسهيل وتحسين التواصل والتعامل بطرق شتى وبمبيادين أوسع، بحيث أضحت اليوم العالم الرحب للاتصالات والتجارة، وبالرغم من أن هذا الوضع يرضي رجال الاعمال والتجار ويحقق لهم مزايا اقتصادية وتجارية مضافة، إلا ان اللجوء المتسارع للشبكة والتفاعل عبرها أخذ يشكل تهديدا للنجاحات المتحققة للتجارة الالكترونية، فبالرغم من اتساع شعبية هذه الشبكة في قطاع الأعمال، إلا أنها تواجه صعوبات مختلفة الأنواع والصور، فالمستهلكون يواجهون

2. Karnow, C. "Liability For Distributed Artificial Intelligences." Berkeley Technology Law Journal 11,147-204.Kasbah. (1996). <http://www.kasbah.media.mit.edu>.

يوماً بعد يوم صعوبة في الفرز والتوافق بين ما يريدهون والكم الهائل من المعلومات والمعروضات التي تطرحها الشركات عبر الشبكة، بشكل أمست السيطرة عليها عسيرة التحقق الى حد بعيد.^(٢) ولحسن الحظ فإن هذه الصعوبات وغيرها لم تمض دون أن يعترف بها أو أن يتم الإقرار بها من قبل المشرعين ورجال القانون، وفي الوقت نفسه أدى الارتفاع الكبير في النشاط التجاري عبر الانترنت لتطوير نوع جديد من البرمجيات واستخدام أدوات جديدة في التعامل، وذلك في محاولة لتبسيط التجارة الالكترونية من خلال أتمتة هذه العمليات، سواء بالنسبة للمستهلكين أو بالنسبة للموزعين أو التجار، وهوما يزيل الكثير من الصعوبات الفنية والتقنية التي تقلل من الوقت الكبير المبذول وتقلل من التكاليف، بحيث ألفنا اليوم هجرة كثير من المؤسسات التجارية والأفراد العاديين الى المزيد من الأنظمة الالكترونية وتطبيقها لبرمجيات رقمية تسهل القيام بالأعمال التي تمارسها تلك المؤسسات أو أولئك الأفراد بيسر وسهولة ودقة عالية، ويصاحب ذلك زيادة في الطلب الالكتروني للمعاملات والاقبال عليها من قبل المستهلكين، وأصبحت الوسائط الالكترونية الذكية بتطبيقاتها المتنوعة وصورها المتعددة خير من يحقق رغبات المنتجين والتجار والمستهلكين على حد سواء.^(٤)

وقد ظهرت بصدد تحديد الطبيعة القانونية للتعاقد باستخدام الوسائط الالكترونية الذكية اتجاهات عديدة، تركز كل منها على ناحية معينة تختص بها هذه الوسائط، وقد تجلت هذه الاتجاهات قانونية بصورة واضحة في تعريفات تلك الوسائط الالكترونية الذكية والتي تبناها الفقه أو المشرعون، لذلك سنتولى عرض تلك الاتجاهات ومن ثم تقييمها لنصل الى الرأي الراجح في ذلك، لنقف في النهاية على أساس قانوني سليم يبرر صحة التعاقدات التي تجريها تلك الوسائط الالكترونية الذكية ونحدد تعريفاً جامعاً مانعاً لها يعكس الطبيعة القانونية لتلك الوسائط، وذلك على نحو ما سنبينه في الفروع الآتية :

الفرع الأول

الاستناد الى نظرية الوكالة

يركز بعض الفقه ويؤيده في ذلك موقف بعض المشرعين على النيابة بين الوسيط الالكتروني

٢. فمثلاً عند التسوق عبر الشبكة في وقتنا الحاضر، يضطر المستهلك للقيام بعدة أعمال للتحقق من الصفقة التي يريد الدخول إليها، فهو يتحقق ابتداءً من العلامة التجارية ويبحث في أفضل سعر متاح وينظر في تقييم أداء المنتج ويقارن بين مميزاته ومميزات المنتجات المناظرة ويبحث في النفقات وتغطية الضمان، وهذا كله يستلزم إنفاق كثير من الوقت والجهد، بل يتعزز حجم تلك التكاليف مع زيادة حجم التداول والعرض الكبير على الشبكة... للمزيد ينظر:

- Electronic Commerce Research, 1: 183-202, 2001 Kluwer Academic Publishers Ensuring the Success of Contract Formation in Agent-Mediated Electronic Commerce IAN R. KERR iankerr@uottawa.ca, Faculty of Law, Common Law Section, University of Ottawa, Ottawa, Canada. <http://www.ivsl.org>

4. Jennings N.R. and M. Wooldridge. Agent Technology: Foundations, Applications and Markets. London: Springer, (1998).

الذكي ومستخدمه ويعرفه بأنه "برنامج معد ليتصرف نيابة عن شخص معين" ^(٥)، وايضا يذهب البعض ضمن هذا الاتجاه الى التركيز على فكرتي النيابة والاستقلالية بين الوكيل الالكتروني ومستخدمه عندما يعرف الوكيل الالكتروني بأنه "برنامج من برامج الحاسب الآلي يقوم بعمل معين نيابة عن الشخص الذي يستخدم الحاسب الالكتروني، ويكون له في قيامه بهذا العمل قدرا من الاستقلالية، فلا يتطلب قيامه بهذا العمل تدخلا مباشرا من الشخص الذي يمثله" ^(٦)، وينطلق مناصرو هذا الاتجاه من فكرة مفادها بأنه كما يحتاج المتعاقد في المعاملات التقليدية الى من يمثله في إبرام التصرف القانوني فإن المتعاقد في البيئة الالكترونية يحتاج الى من يساعده في إبرام التصرف القانوني، ولكنه لا يحتاج الى "وكيل تقليدي" لأنه سيقوم بما يكون بمقدور المتعاقد الأصل القيام به، لذلك فهو في حاجة الى "وكيل الكتروني" ذي خصائص معينة تتسجم مع خصائص بيئة الانترنت التي يجري التعامل من خلالها، ولعل من أهمها السرعة في التعامل والإحاطة بالمعلومات والسلع المتاحة على الشبكة الدولية والتي تكون موضوعا للتعامل، لذلك فإن برنامج الوكيل الالكتروني يتميز عن غيره من برامج الحاسب الآلي بقدرته على التصرف الذاتي، فلا يحتاج الى التدخل المباشر من شخص طبيعي لينجز العمل الموكل إليه إنجازه، وبرامج الوكيل الالكتروني - بما لها من قدرة - استغلت في ميدان التجارة الالكترونية لتقوم بدور الوسيط بين أطراف التعامل، فضلا عن دورها في البحث عن المعلومات عبر الشبكة الدولية ^(٧).

وهذا الاتجاه تبناه المشرع الفدرالي الأمريكي عندما سمى الوسيط الالكتروني الذكي بمصطلح الوكيل الالكتروني Electronic agent، وعرفه بأنه «برنامج حاسوبي أو الكتروني أو أي وسيلة الكترونية أخرى أعد لكي يبدأ عملا أو الرد على تسجيلات الكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون الرجوع إلى شخص طبيعي» ^(٨).

5. Building an agent. A strategy white paper written for IBM. Available at <http://www.devx.com>.

٦. د. آلاء يعقوب النعيمي: الوكيل الالكتروني (مفهومه وطبيعته القانونية)، بحث مقدم الى مؤتمر المعاملات الالكترونية (التجارة الالكترونية - الحكومة الالكترونية)، دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٨، ص ٤٠٩، ومحمود عبد الرحيم الشريفات: التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ٢٠٠٩، ص ٧٨ وما بعدها.

٧. قارن مع د. آلاء يعقوب النعيمي: الوكيل الالكتروني، المرجع نفسه، ص ٤١١.

٨. ينظر قانون المعاملات الالكترونية الامريكى الموحد UETA حيث جاء في المادة (٦/٢) القسم ٤٠١ من القانون الامريكى الفدرالي للمعاملات الالكترونية UETA الصادر عام ١٩٩٩ ما نصه:

Electronic agent: means a computer program or an electronic or the automated mean used independently to initiate an action or respond to electronic records or performance in whole in part, without review or action by an individual... Uniform Electronic Transactions Act (draft approved at July 1999 annual conference). Online: National Conference of Commissioners of Uniform State Laws, <http://www.law.upenn.edu>

وفي نفس المعنى ذهبت وثائق الاتفاقية الدولية الخاصة بالعقود الالكترونية المبرمة برسائل البيانات الالكترونية بمادتها الخامسة / ينظم الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.95، هذه الوثيقة وجميع وثائق لجنة الاونسترال في الجمعية العامة للأمم المتحدة التي تم الرجوع اليها في هذه الدراسة متاحة على الموقع الالكتروني: <http://www.uncitral.org>

وعلى نفس التوجه سار المشرع البحريني، عندما عرّف «الوكيل الإلكتروني بأنه برنامج حاسب أو أية وسيلة الكترونية أخرى تستخدم لإجراء تصرف ما، أو للاستجابة لسجلات أو تصرفات الكترونية - كلياً أو جزئياً - بدون مراجعة أو تدخل من أي فرد في وقت التصرف أو الاستجابة له»^(٩)، ويذهب بعض الكتاب الى أن المشرع الاردني في قانون المعاملات الالكترونية ذهب الى أن نص المادة ١٤ منه الى اعتبار الوسيط الالكتروني الذكي يعد وكيلاً ينوب عن المنشئ في العمل المبرمج له وكالة مقيدة^(١٠).

وهنا نقول إذا كان فحوى هذا الاتجاه يتمثل بالتركيز على الوكالة أو النيابة بين الوسيط الالكتروني الذكي ومستخدمه، فما ذلك إلا حل لمشكلة نسبة خطأ الوسيط الالكتروني الذكي والجهة التي تتحمل المسؤولية الناتجة عن أي أخطاء يمكن أن تحصل من خلال تشغيله وأدائه للمهمة التي استخدم من أجلها، وحسب هذا التعريف فإن مآل تلك الأعمال التي يباشرها ذلك الوسيط ستؤول الى مشغله، وبالتالي فهو الذي يتحمل نتيجة تلك الأخطاء، وليس البرنامج ذاته، وهو في حد ذاته افتراض غير مقبول، لأن التركيز على النيابة بين الوسيط ومستخدمه أو مشغله غير مقبول قانوناً لأنه مبني على افتراض لا يمكن تحقيقه، والسبب هو أن الوكالة عقد بين الوكيل والموكل، وهي نظام قانوني ينشأ وفق شروط وضوابط محددة، وهو عقد مسمى في كثير من النظم القانونية واضح من حيث التكوين والآثار، فالوكالة عقد يقيم شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم^(١١)، والوكيل بالمفهوم التقليدي لا يكون إلا شخصاً طبيعياً أو معنوياً يقيمه الموكل مقام نفسه في تصرف قانوني جائز معلوم.

وبالرجوع إلى القواعد القانونية الخاصة بالوكالة نجد مجموعة من التناقضات التي وقع بها انصار هذا الرأي، يمكن أن نورد أهمها كآتي:

- ١- كيف يتصور أن يعمل برنامج الكتروني كوكيل ويجري تكوين التصرفات القانونية لحساب مستخدمه (الموكل)، والوكيل قانوناً لا بد أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، يدخل في علاقة تعاقدية مع الأصيل محددة الشروط والأوصاف والآثار، ولا نجد مثل هكذا افتراض يمكن أن يحصل بين الوسيط الالكتروني الذكي ومستخدمه، كما لا يمكن بأي حال أن نتصور وجود عقد بين مستخدم الوسيط "الموكل" وبين الوسيط الالكتروني الذكي "الوكيل".
- ٢- معلوم أن الوكيل الالكتروني يجري تصرفاً قانونياً جائزاً ومعلوماً لحساب الاصيل، وقدرة الوكيل الالكتروني على ما يذكره أنصار هذا الاتجاه على البحث عن المعلومات (search engines)

٩. قانون التجارة الالكترونية البحريني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢، المادة (١) منه.

١٠. للمزيد في ذلك ينظر محمود عبد الرحيم الشريفات: التراضي في تكوين العقد، المرجع السابق، ص ٨٠.

١١. ينظر المادة ٩٢٧ وما بعدها من القانون المدني العراقي.

والتعامل معها، أو مراقبة المعلومات (watcher agent) المتجددة المطلوب مراقبتها في مجال معين عبر الشبكة، أو وسطاء التعلم (learning agent) أو المساعدة وغيرها من العمليات المادية وليست القانونية.^(١٢)

٢- يركز أنصار هذا الاتجاه على مسألة استقلالية الوكيل الإلكتروني عن مستخدمه، وقدرته على العمل بدون تدخل وإشراف مستخدمه^(١٣)، وهذا يتناقض مع أحكام عقد الوكالة، وخصوصا في العلاقة بين الأصيل والوكيل، لأن الأخير لا يعمل إلا في الحدود المرسومة له من قبل الأصيل، ولا يستطيع أن يتجاوزها أو يعمل خلافها، وإلا تعرض للجزاءات القانونية التي تحكم هذه التجاوزات، وهذا لا يعني أن الوكيل في القواعد العامة يعمل مستقلا عن الأصيل ودون إشرافه، فهو في نهاية الأمر يحقق مصالح الأصيل، ويبدل في ذلك عناية الشخص المعتاد، وبخلافه يتعرض للمسؤولية، ولا ينسجم هذا القول مع فكرة ان الوسيط الإلكتروني مستقل عن الأصيل - مستخدمه - ويعمل بدون إشرافه وبدون علمه المباشر أيضا، لأن هذا الوضع لا ينسجم تقليديا مع طبيعة وأحكام العلاقة القانونية التي تربط الوكيل بالأصيل في عقد الوكالة.

٤- ثم إن أنصار هذا الاتجاه^(١٤) قد وقعوا في خلط واضح بين الوسيط الإلكتروني الذكي، وبين الوسيط عبر الشبكة، والذي هو الشخص الذي يتولى تقريب وجهات النظر للوصول الى أحسن صفقة تعاقدية، عندما يذهبون الى أن الوكيل الإلكتروني يقوم بدور البحث عن المعلومات عبر الشبكة، وذلك كوسيط بين أطراف التعامل، وهذا العمل لا يؤديه الوسيط الإلكتروني الذكي، لأن مهمته الأساسية هي إنجاز تكوين العقود والصفقات لحساب مستخدمه.

لذلك نرى بأنه لا يمكن الأخذ بما جاء به أنصار هذا الاتجاه من آراء لبيان الطبيعة القانونية للتعاقد باستخدام الوسيط الإلكتروني الذكي.

الفرع الثاني

محاولات اللجوء الى القواعد العامة

يمكن أن يقال بأن اللجوء الى بعض الأحكام القانونية التقليدية المقررة في القوانين المدنية ونسبة عمل الوسائط الإلكترونية الذكية إليها، يمكن أن يفيد في محاولة إثبات صحة التصرفات التي تساهم الوسائط الإلكترونية الذكية في تكوينها.

12. Emily M:Weitzenboeck, Introduction to the special issue on electronic agents , available at: <http://www.ijlit.oxfordjournals.org>.

١٢. د. آلاء النعيمي: الوكيل الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٤٠٩ وما بعدها. وكذلك :

- Building an agent. Op cit.

١٤. د. آلاء النعيمي: الوكيل الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٤٠٩، ومحمود عبد الرحيم الشريفات: المرجع السابق، ص ٨٠ وما بعدها.

ولذلك يحق لنا أن نساءل: هل يمكن أن تسعفنا محاولة التقريب بين الوسيط الإلكتروني الذكي والوسائل التكنولوجية التي أقر المشرع استخدامها لإنجاز التعاقد في التعرف على الطبيعة القانونية الخاصة بأعمال الوسائل الإلكترونية الذكية؟ وللإجابة على هذا التساؤل طرح الفقه رأيين نتناولهما في مقصدين كالآتي:

المقصد الأول

اعتبار الوسائل الإلكترونية الذكية أدوات اتصال

حيث قيل بأن الوسيط الإلكتروني لا يعدو عن كونه وسيلة الكترونية، فهو أداة شبيهة بالفاكس والهاتف، فالتمعن في عملية تكوين العقد باستخدام الوسيط الإلكتروني الذكي ووضعه في ميزان القواعد العامة من جهة، ومن جهة أخرى فإن اعتراف التشريعات المدنية المقارنة تقرر فكرة تدخل أداة أو جهاز في عميلة إبرام العقد، وذلك في إطار القواعد العامة في الالتزامات، كالهاتف والوسائل المماثلة له^(١٥)، يمكن أن يكون مبرراً لإضفاء نفس التوصيف القانوني الخاص بتلك الوسائل إلى الوسائل الإلكترونية الذكية.

وبالتالي نستطيع - حسب ما يذهب إليه أنصار هذا الاتجاه - أن نسحب أحكام تلك الأدوات المقررة في القانون المدني إلى هذا الوسيط ليأخذ نفس الحكم وهو ما ذهب إليه المشرع الكندي في قانون التجارة الإلكترونية الكندي لعام ١٩٩٩ إلى أن الوسيط الإلكتروني هو أداة وليس وكيلا في القانون^(١٦).

والحجة في ذلك تتلخص بكون الوسائل الإلكترونية الذكية كالوسائل الإلكترونية لا تعبر عن إرادة ذاتية خاصة بها، ولا يتعدى دورها عن نقل الإرادة من متعاقد إلى آخر يملك وسائل مشابهة. وبالرغم مما قد يتبادر إلى الذهن، من أن هذا التوجه قد يفيدنا خصوصا في ظل الموقف التشريعي عندنا في العراق وفي أغلب القوانين المدنية العربية النافذة، فالمادة ٨٨ من القانون المدني العراقي مثلا تنص على أن "يعتبر التعاقد بالتلفون أو بأية طريقة مماثلة، كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان"^(١٧)، كما لم يشترط المشرع المدني العراقي

١٥. قارن مع المواد ٨٨ من القانون المدني العراقي سابقة الذكر، و٤٦/ب من القانون المدني البحريني و١٠٢/أ من القانون المدني الاردني، وللمزيد في ذلك ينظر د. صبري حمد خاطر:، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، كلية الحقوق - جامعة البحرين، ط ١، ٢٠٠٩، ص ١٢ وكذلك د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ٢٠٠٠، ص ٢١٨ وما بعدها.

١٦. والسبب في عدم تبني المشرع الكندي لموقف المشرع الامريكي هو أن مصطلح الوكيل الإلكتروني لم يرد استخدامه في قانون الوكالة الكندي وبالتالي لا يمكن اعتباره وكيلا حسب أحكام هذا القانون. للمزيد في ذلك ينظر:

UECA. (1999). Uniform Electronic Commerce Act. Online: Uniform Law Conference of Canada, <http://www.law.ualberta.ca>

١٧. وجدير بالذكر أن المشرع المدني البحريني ذهب في المادة ٤٦ من القانون المدني إلى أن "يسري على التعاقد بطريق الهاتف أو

وسيلة أو طريقة معينة لتنفيذ العقود، فمثلا في عقد البيع لا يوجد ما يحول دون إمكانية تنفيذ العقد بتدخل وسيلة أو جهاز معين، حيث تنص المادة ١/٥٢٨ من القانون المدني على أن "تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل" فلا يشترط التسليم طبقا لهذا النص أن يتم فعليا أو أن يقوم به البائع بشكل مادي، بل يكفي أن يضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري، ويمكن أن يتصور حصول ذلك بوسائل الكترونية.

الإنا نرى بأن اعتبار الوسيط الإلكتروني أداة اتصال شبيهة بالفاكس أو جهاز الهاتف، قول منتقد؛ ولا يمكن الأخذ به على وفق أحكام القانون المدني^(١٨)، وحتى بموجب التصور المتقدم ذكره، فاعتبار الوسيط الإلكتروني أداة مشابهة للفاكس أو الهاتف أمر يتناقض مع آلية عمل الوسيط الإلكتروني والغاية من استخدامه، وأية ذلك:

أن هاتين الوسيلتين تقومان بدور سلبي محض، مقارنة بعمل الوسيط الإلكتروني الذكي، إذ يقتصر دورهما على نقل الإرادة من أحد المتعاقدين إلى الآخر، أي لا تستطيعان إنجاز التعاقد بصفة مستقلة عن إرادة وفعل مستخدمهما وتدخله شخصيا وبصورة مباشرة، في حين إن قدرة الوسيط الإلكتروني في إنجاز الصفقات تتجاوز حد الاستقلال، ليس فقط في إبرام العقد بل وأحيانا في تنفيذه أيضا، وهو أمر لا يمكن تصوره بالنسبة لكل من جهاز الهاتف أو الفاكس.^(١٩)

كما إن دور الوسيط الإلكتروني الذكي في التعاقد عن بعد لا يقتصر على نقل إرادة المتعاقد، بل يترتب على استخدامه انعدام التفاوض بين الأطراف أصلا، مما يعني أن دور إرادة مستخدم الوسيط الإلكتروني الذكي في العملية التعاقدية يكاد يكون منحصرا في التعليمات المسبقة والتوجيهات التي يعمل بموجبها الوسيط الإلكتروني الذكي والتي أدخلت إليه سلفا، ليتولى الأخير كل جوانب العملية التعاقدية الالكترونية، كما إن المتعاقد المستخدم للوسيط الإلكتروني الذكي يتحمل تبعه هذا التعامل إذا ما حصل غلط في الحساب أو عيوب أو أخطاء أخرى نتجت عن خطأ في برمجة وتشغيل البرنامج الخاص بالوسيط الإلكتروني الذكي والذي يتولى عمليات التعاقد، حيث يعد ما يصدر من الوسيط الإلكتروني من خطأ هنا وكأنه صادر من المتعاقد نفسه مباشرة^(٢٠)

بأي طريق مشابه حكم التعاقد في مجلس العقد إلى تمامه وزمان إبرامه، ويسري عليه حكم التعاقد بالمراسلة بالنسبة إلى مكان حصوله" وللمزيد في موقف المشرع البحريني ينظر د. صبري حمد خاطر: المرجع السابق، ص ٦٢ وما بعدها.

١٨. وهو موقف القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني البحريني، وأغلب القوانين المدنية العربية النافذة.

١٩. لمزيد في هاتين الوسيلتين وغيرها ينظر مؤلف القاضي د. الياس ناصيف: العقود الدولية - العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٢ وما بعدها.

20. Lionel(T): l'échange des consentements dans le commerce électronique, <http://www.juris.Com.Net>.

المقصد الثاني

اتجاه التصرف القانوني الصادر من جانب واحد

انطلاقاً من واقع أن الوسيط الإلكتروني الذكي يلعب دوراً أساسياً في تكوين العقود الإلكترونية، فقد ذهب بعض الفقهاء - ضمن محاولات اللجوء إلى القواعد العامة - إلى فكرة التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، ويوضح أنصار هذا الرأي توجههم هذا بالقول بأنه «حيث يبدأ العقد بعرض من قبل الآلة أو مشغل الوسيط الإلكتروني الذكي، وطبيعة العرض هوييعة للمنتج بالسعر المنصوص عليه، فإن هذا العرض يتقبله الإنسان ويساير ذلك سلوك منه بالاستجابة إلى هذا العرض بإيداع المقابل المطلوب وتنفيذ الصفقة، والفكرة هنا أن هذا العرض تم توجيهه من الإنسان، هو سلوك صريح يفرض على التعاقد، عندما يقبل المشتري العرض مثلاً ويقوم بإيداع المبلغ المحدد مسبقاً في الجهاز ويحصل على المنتج، هنا باعتبار أن الوسيط آلة أو أداة في التعاقد يستخدم من قبل الإنسان، فإن هذا الأخير يمارس الإشراف على كل المعاملات التي تجري عبر هذا الوسيط، فالمفروض أنه يكون على بينة دائماً من هذه المعاملات، وأنها تمت بموافقته، فإذا تم البيع على وفق الشروط المحددة للعقد وحسب الكميات المحددة، فإننا لا نحتاج إلى تفاعلات إضافية أو جديدة من قبل الإنسان لإتمام الصفقة، لأن هذه الأدوات ليس لها القدرة على تغيير شروط العقد أو تجهيز منتجات إضافية، لأنها ليس لها القدرة الذاتية على تغيير تلك الشروط أو مقدار المنتجات المطلوب تجهيزها».⁽²¹⁾

ويبدو أن هذا الرأي متأثر بالموقف التقليدي للقضاء في فرنسا المستقر على اعتبار وضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو الطوابع البريدية أو غير ذلك، من قبيل التعبير الصريح عن الإرادة⁽²²⁾.

ولكن في حقيقة الأمر إن هذا الرأي يتناقض مع نفسه فيما يذهب إليه من اعتبار ما يجري الوسيط الإلكتروني الذكي تصرفاً قانونياً من جانب واحد، وذلك في موضعين، أولهما تناقضه مع ما يتطلبه القانون لانعقاد العقد من وجوب توفر إرادتين قانونيتين أو أكثر لإنشاء العقد ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقوم إرادة واحدة بإنشاء العقد وتكوينه ما لم تقترن بإرادة أخرى، أما الموضوع الثاني فإننا حتى لو اعتبرنا أن هذا النوع من العقود ناشئ عن إرادة منفردة، فإن ذلك لن يتسق مع أحكام القواعد العامة في نشوء الالتزام، حيث إن الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً من مصادر الالتزام لا تستطيع أن تنشئ ما يحلونها من تصرفات، إلا ما أجاز القانون لها إنشاءه

21. Electronic Commerce Research: Kluwer Academic Publishers. Op cit.

22. Cass civ: 2 avril , 1949-5. N: 410 , P- 760.

من التزامات، وتتمثل هذه الالتزامات على أكثر تقدير بأربع صور، وهي الوعد بجائزة والإيجاب الملزم وتحرير العقار المرهون وإنشاء المؤسسات الخاصة، ولا يمكن أن تضاف لها صور أخرى من الالتزام،^(٢٣) ولا يوجد ما يمكن أن يشير إلى جواز اعتبار العقود التي يساهم الوسيط الإلكتروني الذكي تصرفات قانونية من جانب واحد.

ولكن المعلوم هو أن ما يميز المعاملات الإلكترونية التي تجري بواسطة وسيط إلكتروني ذكي، هو إن تلك المعاملات يتم إنشاؤها وتكوينها وأحياناً تنفيذها بواسطة الوسيط الإلكتروني الذكي وليس فقط عبره، وهذا كفيلاً بعدم الركون إلى هذا الرأي ويبرر عدم الأخذ به.

الفرع الثالث

استقلالية الوسائط الإلكترونية الذكية

ذهب بعض الفقه إلى التركيز على استقلالية الوسيط الذكي ونفي صفة الوكالة عنه^(٢٤)، وذلك عندما لجأوا إلى تعريف الوسيط الإلكتروني بعيداً عن هذه الصفة وذلك بإبراز خصائصه الذاتية بالقول بأنه ”برنامج من برامج الحاسب الإلكتروني يتميز بخصائص أربع في عمله هي الاستقلالية والقدرة على التعامل مع غيره من البرامج أو الأشخاص والقدرة على رد الفعل والمبادرة“.

وقد اتجهت أغلب التشريعات القانونية المقارنة والمختصة بتنظيم التجارة الإلكترونية إلى هذا الاتجاه^(٢٥)، كونه يحاكي الجمع بين الغاية من استخدام الوسيط الذكي وصفاته وآلية عمله دون التركيز على جانب أو خصيصة معينة من خصائص الوسيط الإلكتروني الذكي، وهو ما نلمسه في تعريف المشرع الأردني للوسيط الإلكتروني الذكي بأنه ”برنامج الحاسوب أو أي وسيلة أخرى تستعمل من أجل تنفيذ أو إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسليم رسالة معلومات من دون تدخل شخصي“^(٢٦)، ويذهب قانون إمارة دبي إلى أن الوسيط الإلكتروني هو ”برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل، كلياً أو جزئياً، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له“

٢٢. وهذا الموقف يتبناه المشرع المدني العراقي في المادة ١٨٤ من القانون المدني، وكذلك المشرع المدني البحريني في المادة ١٥١ من القانون المدني، وللمزيد من التفصيل في موقف كلا القانونين ينظر د. صبري حمد خاطر: المرجع السابق، ص ٢٥٨ وما بعدها.

24. Forner (L): Agent and Appropriation, Available at: www.media.mit.edu.

٢٥. وهذا التوجه يتبناه المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١، وكذلك القانون التونسي الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٠ تحت مسمى منظومة إحداث الإضاء وكذلك المشرع في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ تحت مسمى الوسيط الإلكتروني المؤتمت.

٢٦. المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني السابق الذكر.

(٢٧)، وذهبت لجنة الاونسترال في اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٧^(٢٨) الى تعريف الوسيط الالكتروني الذكي ضمن هذا الاتجاه تحت مسمى نظام رسائل آلي بأنه ”برنامج حاسوبي أو وسيلة الكترونية أو وسيلة آلية أخرى تستخدم لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كلياً أو جزئياً لرسائل البيانات أو لعمليات تنفيذها، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما“^(٢٩)، وقد حاولت الاتفاقية في هذا التعريف الذهاب بالوسيط الالكتروني الذكي الى مديات أرحب بغية إبراز المقصود منه بصورة حاسمة وبصفة واضحة وجليّة، والخروج بمفهومه من حالة الارتباك وعدم الإلمام الى استيعاب آلية عمله وتوضيح الغاية التي استخدم من أجلها.

ولكننا نرى أنّ هذا الاتجاه في التركيز على الخصائص الذاتية للوسيط الالكتروني منتقد أيضاً، إذ إنه مشوب بالنقص، فقد جاءت التعريفات قاصرة على تلك الخصائص وأغفل حقيقة الوسيط الالكتروني الذكي وصيغة ارتباطه بالشخص الذي استخدمه أو قام بتشغيله، وما هو مأل التصرفات التي يجريها ذلك الوسيط الالكتروني، نتيجة استقلاليته بالعمل وقدرته على الاستجابة بصفة ذاتية؛ وهنا سننظر الى هذا الاتجاه من زاويتين :

فمن زاوية لا بد من القول، إنه حتى هذه التعريفات المتقدمة، لم تتجأو ز بشكل تام كل الانتقادات التي يمكن أن تطرح في هذا الصدد، فتارة يتم التركيز على خصيصة أو أكثر وإهمال الخصائص الأخرى، وتارة أخرى نجد الغموض وعدم التركيز يلف البعض الآخر، فمثلاً عندما يذكر في التعريف أن الوسيط الالكتروني هو ”برنامج حاسوبي أو أية وسيلة أخرى“، فإن في ذلك غموض وإبهام، إذ يكون مدعاة للخلط بين البرنامج الحاسوبي وبين تلك الوسائل الأخرى، والتي لم يتم تحديدها هي الأخرى، فالبرنامج الالكتروني ”هو مجموعة من الإرشادات والتعليمات التي تستخدم بطريقة مباشرة وغير مباشرة في نظم معالجة المعلومات داخل جهاز الحاسب الالكتروني لإحداث نتيجة معينة“^(٣٠)، وهوليس تماثلاً تماماً مع مصطلح وسيلة الكترونية والتي ”هي كل تقنية كهربية أو مغناطيسية أو بصرية أو كترومغناطيسية“^(٣١)، ومعلوم الفرق بين الإرشادات والتوجيهات وبين التقنيات المستخدمة لإيصال تلك الإرشادات أو معالجتها.

فضلاً عن أن التعريف الذي أوردته اتفاقية الاونسترال لعام ٢٠٠٧، ترك الباب مفتوحاً أمام القياس عندما ذكرت عبارة ”... أو أية وسيلة آلية أخرى...“ والمفروض أن يتم التركيز على

٢٧. المادة (٢) من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية سابق الذكر.

28. Sales No.A.07.V.2. ISBN. 978-92-1-633033- 0.

٢٩. المادة (٤ / ز) من الاتفاقية.

٣٠. المادة ٢ من قانون دبي سابق الذكر.

٣١. المادة ٢ من قانون دبي سابق الذكر.

الوسائل الالكترونية وليس غيرها من الوسائل التي يمكن أن تكون ميكانيكية أو أية وسائل أخرى. ومن زاوية أخرى، إذا ما أردنا تحليل تلك التعريفات التي أوردتها هؤلاء المشرعون، وبيان مدى قبولها من عدمه، فإننا نرى أنّ هذه التعريفات تحاول بشكل أو بآخر تحديد المقصود بالوسيط الالكتروني وآلية عمله والوظيفة المطلوب منه أداؤها، والمتضمن في هذه التعريفات، يلمس محاولة المشرع (الدولي أو الوطني) بذلك إيصال رسالة مفادها، ان هذه الوسيلة المستحدثة في إنجاز التعاقد لا تقر إلا بهذه الآلية ولا تؤدي إلا هذه الوظيفة ولا تتجاوز هذه الحدود المرسومة لها سواء تلك الحدود القانونية أو الحدود التي يرغب مشغلها في أن لا تتجاوزها، وإلا استفذت هذه الوسيلة مكنتها في إنجاز التعاقد، ولا يعد التعاقد الذي يخرج عن هذه الأطر ذا مفعول قانوني إذ لا يمكن الاعتراف به قانونا وبالتالي لا يمكن الالتزام به، ولعل ما يبرر هذا النظر هو اتساع استخدام الوسائط الالكترونية الذكية في تكوين العقود، حيث تكون غاية المشرع حسم كل خلاف أو جدل يثار بصدد بيان مفهومه بين موسع ومضيق أو صراحة التصرفات التي تساهم تلك الوسائط في تكوينها.

الفرع الرابع

اللجوء الى فكرة الشخصية القانونية

وضمن هذا الاتجاه برز رأيان، أولهما يذهب الى فكرة الامتداد القانوني لشخصية مستخدم الوسيط الالكتروني، والثاني يرى الاعتراف للوسيط الالكتروني الذكي بالشخصية المعنوية، وستتولى عرض هذين الرأيين في مقصدين كالآتي:

المقصد الأول

الامتداد القانوني لشخصية مستخدم الوسيط الالكتروني الذكي

ويستند أنصار الرأي القائل بالامتداد القانوني لشخصية مستخدم الوسيط الالكتروني الذكي طبقاً لفكرة الظاهر بالقول أنه لما كان الظاهر يعني إتمام التصرف القانوني في ظروف من شأنها أن يعتد فيها أحد أطرافه - على عكس الحقيقة - اعتقاداً مبرراً بقانونية مركز المتصرف، فإنه يترتب على ذلك نفاذ التصرف القانوني كما لو كان صادراً من صاحب مركز قانوني صحيح، وما دام أن الوسيط الالكتروني ليس متمتعاً بإرادة قانونية، وليس بالإمكان أن تستحدث له إرادة قانونية، فإن الأعمال التي تتولاها الوسائط الالكترونية الذكية لا يمكن أن تكون إلا منسوبة الى الشخص الذي استخدمها^(٢٢)، هذا من جانب؛ ومن جانب آخر فقد تستخدم هذه التقنية خارج إطار التعامل، وهنا يجب أن توضع طريقة لحماية الوضع الظاهر والمتمثلة بضرورة توفر عنصرين:

٢٢. للمزيد في ذلك ينظر دليل الاشتراع الصادر من لجنة قانون الاونسترال النموذجي لعام ١٩٩٦، وهونفس موقف قانون

التجارة الالكترونية الامريكي الموحد UECA سابق الذكر في المادة ١١٤ منه.

أولهما موضوعي يتمثل بوجود علاقات تجارية مستمرة أو تعامل دائم يمكن القول خلاله بوجود مركز قانوني فعلي يمثل هذا العنصر.

وثانيهما يتمثل بعنصر شخصي يقتضي أن يعتقد الغير الذي يتعامل مع تلك الوسائط على نحو مشروع بسلامة التعامل الإلكتروني، أي مطابقة ما يصدر من الوسيط الإلكتروني الذكي مع إرادة مستخدمه.

ونجد قانون المعاملات الإلكترونية الأمريكي الموحد يقف موقفا مرتبكا في هذا الصدد عندما يستخدم فكرة الامتداد القانوني لشخصية مستخدم الوسيط فضلا عن تبنيه لفكرة الوكالة التي احتاجها لتبرير مسؤولية مستخدم الوسيط الإلكتروني وتحمله تبعة الأخطاء التي يتسبب بها هذا الوسيط في التعامل، عندما ذهب الى أن ”الوكيل الإلكتروني هو في الواقع مجرد امتداد للشخص حتى لا تشكل تصرفاته تصرفات فردية“^(٣٣)، ولذلك اعتمد المشرع الفدرالي الأمريكي الرأي القائل بمسؤولية مستخدم ”الوكيل الإلكتروني“ على النتائج التي تم الحصول عليها من استخدام هذه الوسائط باعتبارها أداة لا توجهها إرادة مستقلة خاصة بها^(٣٤)، وبذلك يكون مستخدم الوسيط الإلكتروني الذكي مسؤولا عن الإجراءات المتخذة من قبل ”الوكلاء الإلكترونيين“ في غياب التدخل البشري المباشر.

وهنا نقول، بأن محاولة الاستناد الى فكرة الامتداد القانوني لشخصية المتعاقد لتبرير صحة التعاقد باستخدام الوسيط الإلكتروني الذكي لا تسعف في تصحيح هذا التوجه، لأنه لكي يطبق حكم الوضع الظاهر هنا لا بد من افتراض إن من يتعامل مع الوسيط الإلكتروني يعتقد اعتقادا مبررا بقانونية مركز الطرف الذي يتعاقد معه، لكن هذا افتراض محض صعب التحقق، لأن العميل يستطيع أن يميز بسهولة الطرف الذي يتعاقد معه، هل هو شخص طبيعي أو وسيط إلكتروني، وما دام قد رضي بالتعامل مع هذا الأخير مع علمه بكيونته فإن اعتقاده سينصرف الى كون التصرف الذي يجريه مع الوسيط لن يكون صحيحا بذاته لكونه صادرا من الوسيط الإلكتروني الذكي، بل لأنه يعتقد بأن آثار هذا التصرف ستصرف الى مشغل الوسيط الإلكتروني مباشرة، وليس للوسيط الإلكتروني دور سوى إتمام العملية التعاقدية طبقا للشروط والمواصفات المحددة مسبقا، وبذلك تنتفي شروط تطبيق أحكام الوضع الظاهر أيضا.

33. Electronic Commerce Research: Kluwer Academic Publishers. Op cit .

٣٤. المادة ١١٤ من قانون التجارة الإلكترونية الأمريكي الموحد. UETA. سابق الذكر.

المقصد الثاني

الاعتراف بالشخصية المعنوية للوسيط الالكتروني الذكي

طرح بعض الفقه فكرة الشخصية الاعتبارية، وذلك بافتراض أن للوسائط الالكترونية الذكية شخصية معنوية، وذلك يمكن أن يتم عن طريق توسيع مفهوم الشخصية الاعتبارية ليشمل تلك البرامج فضلا عن الشركات والجمعيات والمؤسسات، وينطلق أصحاب هذا الرأي من أن "العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر ينطوي على مفهوم الموافقة"^(٣٥)، ولأن الأشخاص وحدهم يملكون القدرة على إعطاء هذه الموافقة، فلا بد أن تكون هذه الموافقة صادرة عن شخص قانوني فضلا عن أن الموافقة التعاقدية تعني توافق إرادة مع ما أبدته إرادة أخرى مع وجود نية الالتزام بينود الاتفاق^(٣٦)، ونية الالتزام هذه تكون إما صريحة أو ضمنية تنشأ من خلال لغة أو سلوك الأطراف وقت التعاقد، تؤدي الى إنشاء علاقة قانونية تتضمن التزامات قابلة للتنفيذ، ولما كان للوسيط الالكتروني الذكي القدرة على عرض "إيجاب" وقبول التعاقد، ليكون مفاده إنشاء علاقة قانونية ملزمة، فإن ذلك لا يحصل ما لم يتم التوسع في مفهوم الشخصية المعنوية، وذلك لخلق قدرة تعاقدية للوسيط الذكي عن طريق الاعتراف بقدرته على إنشاء حقوق والتزامات محددة يعترف بها القانون عن طريق الاعتراف له بالشخصية المعنوية.^(٣٧)

وبحسب وجهة النظر هذه، فإن تمتع الوسيط الالكتروني الذكي بالشخصية القانونية يحقق العديد من المزايا ويوفر حلاً قانونياً لكثير من المشاكل، فإذا ما عدّ الوسيط الالكتروني الذكي شخصاً قانونياً فإنه سيكون بالإمكان إلزام مستخدمه بالعقد الذي يكونه باسمه ولحسابه، بناء على القاعدة القانونية في الوكالة التي تذهب الى أن تأخذ تصرفات الوكيل حكم تصرفات الأصيل من حيث انصراف آثارها من حقوق والتزامات الى ذمة الموكل؛ ومن جانب آخر فإن ذلك يعد مبرراً لحماية مستخدم الوسيط الالكتروني من تبعات الخطأ في حالة إذا ما وقع من الوسيط الالكتروني خطأ بسبب خلل في برمجته أو نحو ذلك، إذ لن يتحمل مستخدم الوسيط الالكتروني الذكي المسؤولية عن هذا الخطأ، لتمتع هذا الوسيط بشخصية قانونية وإمكانية إسناد المسؤولية اليه تبعاً لذلك، والسبب في ذلك هو أن أي كيان يتمتع بوعي ذاتي وإرادة مستقلة يكون مؤهلاً للتمتع بالشخصية القانونية، والوسيط الالكتروني الذكي - حسب ما يذهب اليه أنصار هذا الرأي - كيان له وعي وإدراك وهما مقومات الإرادة، وله استقلال أيضاً لأنه لا يحتاج في أداء مهمته الى تدخل مباشر من مستخدمه، ويجوز أن يمنح القانون الشخصية القانونية كاملة أو منقوصة

35. Fridman, ibid , p- 138.

36. Allen T., and R.Widdison. (1996). "Can Computers Make Contracts?" Harvard Journal of Law & Technology 9, p-25-52.

37. Karnow, (1996). Op cit.

تقتصر على بعض عناصرها بالقدر الذي يساهم في نجاح الوسيط الالكتروني في أداء مهمته، وليس شرطاً أن تتحقق كل نتائج اكتساب الشخصية القانونية لهذا الوسيط الالكتروني، وهوامر ليس بغريب في عالم القانون - كما يذهب أنصار هذا الاتجاه - فالسفينة مثلاً منحها المشرعون ميزة التمتع بشخصية قانونية لكنها قاصرة على بعض آثار هذه الشخصية وليس جميعها بالقدر الضروري الذي يحدده المشرع، بالرغم من أنها لا تملك وعياً ولا إدراكاً من أي نوع، وعليه يكون منح الوسيط الالكتروني الذكي الشخصية القانونية من باب أولى طالما أن له وعياً وإدراكاً وإرادة مستقلة خاصة به.^(٢٨)

إلا أن ذلك القول ما هو إلا محض افتراض عسير قبوله، فالوسيط الالكتروني الذكي ليس شخصاً قانونياً، ولا يملك سلطة العرض أو إبداء الموافقة على العروض، ولا يمكن أن يقال بأي شكل من الأشكال إن لدى الوسيط الالكتروني نية إنشاء علاقة قانونية فضلاً عن نية الالتزام بها، كما إنه ليس من الثابت علمياً أن يتمتع الوسيط الالكتروني الذكي بوعي وإدراك خاص به، بحيث تكون له إرادة مستقلة عن إرادة مستخدمه، والقول بأنه يتمتع باستقلالية في عمله بالشكل الذي لا يتطلب دخلاً مباشراً من قبل مستخدمه، لا يعني أنه أصاب وعياً أو إدراكاً خاصاً به أو إرادة مستقلة، إذ تبقى مهمته مرتبطة بإرادة مستخدمه، ومن خلال البيانات التي يزود بها، ويبقى "وعيه" المفترض محدوداً بتلك البيانات في البيئة التي يعمل في محيطها، وقد أكدت لجنة الأونسترال في الجمعية العامة للأمم المتحدة ذلك بقولها^(٢٩) بأن "الحكم الذي تقره هذه المادة حكم ميسر وينبغي أن لا يساء تفسيره على أنه يجعل من نظام الرسائل الآلية - الوسيط الالكتروني الذكي - صاحب حقوق والتزامات، فينبغي اعتبار الاتصالات التي تصدرها الوسائط الإلكترونية الذكية دون تدخل بشري مباشر، ناشئة عن الشخص القانوني الذي شغل هذا النظام"، بالإضافة إلى أن الشخصية الاعتبارية لا تمنح في أغلب النظم القانونية إلا بنص قانوني، ولم يتهياً للوسيط الالكتروني الذكي هذا الاعتراف التشريعي الصريح حتى في النظم القانونية التي تعترف باستخدام نظم الوسيط الالكتروني في التعامل^(٣٠)،

38. Allen, T. and R. Widdison. (1996). Op cit.

٣٩. وذلك بصدد التعليق على حكم المادة ١٢ من اتفاقية الخطابات الالكترونية لعام ٢٠٠٧، ينظر للمزيد في ذلك دليل الاشتراع

الملحق باتفاقية الأونسترال لعام ٢٠٠٧ ف ٢١٤ ص ٧٠.

٤٠. وهذا ما يوضحه المعارضون لهذا التوجه بالقول :

When the operations that provide the functional equivalent to a signature are machine generated by an intelligent agent, it becomes necessary to invoke a special rule which attributes those operations to some human or corporate entity. Consequently, the majority of electronic commerce legislation currently proposed in various jurisdictions contain some sort of attribution rule. In essence, the effect of an attribution rule is to treat the operations of the automated agent as a mere extension of the actions of the human being who initiated its use. As stated in the "Guide to Enactment" accompanying the UNCITRAL Model Law, "Data messages that are generated automatically by computers without human intervention should be regarded as 'originating' from the legal entity on behalf of which the computer is operated"...

لذلك لا نستطيع أن نسحب عليه الاعتراف القانوني المنسوب للأشخاص الاعتباريين في غياب هذا الاعتراف القانوني.^(٤١)

الفرع الخامس

اتجاه تطويع فكرة الإرادة

إن التساؤل المهم الذي يحاول أنصار هذا التوجه الإجابة عنه هنا هو، من منح الوسائط الالكترونية الذكية القدرة على التعاقد، ومن هو المسؤول عن صحة تلك التعاقدات؟ وهل يعترف القانون بعقد لم تتدخل إرادة قانونية منسوبة الى شخصية قانونية في تكوينه؟ ولغرض الإجابة على هذه التساؤلات، يمكن أن نورد في هذا الصدد عدة أفكار يمكن إجمالها بالآتي:

١- يعترف القانون بالتصرفات القانونية الصادرة من الأشخاص القانونية التي تتمتع بإرادة قانونية صحيحة وسليمة، قادرة على إنشاء وتكوين التصرفات القانونية والالتزام بها، وسواء كان هؤلاء الأشخاص طبيعيين أو معنويين، فالأشخاص القانونية هي الوحيدة القادرة "تقليدياً" على الدخول في التعاقد والالتزام به.^(٤٢)

٢- تقليدياً أحاط المشرع التصرفات القانونية بهالة من الأحكام القانونية التي تضمن صحة وسلامة التصرف القانوني، فتجد المشرع يدقق ابتداء بالاعتراف بالشخصية القانونية للمتعاقدين^(٤٣) ثم يدقق في منح الأهلية القانونية للمتعاقد^(٤٤)، ومن ثم يقرر صحة التصرف من خلال ثبوت صلاحية هذا المتعاقد لإبرام هذا العقد^(٤٥)، ويحدد المجال الذي يمكن للإرادة أن تلعب فيه بإطار المعاملة التعاقدية^(٤٦)، وكلها أحكام وقواعد أمره لا تجوز مخالفتها، وهي ترتبط في أغلب الأنظمة القانونية بالنظام العام^(٤٧)، والقول بخلاف ذلك يجعل تلك الهالة وتلك الأحكام والقواعد الملزمة في مهب الريح، إذ سيتسأوى من له إرادة مع من ليست له إرادة أو من لا يمكن أن تنسب له إرادة قانونية أصلاً، لأن النتيجة ستكون واحدة في كل الحالات إذ ستكون التصرفات

وللمزيد في ذلك ينظر :

Electronic Commerce Research: Kluwer Academic Publishers. Op cit

41. Karnow, (1996).ibid.

٤٢. قارن مع د.وليم سليمان فلادة: التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة -

المطبعة التجارية الحديثة ١٩٥٥، ص ٣٧٥ وما بعدها.

٤٣. المادة ٢٤ و٤٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٤٤. ينظر المواد ٤٦/١، و٤٨/٤ من القانون المدني العراقي.

٤٥. المواد ٩٢ وما بعدها من القانون المدني العراقي.

٤٦. مثال ذلك المادة ٩٨ من القانون المدني العراقي.

٤٧. ينظر المادة ٩٦ من القانون المدني العراقي والمادة ١١٠ من القانون المدني المصري، وللمزيد في ذلك ينظر د. عبد الرزاق

أحمد السنهوري: الوسيط، المرجع السابق، ص ٢٨٩ وما بعدها، ود. صبري حمد خاطر: المرجع السابق، ص ٦٤ وما بعدها.

التي يقومون بها صحيحة دائماً، وذلك يقضي على فلسفة إقرار تلك الأحكام والقواعد الأمرة وينفي الغاية منها، إذ سيؤدي بنا الحال الى القول بأننا في الوقت الذي نحرم فيه الشخص من إبرام التصرفات القانونية ولا نعترف بها لمجرد أن أهليته ناقصة أو كانت إرادته غير سليمة، فإننا نسلم بصحة تصرف صدر من تكوين افتراضي ليس له وجود ملموس وليست له شخصية قانونية ولا إرادة، فما يكون من مغزى لتلك الأحكام، أهو حماية الأطراف المتعاقدة؟ هنا يوقعنا الجواب في ارتباك وتناقض في الموقف، لأن علة المنع التي تتوفر في الوسيط الإلكتروني الذكي أكبر مما هي عليه في الشخص القانوني ناقص الأهلية.

لذلك يرى بعض الفقه ضرورة إعادة النظر في مفهوم الإرادة كأساس لصحة التصرفات القانونية التي يشترك الوسيط الإلكتروني الذكي في تكوينها، كونها لم تعد تتلاءم مع التطورات الجديدة والتطبيقات المستحدثة أو إيجاد البديل الذي يتلاءم مع ما هو تقليدي وما هو مستحدث، وذلك لأن واقع المعاملات الإلكترونية المبرمة عن طريق الوسائل الإلكترونية الذكية يبين وجود جوانب عديدة فيها تجعل من الصعب تصور وفهم المعاملات الإلكترونية بوصفها معاملات تعاقدية "إرادية"، فالعقد هو "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه" ^(٤٨)، فهو اتفاق شخصين أو أكثر ينطوي على فكرة الموافقة، وهذه الأخيرة تثبت فقط لمن لديه القدرة على إعطاء تلك الموافقة ^(٤٩)، وتقليدياً استقر القضاء الفرنسي على أن "إعطاء الموافقة وإدراك نتائجها ومضمونها، لا يتحقق إلا إذا صدرت من إنسان متمتع بكامل قواه الذهنية أو على الأقل مدرك لأبعاد العمل الذي يقدم عليه من حيث مضمونه ونتائجه" ^(٥٠) وهذه الموافقة تستلزم استيعاب بنود وشروط الاتفاق، وهذا يسبقه توفر نية الأطراف المتعاقدة لإبرام العقد والالتزام بينود الاتفاق ^(٥١)، وهذا ما يتحقق بصورة واضحة وجليّة بالتعاملات والعقود التي يكون الأشخاص القانونيون أطرافاً فيها، ومن العسير قبول القول بثبوت هذه القدرة وتوفير تلك النية لدى الوسائل الإلكترونية الذكية.

هنا وقف كثير من مناصري التجارة الإلكترونية ومؤيدي تطورها والمتحمسين للاستفادة منها ودعوا الى ضرورة إيجاد طريقة يمكن أن تنشئ لدى الأفراد أو التجار ثقة بالمعاملات الإلكترونية المؤتمتة، وذلك عن طريق إضفاء المفهوم التعاقدية اليها، لأن المعاملات التي لا يعترف القانون بها لا تستحق عناية إجرائها أو القيام بها أو تخزينها ^(٥٢).

٤٨. قارن مع المادة ٧٢ من القانون المدني العراقي.

49. Fridman, G.H.L. The Law of Contract in Canada. 3rd Ed. Scarborough: Carswell. (1994), p – 25 etc.

50. Dijon 28 avr.1931.DH.1931.5.1932.2-178.Voir aussi Req.13nov 1940, s-1941.193.

51. Fridman, ibid

52. Electronic Commerce Research: Kluwer Academic Publishers. Op cit.

والتعاقد عن بعد (Remote contract) كما عرفه التوجيه الأوربي^(٥٢)، "هو أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك، من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد الذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية (Remote Communications) حتى إتمام العقد"^(٥٣).

وقد عرف التوجيه المذكور الاتصالات الالكترونية بأنها "وسيلة تستخدم في التعاقد ما بين مورد ومستهلك بدون التواجد المادي والمتزامن لهما، وذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف" وعليه فإن التعاقد الالكتروني يعد جائزا ومشروعا قانونا طبقا للقواعد العامة في العقد، التي تقرر انعقاد العقد صحيحا منتجا لآثاره؛ إن توفرت فيه أركانه الأساسية من رضا ومحل وسبب، والشكلية بالنسبة للعقود التي تتطلبها، إلا أن ذلك لا يعني خضوعه لبعض الأحكام الخاصة بها كونه ينعقد الكترونيا^(٥٤)، وخصوصية التعاقد الالكتروني تكاد تنحصر في التراضي وأما المحل والسبب فتعتمد فيهما الخصوصيات الى حد كبير^(٥٥)، وبذلك فإن التراضي يخضع لأحكام خاصة، تتماشى مع هذه الصفة كون العقد يبرم عن بعد^(٥٦)، ولما كان الوسيط الالكتروني أسلوب مهم من أساليب التعاقد الالكتروني، فهل يمكن أن يشمل الوسائط الالكترونية الذكية بهذه المشروعية ويكون التعاقد بواسطتها مشروعا وجائزا قانونا؟

وهنا قيل بأنه لما كان الأصل في العقود أنها تتعقد بإرادة أطرافها^(٥٨)، فإنه يجب على هؤلاء الأطراف أن يكونوا متمتعين بالأهلية اللازمة لإبرام هذه العقود، وهذا أمر يسهل التحقق منه في التعاقد التقليدي، فالسن هومناط الأهلية المعتمد في كثير من التشريعات المدنية^(٥٩)، إذ عادة ما يكون أطراف التعاقد أو ممثلوهم مزودين بما يثبت صلاحيتهم لإبرام التصرفات القانونية ومنها

٥٢. وذلك بموجب التوجيه الأوربي الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧، ونص المادة هو:

-Any contract concerning goods or services made between supplier and a consumer within the frame work of a system of remote – selling or service providing organized by the supplier which , for the contract ,uses exclusively one or more remote communication technique until the closing of the actual contract.

54. Any means which without the physical and simultaneous presence of the supplier and consumer may be used for closing a contract between parties.

٥٥. حيث يتنوع ويختلف مدى استخدام الوسائل الالكترونية في التعاقد، حيث يمكن أن يكون العقد الكترونيا إبراما وتفيذا، كما في العقود الخاصة بالحصول على المعلومات أو البرامج أو الاستشارات، وقد يكون العقد الكترونيا من حيث الانعقاد دون التنفيذ لأن تنفيذه يجري خارج إطار الشبكة الدولية كالتعاقد على بيع المنتجات المادية.

56. Lamy: Droit l'informatique , n. 5238, p- 1488.

٥٧. ويذهب القضاء في فرنسا الى عدم جواز إبرام العقد في الحالات التي تتطلب الاتصال المادي بين المتعاقدين لتنفيذ الالتزامات العقدية، وهو ما يتعدى تحقيقه في التعاقد الالكتروني، حيث قضت محكمة استئناف باريس في ١٩٩٨/١١/٢٤ بعدم جواز بيع العدسات اللاصقة الذي تم بين الطرفين عن طريق الانترنت، وذلك استنادا الى أن بيع هذه المنتجات يستلزم الوجود الفعلي لأخصائي تصميم النظارات والعدسات الطبية، لكون العقد قد تم عن بعد بين غائبين مكانيا رغم افتراض حضورهما زمنيا: Paris: 24 oct 1998 , n- 63197 L 98(B.F) – Gaz Pal , de 23-24 juin 1999.

٥٨. د. صبري حمد خاطر: المرجع السابق، ص ٢٨.

٥٩. وقد نصت المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي على أن "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة".

العقود، ولكنّ التساؤل الذي يطرح هنا هو، كيف يمكن للقانون بقواعده التقليدية أن يستجيب لهذا النوع من الابتكارات، خصوصا وان التأثير الذي مارسه تلك الابتكارات الآن وما ينتظر منها ان تلعبه مستقبلا من دور له وقع لا يمكن التنبؤ به في تطوّر وتوسّع التجارة الالكترونية وتنوع صورها؟ وبالنظر الى الفوائد التي تحققها أتمتة العمليات التجارية، فإنه يجب أن نبين وبشكل لا يقبل الجدل، للأفراد والتجار والشركات، ما يمكن أن تحتله تلك التطبيقات والابتكارات الجديدة من ثقة، وإنها وإن تكونت من قبل أجهزة وبرمجيات الحاسوب وتقنياته تعد صحيحة وملزمة وقابلة للتنفيذ من الناحية القانونية، لأنّ هذا أصبح ضرورة وحاجة وليس ترفا أو خيالاً يجب الاعتراف به وإزالة الصعوبات القانونية التي تعترضه.

فعملية إشراك الكمبيوتر والبرمجيات الحاسوبية في عملية تشكيل العقد وتكوينه، في إطار بيئة الانترنت يولد تناقضا بين القانون التقليدي للعقود والمعاملات التقليدية التي تحكمها القواعد العامة^(٦٠)، وما أفرزته تلك التطبيقات من تطورات تخرج بالعقود عن النظرية التقليدية في العقود الى مجال أرحب وأوسع، قد يهدد تلك القواعد التقليدية التي بنيت عليها تلك العقود، وهذا يجعل فقهاء القانون يقفون موقفا ذا بعدين:

أولهما تحديد المشاكل القانونية الناتجة عن استخدام تكنولوجيا الوسائط الالكترونية الذكية وتقديم الحلول القانونية لها.

أما ثانيهما فيتمثل بتقديم التسهيلات لمنتجي ومطوري تلك الوسائط الالكترونية الذكية من خلال تحقيق النجاح الفني والقانوني لتكوين العقد باستخدام تلك الوسائط.

وتركيز النظر على ما هو مقرر في القواعد العامة التقليدية وتطبيقها على ما هو معاصر من تطبيقات التعاقد باستخدام الوسائط الالكترونية الذكية، يبين عدم تحقق أغلب هذه التفاعلات "البشرية" وأنها سوف تستمر فقط من قبل البشر دون غيرهم، فإذا ما تم مثلا تشغيل وسيط الكتروني "ذكي" لإنجاز المعاملة التجارية الالكترونية سنجد ذلك يتحقق على وفق المراحل الآتية:

١- شراء برنامج الوسيط الالكتروني.

٢- برمجته بجهاز الحاسوب التابع للمستهلك أو للتاجر.

٣- ربطه بشبكة المعلومات والاتصالات الدولية Internet.

٤- تشغيله على الشبكة الدولية.

وبمجرد اكتمال الصفقة يمكن أن يتعامل الوسيط الذكي مرة أخرى بصفقة مستقلة ويتعامل مع عملاء آخرين دون أن يؤثر ذلك على الصفقة التي تمت أو كيفية تنفيذها، بل يمكن أن تنفذ تلك الصفقة ذاتياً دون الحاجة للتدخل البشري.^(٦١)

لذلك يذهب بعض الفقه الحديث^(٦٢)، الى فكرة الإرادة نفسها ويدعوا الى هجرة المفهوم التقليدي لها الى مفهوم جديد يغير معناها من كونها الصلاحية أو السلطة الممنوحة للشخص بالتصرف الى اعتبارها المكنة أو القدرة على التعاقد، وهذه القدرة على التعاقد يمكن أن تتوفر لدى الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي، كما يمكن أن تتوفر في الوسيط الالكتروني الذكي على حد سواء، وهذه الامكانية تقسر على إنها القدرة على العرض والقدرة على الاستجابة لهذا العرض، فالعقد يمكن أن ينشأ بين طرفين دون أن نستلزم وجود نية صريحة أو ضمنية، وإنما يمكن ان يتم بالاستناد الى لغة وسلوك الأطراف المعنية، فضلا عن وجود الالتزامات التعاقدية الناشئة وإمكانية تنفيذها، وبهذا العرض وتلك الاستجابة يمكن أن تنشأ العلاقات القانونية.

ومن هذا المنطلق، يمكن ان نتصور جواز إبرام العقد عن طريق الوسيط الالكتروني الذكي، اذ لا نبحت ولا نشغل انفسنا بالبحث عن اهلية المتعاقدين وشروطها والسلطة وغير ذلك، وانما نركز على مسألة هل ان الوسيط الالكتروني الذكي يستطيع الاستجابة على العروض المقدمة أو ان يقدم عروضاً تعاقدية بصفة تلقائية أو لا؟

وبهذا المعنى فإنه سيتم انشاء اتفاقات وعقود بواسطة الوسائط الالكترونية الذكية عن طريق برمجته بالحاسوب وربطه بالشبكة الدولية للاتصالات والمعلومات، وليس فقط من خلاله، ولكن بهذا سوف نفقد كثيراً من الصفات والشروط التقليدية في التعاقد، وتبدأ عندنا صعوبات في استيعاب المفاهيم الجديدة غير المحدودة من الناحية القانونية وغير المؤاتية في توصيف تلك المعاملات والعروض خاصة في الحالات التي ينشأ فيها الخداع والغش والخطأ أحياناً، حيث يصبح من الضروري تحديد تلك الإشكاليات، فمن الواضح أن الوسائط الالكترونية الذكية لا تعتبر أشخاصاً اعتبارية، ولا يمكن تقليدياً الاعتراف لها بالشخصية القانونية في ظل غياب تشريع يقرر صحتها وكيفية التحقق منها^(٦٣)، وهنا نساءل هل تفيدنا فكرة القدرة التعاقدية للوسيط الالكتروني الذكي في سبيل صحة العقد الذي ساهم في تكوينه؟!

بشكل عام تتطلب القواعد العامة في القانون المدني من الأشخاص الداخليين في العمليات التعاقدية، قبل إعطاء مفعول قانوني وقوة ملزمة لاتفاقاتهم، أن يكونوا على مستوى معين من

61. Chavez, (1997), op cit.

62. Fridman, ibid , p- 26.

63. Karnow, (1996).op cit.

القدرة الفكرية - كما سبق بيانه -، ولكن لونها إلى الأمر بطريقة مختلفة نجد هذا الفكر الراسخ في القانون، يمكن أن يكون محل جدل في أوساط شاع التعامل معها على نمط معين، فالقانون مثلا ينظر إلى التصرفات القانونية والاتفاقات الصادرة من القصر ممن هم دون السن القانونية لكامل الأهلية بنظرة غير متساوية من أولئك الذين يبرمون تصرفاتهم في فئات عمرية تتجاوز تلك السن، على اعتبار أن هناك ما يحد من القدرة التعاقدية لهؤلاء، ليس فقط أن يكون الشخص في تلك الفئة العمرية سليم العقل، وهذه المقارنة تضعنا أمام نوعين من المتعاقدين، الأول متعاقد شخص قانوني طبيعي لديه عقل لكن ليس لديه القدرة على التعاقد مثل القاصر، وكيان لديه القدرة على التعاقد لكن ليس شخصا قانونيا مثل الوسيط الإلكتروني الذكي^(٦٤)، ثم إذا تمعنا في الغاية الأساسية التي تدفع المشرع إلى عدم إعطاء المفعولية أو قوة الإلزام القانونية لتصرفات القاصر، لوجدناها حماية هذا القاصر باعتباره الطرف الضعيف عند الدخول في اتفاقيات تعاقدية قد تكون ضد مصلحته^(٦٥)، وهو ما يضعنا - في مجال إبرام العقود - أمام تساؤل مهم مفاده، هل يكون التركيز على سلامة العقل أو على القدرة على التعاقد؟

وحيث إن انصار هذا الرأي يرجحون اللجوء إلى فكرة القدرة على التعاقد ويقدمونه على سلامة العقل، وعندما يصبح هذا المبدأ هو المعيار في صحة التعاقد من عدمه، فهذا يعني إمكانية كل من لديه القدرة على التعاقد لأن يبرم الاتفاقيات ويلتزم بها ويرتب عليها أثرا.

وهذا الكلام عندما نضعه في كفة ونضع خصائص الوسيط الإلكتروني الذكي في الكفة الأخرى، نجد أن الأخير يمكن أن يباشر العقود ويدخل في الاتفاقات ويرتب على تلك الاتفاقات كافة الآثار القانونية، والسبب هو أن الوسيط الإلكتروني الذكي يتمتع بواسطة البرامج المعقدة والمتنوعة المستخدمة في تشغيله أحسن وأفضل من أي شخص عادي للقيام بالمهمة التي استخدم من أجلها، بسبب البرمجة العصبية الصافية لتلك البرامج، التي تجعلها متمتعة أيضا بحماية قوية تجعل من الصعوبة بمكان وصفها بأنها طرف ضعيف في المعادلة العقدية تحب حمايته.

لذلك وفي تطور ملحوظ للموقف في الولايات المتحدة الأمريكية ضمن هذا الاتجاه، اعتمدت لجنة المفوضين للقوانين الاتحادية الأمريكية، نهجا جديدا يقضي بالتعامل مع التقنيات الإلكترونية الحديثة بطريقة أكثر ملاءمة وتطورا من الطريقة التي أقرها القانون النموذجي، وذلك من خلال الاعتراف بأن هذه التقنيات يمكن أن تعمل بشكل مستقل عن الإنسان، حيث أقر قانون المعاملات الإلكترونية الموحد "بأنه يمكن أن يتكون العقد من خلال التفاعل بين وكيل إلكتروني والفرد، نيابة عن نفسه أو لصالح شخص آخر، أو يتشكل العقد من تفاعل وكلاء إلكترونيين من الطرفين" وتقرر

64. Fridman, (1994).op cit.

65. Waddams, S.M. The Law of Contracts, 3rd Ed., Canada Law Book, Toronto. (1993). P- 447.

المادة ١٤ أيضاً السماح بتكوين العقد بالصورتين المتقدمتين على أن تتوفر آلية تمكن من التحقق من صحة المعاملات عبر الانترنت، وذلك حماية للمستهلك الذي يمكن أن يقع ضحية التعامل مع وكيل الكتروني أو موقع تجاري الكتروني، بتأثير من دعاية أو إعلام نتيجة استغلال صاحب الموقع أو مشغل الوسيط الالكتروني الذكي للمعلومات المقدمة له لأغراض محظورة، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى أقر القانون الأمريكي المتقدم ذكره حالة متطورة أيضاً عن القانون النموذجي، وهي إسناد الوسيط الذكي والسجل الالكتروني والتوقيع الالكتروني لشخص ما عندما يظهر السجل الالكتروني أو التوقيع الالكتروني باعتباره وكيلاً الكترونياً، وهو يتجاوز فكرة إسناد هذه التصرفات الى الشخص باعتبارها امتداداً له.

أيضاً يسلط القانون الفدرالي الأمريكي - سابق الذكر - الضوء على الدور المهم للإجراءات الأمنية في البيئة الالكترونية، لأنها تتيح للشخص أن يظهر هويته بأي شكل من الأشكال، بما في ذلك عرض فاعلية الإجراءات الأمنية لتحديد الشخص الذي يعزى اليه السجل أو التوقيع الالكتروني.^(٦٦)

وتتطابق لجنة مفوضي القوانين الاتحادية الأمريكية في موقفها مع الاتجاه المتقدم ذكره، وذلك في تبني مفهوم جديد للإرادة التعاقدية في نطاق التجارة الالكترونية، ألا وهو إظهار الموافقة على التعاقد وهذا الأمر يمكن أن يتم من خلال الوسيط الالكتروني الذكي، والذي يمكن أن يقوم في مجال التجارة الالكترونية بعمليات ثلاث:

١- إمكانية الوسيط الالكتروني الذكي توثيق السجلات الالكترونية من خلال التوقيع الكترونياً على وثائق مستخدمها أو غير ذلك من العمليات المشابهة.

٢- القيام بتعاقدات على نمط معين مثل المعاملات التي تنطوي على تبادل معلومات، حيث يمكن للوسيط الالكتروني الذكي تنفيذ بعض الالتزامات التي تعهد بها الشخص الذي يستخدم الوسيط الالكتروني كما في حالة مزودي الموسيقى على شبكة الانترنت يستخدم وسيطاً الكترونياً ذكياً بالتعاون مع تكنولوجيا MP3 لإملاء أو أمر دون رقابة أو تدخل إنسان.^(٦٧)

٣- توثيق السجلات وأداء الواجبات التعاقدية الالكترونية، حيث يمكن أن تستخدم الوسيط الالكتروني لإظهار الموافقة، وبذلك تكون للوسيط الالكتروني الذكي القدرة على الموافقة على التعاقد من تلقاء نفسه، مصدرها مستخدم الوسيط الالكتروني الذكي نفسه.

٦٦. دليل الاشتراع الخاص بقانون اونسترال لعام ١٩٩٦، التعليق على المادة ١٢ من الاتفاقية.

وجدير بالذكر هو أنّ المادة ١١٢ من القانون الأمريكي^(٦٨) - كما ترى لجنة المفوضين سابقة الذكر - تذهب الى أن الوكيل الإلكتروني يظهر الموافقة نيابة عن شخص مستخدمه، وهذا الرأي يحاول أن يوضح فكرة مفادها هو أن مظهر الموافقة يتطلب على وفق الظروف قبول الشخص لهذا العرض، ومظهر من مظاهر اظهار الموافقة يمكن أن يكون عن طريق الوسيط الإلكتروني الذكي، لأن ارادة الشخص يمكن أن تظهر بعدة مظاهر، منها هذا المظهر الذي من شأنه أن نسمح للمسؤولية التعاقدية أن تنشأ فقط في حالة ما اذا كان شخص يهدف من وراء استخدامه لهذا الوسيط الإلكتروني الذكي اظهار موافقته، فإذا كان الخطأ الكترونياً فلا تسبب الواقعة الى شخص مستخدم الوسيط الإلكتروني الذكي، إلا الاستثناء الذي أورده القانون في حالات حماية المستهلكين، حيث أوجب المشرع وجود آلية لتصحيح الأخطاء التي يتسبب بها المستهلك ليتم التأكيد بعدها بالتنبيه من خلال ملاحظة ينبه بها المستهلك، ليقوم بعد ذلك بتصحيح باستخدام أدواته الإلكترونية، فإذا لم تتوفر مثل تلك الآلية أو وجدت لكنها فشلت في أداء مهمتها فإنه يكون هناك خطأ ينشئ المسؤولية بالنسبة لمستخدم الوسيط الإلكتروني الذكي، فإذا ما حدث وأبرم العقد بين وسيطين الكترونيين ذكيين وأسفرت العملية التعاقدية عن وجود خلل أو خطأ الكتروني أو ما شابه، فإن نسبة الخطأ ترجع الى مستخدم الوسيط، لأنه رغم التطور الذي جاء به القانون الفدرالي الأمريكي سابق الذكر، إلا أنه لم يعترف بنسبة الخطأ الإلكتروني الى الوسيط الإلكتروني الذكي نفسه، رغم ما في ذلك من حسنة في الحد من حالات المسؤولية التعاقدية بالنسبة لمستخدم الوسيط الإلكتروني الذكي.^(٦٩)

وجدير بنا أن نتذكر هنا، بأن التفاوت الشاسع بين مختلف تطبيقات الوسيط الإلكتروني في المنافسة، بسبب النمو والتطور والزيادة في القدرة التقنية والقدرة على التعاقد والأجيال اللاحقة لهذه التقنية يمكن أن تتوصل لإنتاج وسيط الكتروني ذكي أكثر تطوراً يمكن أن يتنبأ بالإجراءات التي يجب أن يقوم بها في كل عملية تعاقدية، وبالتالي لا بد من إعادة النظر بما هو تقليدي والسماح للثورة التقنية الهائلة التي دخلت عالمنا اليوم بالتقدم دون وضع العراقيل أمامها، وهوما يمكن ان يدفعنا الى قبول القول بقدرة الوسيط الإلكتروني الذكي على إنجاز التعاقد وبالتالي صحة العقد الناشئ عن تفعيل هذه القدرة.

لوتبيننا وجهة النظر التقليدية فيما يتعلق بسلطة الإرادة المنسوبة الى شخص قانوني بإبرام التصرفات القانونية وفق القواعد العامة، وذهبنا الى القول بأن التصرفات القانونية هي علاقات وروابط تنشأ بين شخصين أو أكثر، فإننا سنستوعب بسهولة صعوبة تناسب المعاملات الإلكترونية

68. UCITA. (1999). Uniform Computer Information Transactions Act. Online: Uniform Law Commissioners, <http://www.law.upenn.edu>

69. Electronic Commerce Research: Kluwer Academic Publishers. Op cit

الناشئة عن فعاليات الوسيط الالكتروني الذكي مع هذه المفاهيم، إذ إننا سنكون هنا في مقابلة تيارين متعاكسين مفادهما :

اما أن نذهب مع ما هوتقني ونترك وراءنا ما هوتقليدي أو إننا نبقي محتفظين بالقواعد والمبادئ والنظريات التقليدية ونتخلف عن ركب التكنولوجيا والتطور.

وهنا نقول إن كل محأولة لتطويع تلك القواعد التقليدية في الإطار الذي يسمح باستيعاب تلك التطورات تضعنا في أزمة يمكن أن تكون نتائجها غير محمودة العواقب، بالنسبة لكل من التقنيات الحديثة والقواعد التقليدية في نظرية العقد على السواء، فنحن عندما نتقصى حقيقة الوسيط الالكتروني الذكي نجد أنه عندما يدخل في عملية تعاقدية فإنه يستجيب لأوامر ورغبات الطرف الآخر والتوافق الذي يمكن أن يحصل بين الطرفين يتحقق بصورة طوعية وبدون تكلف بين الطرفين، مما يجعل هذا الاتفاق ملزما من الناحية القانونية والأخلاقية، وذلك يكمن وراء الفكرة القائلة بأن الإرادة الحرة هي التي مارست العمل وكل طرف اختار بحرية تقديم بيانات معينة حول الصفقة، مما خلق أجواءً من الثقة والاعتماد في ذهن الطرف الآخر، وهذه الالتزامات موجودة على الأقل من الناحية الواقعية وإن كان لها وجود قانوني معترف به.

لكن كلنا نعرف أن هذه الأجهزة والبرمجيات الالكترونية لا يمكن أن تكون لها مشيئة حرة على الأقل في واقعنا اليوم، أو أن تكون لها القدرة على وضع تعهدات طوعية للحد من حرية العمل في المستقبل، ولكن إذا ما أردنا أن ننظر الى الأمر من الزاوية الأخلاقية والقانونية نقول، إنه لا يمكن أن نتصور في عالم من المعاملات القانونية في وقتنا الحاضر أن تصبح للأجهزة والبرامج الالكترونية إرادة حرة مستقلة تكون قادرة على مباشرة تعهدات طوعية في المستقبل.

ولما كانت الحقيقة التي يجب أن نعترف بها، هي أننا عندما ننظر الى واقع الوسائط الالكترونية الذكية نجدها غير ذات شخصية اعتبارية وهي تفتقر الى القدرة التلقائية "الذاتية المحضة" لإبرام العقود، وهي غير قادرة على التوصل الى اتفاقات مستقلة وتعبير عن إرادتها وأرائها بصورة تلقائية أو ذاتية، فإن في ذلك النظر ما يجعل التساؤل المهم لا يزال قائماً؛ ما مصير المعاملات التي تباشر عن طريق الوسائط الالكترونية الذكية، وما هو توصيفها القانوني الصحيح، وهل هي ملزمة قانوناً؟ والإجابة على هذا التساؤل المهم ستقودنا بالنتيجة الى اقتراح حلول تهدف الى معالجة القصور في القواعد التقليدية وإنضاج أحكام تشريعية ضرورية لضمان ثقة الجمهور ومسايرة التقدم التكنولوجي في هذا الإطار.

المطلب الثاني

الرأي الذي نرجحه

بالرغم من أننا نميل الى ما جاء به الاتجاه الأخير من فكرة، تستند الى تطوير وتطوير مفهوم الإرادة، إذ نرى إنه أقرب الاتجاهات الى الصواب، لكننا لا نسلم بكل ما جاء به هذا الاتجاه من بعض الجوانب والتفصيلات، لأنّ محأولة تبرير صحة تكوين العقد الذي يباشره الوسيط الالكتروني الذكي باللجوء الى النظريات القانونية التقليدية، سواء في الوكالة أو الشخصية القانونية أو القياس على الأحكام القانونية المتعلقة بأدوات الاتصال أوحى فكرة تطوير الإرادة وتطويعها وغيرها من الآراء التي سبق ذكرها، ما هي إلا محاولات ساهمت في التوصل الى حلول عملية لمشاكل ظهرت في العمل لم تكن في الحسبان، وفي نفس الوقت سعى الفقه حينئذ الى عدم الوقوف في وجه التطور الهائل والمتسارع لتقنيات الاتصال والتعامل الالكتروني التي أخذت تنتشر في الواقع العملي انتشارا ثوريا لم يسبق له مثيل، ولما تبين عجز تلك النظريات وغيرها عن إيجاد الأساس القانوني المناسب للقول بصحة العقود التي تساهم الوسائل الإلكترونية الذكية في تكوينها، على نحو ما قدمنا، فإننا نرى إنه من الأنسب ترك فكرة اللجوء الى القواعد التقليدية ونظرياتها لتكون أساسا لصحة الوقائع المستحدثة من هذا القبيل، والتي تخضع للتطور الحثيث في التقنيات والوسائل الإلكترونية التي أخذت تستخدم في مجال إنشاء وتكوين المعاملات القانونية وتنفيذها أحيانا، وهذا هو المعنى الذي أكدت عليه لجنة وضع اتفاقية الأمم المتحدة للخطابات الإلكترونية لعام ٢٠٠٧ عندما أقرت بأن "تزايد استخدام نظم الوسائل الإلكترونية في الواقع العملي بشكل واسع، دفعت فقهاء القانون في بعض النظم القانونية الى إعادة النظر في النظريات التقليدية بشأن تكوين العقود من اجل تقييم مدى ملاءمتها بالنسبة للعقود التي تنشأ بدون تدخل إرادة قانونية في تكوينها".^(٧٠)

فإذا ما وضعنا الحقيقة الواقعية - القانونية أمام أعيننا، المتمثلة بظهور أنماط جديدة من التعاقد الالكتروني لم تكن معروفة سابقا، واكتساب القدرة الخاصة بإنشاء العقود وتكوين الالتزامات القانونية لكيانات خارج إطار قدرة الإرادة المنسوبة للشخصيات القانونية، وانتشار هذه الأنماط بشكل لا يمكن إنكاره في التعامل، فإننا لا بد أن نضع في حسباننا وجوب الإجابة على تساؤل يطرح نفسه بقوة في هذا المجال مفاده، ألا تستحق تلك الحقيقة الاعتراف بقواعد تقرر أوضاع ومراكز قانونية جديدة تواكب هذه التطورات بل وتحكمها، وتفتح المجال ولوقليلا مثل هكذا تقنية أو تقنيات مشابهة للاستفادة القصوى من مميزات وفوائد التكنولوجيا ؟

فنحن الآن بصدد ولادة جديدة لفكرة قانونية فرضت نفسها في الواقع العملي وأقر بها المشرعون، ألا وهي قدرة الوسائل الإلكترونية الذكية على تكوين عقود صحيحة ملزمة وقابلة

للتنفيذ، رغم عدم تمتعها بإرادة أو شخصية قانونية، وهذه القدرة أقر بها المشرع على المستويين الدولي والداخلي، وهي قدرة قانونية ترجع شرعيتها أساساً إلى النصوص القانونية التي أقرتها، فقبول هذه العقود وإلزاميتها وصحة الالتزامات الناشئة عنها مقررة بنصوص قانونية صريحة وواضحة الدلالة في مفهومها ومضمونها.

ونقول في هذا الصدد وبوضوح تام، إننا نرى أنه من الحكمة ترك القواعد العامة التقليدية لتحكم ما هو تقليدي من معاملات، أما التعاملات المستحدثة من قبيل المعاملات الالكترونية، فيجب أن ينظر إليها بمنظار خاص بعيداً عن مفهوم ومعياري ونطاق القواعد التقليدية، وأفضل تطبيق لذلك هو ما اتجهت إليه لجنة الأونسترال التابعة للأمم المتحدة، منذ أول قانون نموذجي ساهمت في تشريعه، عندما أقرت قواعد قانونية خاصة بالمشكلات المتعلقة بالتجارة الالكترونية، ووضع الحلول القانونية المناسبة، بعيداً عن القواعد العامة، وذلك بإقرار قواعد وأحكام مستحدثة تتلاءم وواقع ممارسات التجارة الالكترونية المتنوعة والتميزية^(٧١)، وما كان لجوء المشرع الدولي إلى ذلك النظر إلا لأمرين مهمين:

الأول: ثبوت عجز القواعد التقليدية عن استيعاب آليات وأنماط التجارة الالكترونية المستحدثة، ووقوف الفقه مكبلاً أمام كل قصور يظهر في كل نظرية أو رأي يستند إلى تلك القواعد التقليدية. أما الثاني: فهو سد الفراغ القانوني والتشريعي الذي تسبب به قصور هذه القواعد، وحث الفقه إلى بذل المزيد من الجهود وفسح المجال واسعاً أمامه في طرح وترجيح أية أفكار أو نظريات يمكن أن تقدم للاستفادة منها في هذا الإطار.^(٧٢)

وقد سار على هذا النهج كثير من المشرعين في الدول المقارنة عندما أصدرت تشريعات وقوانين تختص بتنظيم التجارة الالكترونية والتوقيع الالكتروني تضمنت قواعد قانونية خاصة تقرر صراحة صحة تكوين العقود من قبل الوسائط الالكترونية الذكية، ومثال ذلك ما ذهب إليه مشرع إمارة دبي بصورة واضحة وصريحة، من حكم مثل هكذا عقود الكترونية، وذلك بالنص في المادة ١٤ منه على أن (١- يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط الكترونية مؤتمتة متضمنة نظامي معلومات الكترونية أو أكثر، تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهام، ويتم التعاقد صحيحاً وناظراً ومنتجاً لآثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة. ٢- كما يجوز أن يتم التعاقد بين نظامي معلومات الكترونية مؤتمتة يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي، إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد أو تنفيذه)، ومثل هذا

٧١. وهو ما يؤكد دليل التشريع المصاحب لكل من قانون الأونسترال النموذجي الخاص بالتجارة الالكترونية لعام ١٩٩٦ والقانون النموذجي للتوقيع الالكتروني ٢٠٠١ والقانون النموذجي للخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٧. للمزيد ينظر الموقع

الالكتروني: <http://www.uncitral.org>

٧٢. ينظر دليل الاشتراع الخاص باتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، الفقرة ٣٢٠، ص ٧٤.

الموقف نجده في قانون التجارة الإلكترونية البحريني لعام ٢٠٠٢ وذلك في المادة ١٢ الفقرة الأولى منها والتي تنص على أن "يجوز أن يتم إبرام العقود بين فرد ووكيل الكتروني، كما يجوز ان يتم ذلك بين وكلاء الكترونيين"، ويبدو ان هذا هو أنجع الحلول - على الأقل في وقتنا الحاضر - وهذا الحال ليس غريبا في علم القانون، بل هو شائع الاستخدام في الحياة القانونية، كسبيل فعال للخروج من أزمة ما تتعلق بإسناد واقع ما الى فكرة قانونية أو نظرية قانونية مستقرة، لكن ما يلبث هذا التوجه الجديد إلا أن يصبح بعد فترة نظرية قانونية قائمة بذاتها، وهذه سنة الحياة القانونية لأنها في تطور متسارع ومستمر، ولا تقف عند حدود فكرة أو نظرية بعينها.^(٧٣)

ونرى أن لجوء بعض المشرعين الى فكرة الوكالة - كما فعل المشرع الأمريكي والمشرع البحريني - ما كان إلا لحاجة واقعية استدعت اللجوء الى هذا النظام، ألا وهي تبرير مسؤولية مستخدم الوسيط الإلكتروني الذكي عن أخطاء ذلك الوسيط، وذلك ما ذهب اليه المشرع الفدرالي الأمريكي وتبعه في ذلك المشرع البحريني، والسبب معلوم هو عدم ترك المسألة دون معالجة قانونية، ولكن هذا لا يعني أن هذا اللجوء صحيح من الناحية القانونية، إلا أنه حل مؤقت يمكن الاستغناء عنه بمجرد الوصول الى الحل القانوني الصحيح وفق معطيات ومسلمات مقبولة وصحيحة وغير متعارضة منطقيا، وهو ما أقرته لجنة الاونسترال في الأمم المتحدة في اتفاقية الخطابات الإلكترونية المعقودة عام ٢٠٠٧، عندما خلصت إلى رأي مفاده "إنه برغم استخدام تعبير الوكيل الإلكتروني لأغراض التسهيل، فإن تشبيه الوسيط الإلكتروني بالوكيل التجاري غير مناسب، فالقواعد القانونية في عقد الوكالة التي تقرر الحد من مسؤولية الأصيل عن سوء تصرفات الوكيل مثلا، لا يمكن ان نستند اليها فيما يتعلق بمشغل الوسيط الإلكتروني الذكي، وكمبدأ عام - كما تقرر اللجنة - أن الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم بتشغيل الوسيط الإلكتروني الذكي يكون مسؤولا في النهاية عن أية رسالة بيانات تصدر من ذلك الوسيط".^(٧٤)

ونرى إن كان هذا اللجوء، هولتبرير مسؤولية مستخدم الوسيط الإلكتروني الذكي في التعاقد، فإننا نستطيع أن ندعم فكرة إسناد المسؤولية عن خطأ الوسيط الإلكتروني الذكي الى مستخدمه بفكرة الغنم بالغرم، وهي من الأفكار القانونية الشائعة والمستقرة، ومفادها إن مشغل أو مستخدم الوسيط الإلكتروني الذكي في التعاقد يتحمل غرم المسؤولية الناشئة عن استخدامه أو تشغيله لهذا الوسيط في مقابل غنمه كافة المزايا التي تعود اليه بمناسبة تشغيل واستخدام الوسيط الإلكتروني

٧٣. فتجد في عالم القانون مثلا تبارى الفقهاء في تبرير الإثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الالتزام وايضا في تبرير انتفاع الغير من الاشرط لمصلحة الغير وغيرها من الأنظمة القانونية الحديثة نسبيا، وفي النهاية استقر كل من هذين النظامين كنظرية قانونية مستقلة بذاتها، ولم تعد هنالك حاجة الى إسنادها الى نظريات أو أفكار قانونية أخرى... للمزيد ينظر د. السنهوري: الوسيط، المرجع السابق ص ١٢٤٧ وما بعدها ص ٦٢٥ وما بعدها، وايضا ود. صبري: المرجع السابق، ص ٤٢٣ و ص ١٩٧ وما بعدها. ٧٤. للمزيد ينظر الوثيقة 484/A/CN.9 الفقرات ١٠٦ و ١٠٧ منها.

الذكي، فنحن قطعاً لا نقر بأن الوسيط الإلكتروني الذكي وضع لأداء هذه المهمة عبثاً أو دون قصد، أو إن هذا الوسيط الإلكتروني الذكي هو من قام بتنصيب نفسه ذاتياً وبأشرف بأداء مهمته تلقائياً، أو إننا نتصور أن هذا الوسيط الإلكتروني الذكي يعمل لمصلحته وأن مآل تصرفاته ستعود إليه وليس إلى مشغله، فما دام مشغله يتمتع بهذه المغانم الكثيرة ونقبل بذلك بل ونؤيده، فلماذا لا نقبل غرمه وهو المستفيد أو لا وأخيراً منه؟!

ويبدو أن هذا الموقف هو الذي قصده المشرع الأردني في المادة ١٤ من قانون المعاملات الإلكترونية، عندما نص فيها على أن "تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه أو بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل اتوماتيكياً بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه".

لذلك فإن قبول مستخدم الوسيط الإلكتروني الذكي للتصرفات الصادرة من الوسيط والتزامه بها واستفادته منها يسحب إلى قبول تحمل المسؤولية القانونية التي تنشأ عن أية أخطاء يمكن أن تحدث نتيجة عمل الوسيط الإلكتروني الذكي.

عليه نرى إن الوسائط الإلكترونية الذكية ما هي إلا برامج حاسوبية معدة سلفاً بوسائل إلكترونية لغرض التنفيذ التلقائي لإجراء معين أو الاستجابة لأمر بصفة مستقلة، كلية أو جزئية، متعلق بتبدأ لرسائل بيانات إلكترونية، دون الحاجة إلى تدخل بشري.

وهذا التعريف هو التعريف الذي نتمكن بواسطته من تجاوز الكثير من الانتقادات التي واجهتها التعريفات التي طرحها المشرعون أو الفقه القانوني للوسيط الإلكتروني الذكي ويمكن ان نلمس منه الطبيعة القانونية للتعاقد باستخدام هذه الوسائط الإلكترونية الذكية، وفي نفس الوقت يمكننا من التعرف على الخصائص الذاتية التي يتميز بها تكوين العقد باستخدام الوسيط الإلكتروني الذكي. هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى، فإنه لما كان التعاقد الإلكتروني بصفة عامة؛ يعني ذلك النمط من التعاقد عن بعد الذي يجري من خلال البيئة الإلكترونية باستخدام وسائل الاتصال الحديثة عن طريق شبكة الاتصالات الدولية^(٧٥)، ولما كان العقد يعرف بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العقادين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"^(٧٦)، وهو محكوم بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهو قانونهما الخاص (The law of the contract)^(٧٧)، وهو خاضع لتقسيم العقود؛ سواء من حيث تكوينه حيث يكون شكلياً أو رضائياً أو عينياً، ويكون من حيث أثره

75. Michal (R): Electronic Trade Payment , Published by international Business communications limited , 1997 , p -7.

ولتفصيل أكثر في الفقه العربي ينظر د. الياس ناصيف: العقود الدولية، المرجع السابق، ص ٣٥ وما بعدها.
٧٦. وهو تعريف المادة ٧٢ من القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٧٧. وهو ما تبناه المشرع المدني الفرنسي في المادة ١١٢٤ منه، والمادة ١٢٨ من القانون المدني البحريني، وما أشارت إليه المادة ٤٦ من القانون المدني العراقي للمزيد في ذلك ينظر د. صبري: المرجع السابق، ص ١٦٠ وما بعدها.

الملزم إما ملزماً للجانبين أو ملزماً لجانب واحد^(٧٨)، وما دام التعاقد الإلكتروني لا يخرج عن هذا الإطار، سواء في تركيبه أو أنواعه أو حتى مضمونه، فإن إجازة إبرام العقد بهذه الصيغة أي باستعمال وسائل الكترونية يعد تطبيقاً لمبدأ الرضائية في تكوين العقود^(٧٩)، وهولا يخرج عن القواعد العامة اللهم إلا في خصوصيات معينة تتعلق بالتراضي، وطرق التعبير عن الإرادة^(٨٠)، وذلك من جهة صحة الإيجاب أو القبول وسلامتهما من العيوب أو نقص أهلية المتعاقد، وأتفد العقود وإثباتها، وهي من الأمور التي تتناولها قوانين التجارة الإلكترونية الوطنية بالتنظيم، وهوما رسخته المادة ١٢ من اتفاقية الخطابات الإلكترونية لعام ٢٠٠٧، عندما أقرت القاعدة الجوهرية التي تقضي بصحة العقد الناتج عن أية ممارسات تجريها الوسائل الإلكترونية الذكية، حتى وان تم هذا التكوين بدون مراجعة بشرية.^(٨١)

وبالرغم من ذلك، فإننا نرى إنه لا بد لكي يتم التعاقد الذي يبرم باستخدام الوسيط الإلكتروني الذكي صحيحاً منتجاً لآثاره، ان تتوفر مجموعة من الضمانات المهمة التي تبرر الاعتراف بهذه التصرفات وتبرر القول بمسؤولية مشغل الوسيط الإلكتروني الذكي عن أخطاء هذا الوسيط، وبالرغم من أن منتجي تقنيات وبرامج الوسيط الإلكتروني الذكي يبدعون في تطوير تلك البرامج ويتفننون في تصميمها، إلا أن النجاح القانوني لتلك البرامج يحتم عليهم أن يشتمل ذلك التطوير والتحديث عمليات الوفاء بجملة من المتطلبات القانونية، والتي بخلافها لا يمكن للتجار ولا للمستهلكين الاستفادة من فوائد التكنولوجيا وأتمتة المعاملات تلك الاستفادة الكاملة، وخصوصاً ما يتعلق بمتطلبات الإسناد القانوني، لذا يجب أن تتوفر مجموعة من الضمانات التي تضمن نجاح الوسائل الإلكترونية الذكية في إنجاز التعاقد الإلكتروني ابتداء حتى يمكن قبول تلك العقود التي تجريها الوسائل الإلكترونية الذكية، وهذه الضمانات هي:

الضمانة الأولى: التأكد من إظهار موافقة منشئ الوسيط أو مستخدمه:

فيجب الإعلام بأن من يتولى هذه العملية التعاقدية هو وسيط الكتروني ذكي، وأن دوره في العملية هو إظهار موافقة المنشئ على الصفقة التجارية.

٧٨. لمزيد ينظر د. صبري حمد خاطر: النظرية العامة للالتزام، المرجع نفسه، ص ٤٤ وما بعدها.

٧٩. وجدير بالذكر إن هذا النمط من التعاقد جاز على المستوى الدولي منذ إقرار اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية عام ١٩٨٠ في المادة العاشرة منها، لمزيد في هذا الخصوص ينظر د. أحمد شرف الدين: عقود التجارة الدولية - تكوين العقد وإثباته، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ١١١.

٨٠. وجدير بالذكر إن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة ٢٠٠١ يعبر عن تلك الخصوصية بشكل واضح في المادة ١٢ منه عندما نصت على أن "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد انشاء التزام تعاقدي" وبين المشرع في المادة ١٤ منه نسبة رسالة المعلومات الى منشئها عندما قررت بأن "تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه أو بواسطة وسيط الكتروني معد للعمل اتوماتيكياً بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه".

٨١. قارن مع مضمون الوثيقة 527/A/CN.9 الفقرة ١١٤ منها.

الضمانة الثانية : تأكيد التزام مستخدم الوسيط الالكتروني الذكي بالعقد :

يجب أن يكون للوسيط الذكي القدرة على الإشارة بطريقة أو بأخرى بأن مستخدمه يعترف بالالتزام بالشروط المنصوص عليها والتي تشمل على بنود واضحة ومصطلحات معلومة، إذ يجب في سياق الالتزامات التعاقدية التي تنشأ نتيجة التعاملات الالكترونية عبر شبكة الانترنت أن تكون الشروط والبنود الخاصة بالصفقة واضحة وصريحة في تحديد المقصود منها، لأنه بخلاف ذلك لا يمكن التوصل الى اتفاق.

الضمانة الثالثة : ضرورة إعلام المستهلك بها وتثبيت رده على قبولها والتبليغ بهذا القبول :

وهنا يتم الإشارة الى أن القبول ينسب الى المستهلك، وبالمثل يجب أن يبين في الوسيط الالكتروني الذكي، أن القبول بالصفقة سيكون باسم منشئه، ويجب أن تتم الإشارة الى الموافقة على الشروط المعروفة أيضاً، وإلا لا تتم الموافقة والتبليغ بهذا القبول أيضاً للطرف الآخر.

الضمانة الرابعة : قدرة الوسيط الالكتروني على إهمال العرض الأصلي إذا ما حصل عرض مضاد :

وهذه القدرة ضرورية حتى لا يتم التعاقد مع أكثر من طرف، في الوقت الذي يجب أن تتم فيه العملية مع طرف واحد أو أطراف معدودين، وهنا يجب أن يكون للوسيط الذكي القدرة على معرفة الشروط المقبولة من قبل المنشئ للدخول في الصفقة، أي يجب أن تتضمن وسائل يتمكن من خلالها القراءة والتعرف على جميع الشروط الواردة في هذا العرض، من دون القدرة على التفاعل مع العرض بالموافقة، لأنه بدون ذلك تتعرض عملية تكوين العقد للخطر، وقد طوّر وسيط الالكتروني ذكي يستطيع أن يجوب الشبكة وأن يتفأوض على عقود وشروط بدون معرفة أو تدخل المنشئ الذي لا يطلب تدخله إلا حين الانتهاء من إعدادها واكتمال الصفقة.^(٨٢)

الضمانة الخامسة : استخدام آليات تقنية من شأنها تجنب الأخطاء الالكترونية والحد من المسؤولية عنها :

وواقع إنه يوجد مصدران رئيسان من الأخطاء الالكترونية هي :

المصدر الأول للخطأ هو الخطأ البشري، وهو الخطأ الذي يتسبب به الإنسان عندما يتعامل مع جهاز الحاسوب، ويمكن أن يتصور هذا الخطأ عندما يضغط الشخص على زر خاطئ أو الإشارة على مكان خاطئ على الشاشة يؤدي الى إرسال بلاغ يمكن أن ينتج عنه عواقب قانونية، ولكي يستطيع الإنسان أن يتجنب هذا الخطأ، يجب عليه طبقاً لقوانين التجارة الالكترونية المعاصرة أن يثبت ثلاثة أمور :

- ١- القيام بالإشعار بالخطأ بأسرع وقت ممكن.
- ٢- استجابة الشخص لتعليمات الطرف الآخر، كأن يجد ملاحظة مفادها ”إلغاء - عودة لهذا البند“.
- ٣- عدم حصول منفعة من جراء هذا الخطأ.

وهذه الأمور الثلاثة يمكن أن تثبت حتى وإن قام الشخص بالخطأ.^(٨٢)

أما المصدر الثاني للخطأ فهو الخطأ التقني المولد آلياً:

فقد لا يكون الوسيط الإلكتروني الذكي مبرمجاً بطريقة قادرة على الاستجابة على بعض الرسائل المرسله من قبل بعض المستهلكين، بخلاف ما تتطلبه كثير من قوانين التجارة الإلكترونية، من ضرورة أن تستوعب برمجيات الوسائط الإلكترونية الذكية مثل هكذا حالات، والخطأ الذي يمكن أن يحصل هنا هو نتيجة لأن هذا الوسيط يعمل بشكل آلي مستقل، أي تدخل بتكوين العقود بموجب شروط وضعت مسبقاً من منشئها، لذلك ولحل هذه المشكلة فإن من الضروري أن نلزم الطرف الذي يستخدم الوسيط من أخطار أو إشعار معقول وواضح يبين حقيقة أن هذا وسيط ذكي وإنه يعمل بصفة مستقلة، وإن الصفقات المبرمة خاضعة لموافقة منشئها، ومستخدم الوسيط يلتزم بالصفقة بالشروط التي أبرمت فيها.

ومثل هذا الإشعار كفيل بتحويل العبء على الطرف الآخر الذي يجب أن يضمن الآن أن يوافق المنشئ على هذه الصفقة، قبل تقديم مثل هذا الإشعار، حيث ليس من المعقول أن يعتمد الطرف الآخر على الصفقة دون أن يتأكد أولاً أن المنشئ قد وافق على شروطه.

الضمانة السادسة: إجراء الإسناد الصريح:

سبق وأن تم طرح مسألة وجوب الدلالة على أن إسناد التصرف الذي يقوم به الوسيط الإلكتروني الذكي إلى مشغله، ويلتزم الأخير بالبنود والشروط التي جرى بموجبها الاتفاق، لكن هذا لا ينفي إمكانية أطراف الصفقة الاختيار بالنسبة لإجراءات الإسناد الخاصة بهم تبعاً للحرية الممنوحة لهم، ما دامت تحقق الغاية المطلوبة، بدلاً من القواعد القانونية التي يكون تفعيلها في الوقت الذي لا يتفق فيه الطرفان على إجراء الإسناد، حيث تفعل القواعد القانونية في الوقت الذي يفشل فيه الأطراف عندما لا يتفقون على إجراء مثل هذا الإسناد الصريح.

والهدف من هذا الإسناد هو توفير آلية للأطراف قادرة على التحقق من نسبة التصرف إلى شخص معين، وللكشف عن التغييرات أو الأخطاء في المعلومات، ومثل هذا الإجراء قد يتطلب

٨٢. حيث يمكن للتاجر أن يمنع الاستمرار بالخطأ عندما يضع في الوسيط الذكي بياناً يمنح المستهلك فرصة التأكيد على الطلب، فمثلاً عندما تتوفر في الوسيط الذكي طريقة تمنع أو تصحح الخطأ، كأن ترد رسالة على الشاشة مفادها ”لقد أمرت X بمبلغ Y فهل هذا صحيح“ والمستهلك الذي يؤكد ذلك تكون معاملته ملزمة له، ويجب عليه أن يلتزم بشروط الصفقة، إذ أن مثل هكذا عبارة تنفي مزاعم الخطأ، وهذه الآلية هي للوقاية من الخطأ قبل أن يحصل، وهي تدخل ضمن تصميم الوسيط الذكي، وهي ضرورية ومشجعة للممارسات التجارية الجيدة وتحمي مصالح جميع الأطراف أيضاً.

استخدامه خوارزميات أو رموزاً معينة أو تعزيز قدرة الوسيط على التعرف على المصطلحات أو الأرقام، أو استخدام التشفير أو غيرها من الوسائل^(٨٤)، وبذلك يتحقق إجراء الإسناد الصحيح من خلال التحقق من أن الحدث الإلكتروني يعزى الى شخص معين، وهذا كله يتحقق عند وجود إجراءات إسناد معقولة تجارياً، وقبول اعتماد الحدث الإلكتروني بحسن نية وإسناد الحدث الإلكتروني الى شخص بعينه وكل ذلك يؤثر في الحدث من قدرة مستخدمي الوسيط الإلكتروني الذكي من التنصل من المسؤولية التعاقدية والتي يمكن أن تنشأ بسبب خطأ الوسيط الإلكتروني الذكي.

ونجد قانون الاونسترال النموذجي لعام ١٩٩٦ في المادة ١٣ / ٢ منه ينص على أن ”في العلاقة بين المنشئ والمرسل اليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت :

١- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات.أو

٢- من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً“ .^(٨٥)

والتأمل لمضمون هذه المادة في فقرتها الأولى يجد إنها حكمت في واقع الحال العروض التعاقدية الصادرة من أنواع من الوسطاء حيث الوسيط الأول هوشخص طبيعي أو معنوي يتولى التقريب في وجهات النظر بين طرفي المعاملة الإلكترونية، وهذه الحالة تحكمها القواعد العامة في الوساطة وهذا النوع يخضع للفكرة التقليدية التي تفسر الإرادة على أنها سلطة حيث يمنح الشخص سلطته في التعاقد الى هذا الوسيط، والتي بموجبها تكون لهذا الأخير قوة لإنشاء أو لتنفيذ الأعمال القانونية في حالات تمنح هذه السلطة طوعية وباتفاق الطرفين، وهنا يكون للوسيط اذن صلاحية وسلطة التصرف نيابة عن الأصيل.^(٨٦)

وهذا يعني إننا بصدد آلية قانونية بموجبها تمنح السلطة المخولة لشخص الى شخص آخر من خلال الاتفاق، حيث يتم انشاء علاقة وكالة بواسطة عقد ملزم لجانب واحد في الأصل.

أما الوسيط الإلكتروني الذكي وفق المادة ١٣ / ٢ سابقة الذكر، هونظام معلومات خاص بمنشئه يستطيع أن يولد ويرسل ويستقبل ويخزن ويعالج البيانات بطريقة رسائل البيانات، وتعتبر - حسب أحكام قانون الاونسترال النموذجي لعام ١٩٩٦ - كل عملية من الوسيط الإلكتروني الذكي صادرة من الشخص الذي استخدمه على الرغم من ان الفقرة ٢ / ب لا تجعل من الوسيط الذكي موضوعاً للحقوق والالتزامات، ويتم التعامل بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأشخاص الذين تعطى لهم صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ.

٨٤. وهوما حدده المادة ٢١٥ / ب من قانون المعاملات الإلكترونية الامريكي الموحد.

٨٥. وهونفس الحكم الذي تبناه قانون إمارة دبي سابق الذكر في البندين أ وب من المادة ١٥ / ف٢ منها.

لكن القانون النموذجي لا يشمل الوسيط الإلكتروني الذكي عندما يعرف مصطلح الوسيط عبر الشبكة في التجارة الإلكترونية بأنه "الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسائل بيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسائل البيانات".^(٨٧)

لكن هذا التمييز لم يأت واضحاً بين الوسيط في التجارة الإلكترونية والوسيط الإلكتروني الذكي والفرق بينهما هو الإسناد بالنسبة للتصرفات فقط، حيث نجد أن الوسيط في التجارة الإلكترونية يسند إليه التصرف الذي قام به على أساس السلطة الممنوحة له، بينما يتم إسناد تصرفات الوسيط الذكي إلى مستخدمه على أساس المسؤولية المطلقة، فيلتزم مستخدم الوسيط الإلكتروني بالتصرف الذي قام به الوسيط الذكي ويتحمل مسؤولية مطلقة عن تلك التصرفات، رغم إنه في هذه الحالة لم يعرف الصفقة ولم تؤخذ موافقته المباشرة عليها ولم يصرح بموافقته عليها مباشرة، ففي الوقت الراهن يركز إسناد أفعال الوسائل الإلكترونية الذكية إلى الشخص القانوني الطبيعي أو المعنوي الذي شغله، لكون هذه الوسائل غير قادرة على أداء مهامها إلا في حدود البنى التقنية لبرمجتها المسبقة، إلا أنه يمكن نظرياً على أقل تقدير أن تطوّر أجيال قادمة من نظم الوسائل الإلكترونية الذكية لها القدرة على التصرف بذاتها وبشكل مستقل وليس فقط بصورة آلية، أي أن الوسائل الإلكترونية الذكية قد تتمكن بفضل التطورات في مجال الذكاء الاصطناعي أن تتعلم من التجربة، وأن يعدل ذاتياً التعليمات الموجودة في برمجته، أو حتى يبتكر تعليمات جديدة.

المبحث الثاني

مبررات الاعتراف بصحة تكوين العقد باستخدام الوسائل الإلكترونية الذكية

إن ما يدفعنا إلى تبني وجهة النظر المتقدم ذكرها، والتي خلصنا فيها إلى أن صحة تكوين العقد الذي يساهم فيه الوسيط الإلكتروني الذكي تستند إلى القانون نفسه الذي أباح وبنصوص صريحة هذا النمط من العقود التي تتكون بدون أن تتدخل إرادة قانونية في تكوينها مباشرة، كثير من المبررات القانونية والعملية، وهي مبررات لا يمكن إنكارها أو غض الطرف عنها، لأنها فرضت نفسها في عالم القانون والتجارة كحقيقة واقعية - قانونية أصبحت لها تأثير واسع في الحياة الاقتصادية والتجارية وحتى الاجتماعية.

وللتفصيل في بيان هذه المبررات على النحو الذي يبين أهمية الأخذ بها والاعتراف بصحة العقود التي تنشأ باستخدام الوسائل الإلكترونية الذكية بسببها، فإننا سنتولى تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب، نتناول في كل واحد منها مبرراً من هذه التبريرات، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

الخصائص المميزة للتعاقد باستخدام الوسائط الالكترونية الذكية ومزاياه

أثبتت التجربة العملية وواقع التجارة الالكترونية الآن، أننا نستطيع أن نتلمس عدداً من الخصائص والمزايا التي يمكن أن تتحقق في عمليات تكوين العقود باستخدام الوسائط الالكترونية الذكية؛ والتي يمكن أن نجملها بالآتي:

١- قدرة الوسائط الالكترونية الذكية على تكوين العقد ومباشرة فعاليات العملية التعاقدية كونها برامج حاسوبية متمثلة بمجموعة من الإرشادات والتعليمات التي تستخدم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في نظم معالجة المعلومات داخل جهاز الحاسب الالكتروني لإحداث نتيجة معينة^(٨٨).

٢- الوسائط الالكترونية الذكية هي برامج حاسوبية معدة بوسائل الكترونية، وهذه الأخيرة تعني كل تقنية كهربية أو رقمية أو مغناطيسية أو بصرية أو الكترومغناطيسية أو أي شكل آخر من أشكال التكنولوجيا تظم إمكانيات مماثلة لتلك التقنيات.^(٨٩)

٣- الوسائط الالكترونية الذكية برامج الكترونية تعمل بصفة مستقلة عن شخص مستخدمها، عن طريق نقل المعلومة أو معالجتها تلقائياً باستخدام نظم معالجة معلومات محددة سلفاً^(٩٠).

٤- قدرة الوسائط الالكترونية على المبادرة والتلقائية، حيث يقوم بإنشاء أو إرسال أو تسلم أو تنفيذ رسالة بيانات الكترونية، يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها ومعالجتها بوسائل الكترونية، بما في ذلك تبادل البيانات الالكترونية بصورة تلقائية بواسطة نظام معالجة المعلومات الالكترونية الخاص به، لهذا توصف هذا الوسائط بكونها "ذكية"^(٩١)، لأنه يتمتع بالقدرة على إحداث الفعل ورد الفعل بصفة ذاتية ومستقلة كلا أو جزءاً، بدون التدخل أو الإشراف من قبل مشغله أو مستخدمه مباشرة.^(٩٢)

٨٨. قارن مع المادة (٢) من قانون دبي وهوتعريف الذي أورده المشرع الأمريكي في القانون التجاري الأمريكي الفدرالي UCC حيث عرف برنامج الحاسوب بأنه:

- Computer program: means a set of statements or instructions to be used directly or indirectly an information processing system in order to bring about a certain result ... UCC2B. (1998). Uniform Commercial Code-2B. Online: National Conference of Commissioners of Uniform State Laws, available at: <http://www.law.upenn.edu>.

٨٩. قارن مع المادة (٢) من القانون الأردني سابق الذكر والمادة (٢) من قانون إمارة دبي سابق الذكر وهوتعريف مشابه أيضاً لما عرفه المشرع الأمريكي لمصطلح الرسائل الالكترونية في القانون سابق الذكر حيث يعرفها بـ:

- Electronic: means electrical, digital, magnetic, optical, electromagnetic, or any other form of technologies.

90- Electronic Commerce Research: Kluwer Academic Publishers. Op cit .

٩١. للمزيد ينظر د. آلاء النعيمي: المرجع السابق، ص ٤١٤. وقارن مع المواد (٢/أ) من الاونسترال، والمادة (٢) أردني، والمادة (٢) من قانون دبي.

ويذهب بعض الفقه الأمريكي الى اطلاق مصطلح المتعاقد الالكتروني الذكي على الوسيط الالكتروني... ينظر:

92Hermans, B.: "Intelligent Software Agents on the Internet: An Inventory of Currently Offered

٥ - العقود التي تتم باستخدام الوسيط الإلكتروني الذكي هي عقود الكترونية وهي عقود تختلف عن العقود المعروفة في المعاملات التقليدية، والمعاملات الإلكترونية هي معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل الكترونية تتضمن توفير سجلات الكترونية وهي سجلات لا تكون خاضعة لأي مقاطعة أو مراجعة من قبل أي شخص طبيعي كما في السياق العادي لإنشاء أو تنفيذ العقود والمعاملات التقليدية.^(٩٣)

وبهذه الخصائص المتقدمة، يتميز الوسيط الإلكتروني (electronic intelligent device) أو (intelligent agent)، عن الوسائل الإلكترونية (electronic tools) أو (electronic means) لأن الأخيرة تتمثل بأدوات يمكن استخدامها لإنجاز التعاقد الإلكتروني، وتستخدم بإرادة وفعل مستخدميها ولا تعمل بصفة مستقلة، أبرزها الفاكس والبريد الإلكتروني والهاتف وبرنامج المحادثة وبرامج التنزيل عن بعد والتعاقد عن طريق التعبير عن الإرادة عبر الموقع الإلكتروني^(٩٤)، إذ وكما سبق بيانه فإن هذه الأدوات هي وسائل مهمتها تسهيل التواصل بين المتعاقدين وإيصال الإرادة التعاقدية بين الطرفين، وهي ليس لها قدرة ذاتية أو تلقائية للدخول في التعاقد أو تنفيذه كما في الوسيط الإلكتروني الذكي، وإنما يقتصر دورها على نقل مضمون الإرادة التعاقدية من متعاقد إلى آخر، فهي لا تتمتع بالقدرة على إبرام عقد لحساب شخص ما وإنما الشخص هو الذي يبرم العقد باستخدام هذه الوسيلة الإلكترونية لإنجاز التعاقد، وأيضا يمكن أن تفيدنا هذه الخصائص للتمييز بين الوسيط الإلكتروني الذكي والوسيط في التجارة الإلكترونية أو الوسيط عبر الشبكة الذكية هو الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو تقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه^(٩٥)، وهو طرف محايد بالنسبة لطرفي العقد الإلكتروني، ويستندان إليه في تنظيم العلاقة بينهما، ويلجأ إليه أحيانا للتحقق من هوية الطرفين المتعاقدين وأهليتهم القانونية.^(٩٦)

وجدير بالذكر فإن التعاقد باستخدام الوسائل الإلكترونية الذكية يتمتع بمزايا متنوعة من جراء استخدامه في إنجاز التعاقد الإلكتروني، يمكن أن نجملها بالآتي:

Functionality in the Information Society and a Prediction of (Near-) Future Developments," Ph.D. Thesis, Tilburg University. And Karnow C. (1996). "Liability For Distributed Artificial Intelligences" Berkeley Technology Law Journal 11, p - 147-204.

٩٢. المواد: (٢) من قانون دبي تحت مسمى المعاملات الإلكترونية المؤتمتة، و(٢) من القانون الاردني، والفصل (٢) من القانون التونسي تحت مسمى المبادلات الإلكترونية.

94. Tom (A) & Robin (W): Can computer make the contract , Harvard journal of law and technology , 9-1.1996 , p- 46 etc.

٩٥. قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، المادة ٢/هـ. وأيضا ما أورده المادة ١ بند وسيط الشبكة من قانون التجارة البحريني سابق الذكر للمزيد ينظر: د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، ط ١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٦٦.

٩٦. القاضي د. الياس ناصيف: المرجع السابق، ص ١٢٨.

١- السرعة والدقة في إنجاز التعاقد: وتحقق هذه المزية عن طريق :

أ- تجنب الحاجة الى البحث وتوفير أكبر قدر ممكن من العروض عبر الشبكة الدولية، وتوسيع نطاق الأسواق التجارية، لأن العالم كله أصبح سوقاً مفتوحة للمتعامل بغض النظر عن موقعه الجغرافي، فبرنامج الوسيط الإلكتروني الذكي يتيح له أن يجوب المواقع الإلكترونية من داخل الشبكة وليس من خارجها، وهويبحث عن السلعة مثلاً من خلال اسمها والعلامة التجارية للموزعين الذين يعرضونها والروابط الإلكترونية لمواقعهم التجارية على الشبكة^(٩٧).

ب- تقليل التفاوض والاقتصاد في الإجراءات، وذلك بالخروج من مرحلة المفاوضات وما تحتاجه من نفقات ووقت وجهد، لأن الوسيط الإلكتروني الذكي هو الذي سيقوم ببحث رسائل البيانات عبر الشبكة الدولية، مما ينعكس إيجاباً على التعامل، لأن من شأن ذلك تقليل التكاليف.

ج- السرعة في التنفيذ، حيث يمكن أن يجري تنفيذ التعاقد الإلكتروني بذات السرعة التي يتم فيها إبرامه، لاسيما عندما يكون محل الالتزام سلعة رقمية ككتاب رقمي أو مقطوعة موسيقية إلكترونية، إذ يتم تسليم محل العقد عن طريق نقل البيانات عبر الشبكة العنكبوتية، ومن ثم تخزينها في ذاكرة الحاسب الإلكتروني للمتعاقد مباشرة^(٩٨).

٢- تجنب التعامل المباشر مع العملاء وما قد يولد ذلك من احتكاك أو مسأومة يمكن ان تكون غير مجدية، وإزالة الطابع الشخصي للتفاوض.

٣- تجنب سوء الفهم الذي يمكن أن ينشأ بسبب وجود الاختلافات اللغوية والفوارق الثقافية.

٤- فسح المجال واسعا امام المستهلكين للقيام بأمر اخرى، والسعي الى تحفيز علاقات اجتماعية أو ثقافية أو فكرية أو أية نشاطات أخرى خارج ميدان التعامل التجاري.

٥- توفير أكبر قدر من الثقة في السجلات التجارية لما تتمتع به تلك البرامج من دقة حيث تنتج أنظمتها وبرامجها بناء قواعد بيانات مفصلة يمكن أن تمثل سجلات تجارية يمكن الاعتماد عليها في عدة تطبيقات تجارية أو قانونية، وسواء بالنسبة لعمليات التفاوض فقط أو عمليات تكوين العقود، ولا يخفى ما لذلك من أثر في خفض التكاليف بالنسبة لتكوين المعاملات وتوفير قواعد بيانات مثالية، مما يقلل تكلفة المنتجات الأمر الذي يؤثر بالنتيجة على أسعار تلك المنتجات أو الخدمات.^(٩٩)

97. Emily M:Weitzenboeck, Introduction to the special issue on electronic agents , available at: <http://www.ijlit.oxfordjournals.org>

٩٨. وهو ما يطلق عليه تنزيل البيانات (downloading) وهذا التسليم لا يستغرق سوى دقائق، للمزيد ينظر د. آلاء النعيمي،

المرجع السابق، ص ١٨٤.

99. Chavez, (1997), op cit.

٦- الدقة والموضوعية في إنجاز المهمة التي يراد من الوسيط الإلكتروني الذكي إنجازها، ويتميز الوسيط الإلكتروني الذكي بالدقة لأنه يقدم المعلومات والبيانات المطلوبة كما وردت في المواقع التجارية على الشبكة، واحتمالات تقديمه معلومات أو بيانات خاطئة ضئيلة، كونه يتعامل معها بطريقة الكترونية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يتميز بالموضوعية لأن أي استجابة لإجراء أو تنفيذ لإجراء يقوم به الوسيط الإلكتروني الذكي في إنجاز التعاقد يكون باتجاه الغرض الذي صمم من أجله، ولا يتصور أن يتصرف على نحو يناقض الغرض الذي وضع له، أو يمنع من تحقيقه لأي سبب، وهنا يوازن بعض الفقه (١٠٠) بين الوسيط الإلكتروني الذكي والوسيط الشخص الطبيعي "الوسيط عبر الشبكة" بالقول إنه من المحتمل أن تتعارض مصلحة الوسيط الشخص الطبيعي ومصلحة التاجر، وقد يؤدي ذلك إلى أن يقدم هذا الوسيط مصلحته على مصلحة التاجر، لأن الأول يمكن أن نفترض فيه حسن النية بنفس القدر الذي نفترض فيه سوثها، أما الوسيط الإلكتروني الذكي فلا توجد له مصلحة ولا يحتمل أن تكون له مصلحة في التعاقد الذي يجريه لمصلحة مستخدمه، لأن الوسيط الإلكتروني الذكي ليس له نية حسنة أو سيئة، فالنوايا تتطلب إرادة وإدراكا وهما ينسبان فقط إلى الشخص القانوني الطبيعي، لذلك ليس للوسيط الإلكتروني الذكي أي هدف أو غرض إلا تحقيق المهمة التي أسند إنجازها له مستخدمه، وهي بالنتيجة تحقق مصالح مشغل الوسيط الإلكتروني الذكي، لأن الأخير تم إعداده وتصميمه بالشكل الذي يحقق هذا الغرض وينجز هذه المهمة دون أن يعيد عنها أو يعمل خلافها.

٧- ولا بد من الإشارة هنا إلى أن استخدام الوسيط الإلكتروني الذكي، يمكن أن يخفف العديد من المشاكل القانونية المرتبطة بالتعاملات التقليدية، فمثلا يقضي على ما يسمى بالعقد النموذجي أو عقود الإذعان أو ما يسمى بعقود الاستمارة الموحدة التي يعدها التجار بأنفسهم، بسبب المنافسة التي ستنشأها العروض التي تصاحب استخدام هذه الوسائط في التخفيف من غلواء تلك الاستثمارات وهذا النوع من العقود بالنسبة للمستهلك، حيث تقضي على قدرة التجار والسماسة على الاحتكار أو استغلال قوتهم التفاوضية المتفوقة على المستهلكين عند التعاقد، لاسيما إنها تساهم في انقاص عبء عقود الإذعان بالنسبة للمستهلكين، وذلك عندما يصبح لهم قدرة على المناقشة والمسأومة في المجال الرحب للسوق عبر الانترنت، وبالتالي فإن استخدام هذه الوسائط الذكية لن يكون بسبب عملية تطويرية أو ثورية وإنما هي الحاجة لها وللمزايا التي تحققها بالنسبة للمتعاملين بها. (١٠١)

100. Emily M:Weitzenboeck, op cit.

101. Electronic Commerce Research: Kluwer Academic Publishers. Op cit .

المطلب الثاني

تنوع تطبيقات التعاقد باستخدام الوسائط الالكترونية الذكية

يمكن أن يستخدم الوسيط الالكتروني الذكي بصفة عامة من قبل المستهلك ومن قبل التاجر، فيمكن أن يستخدم المستهلك الوسيط الالكتروني الذكي لغرض إنجاز التعاقد الذي يبغى الدخول فيه، ويحصل من خلاله على المنتجات والخدمات التي يروم الحصول عليها لإشباع حاجاته، ويستخدم المنتج أو التاجر الوسيط الالكتروني الذكي لغرض الدخول في التعاقدات التي يبغى فيها تصريف وتسويق منتجاته أو خدماته، ولا يمنع ذلك أن يستخدم كلا الطرفين وسيطا الكترونيا ذكيا في نفس الوقت لإنجاز المعاملة المعقودة بينهما انعقادا وتنفيذا، بحيث ينجز التعاقد من خلال التعامل بين وسيطين الكترونيين من كلا الجهتين، من ذلك يتبين لنا أن أبرز تطبيقات وصور التعاقد الذي يجري باستخدام الوسيط الالكتروني الذكي تتم بإحدى صور ثلاث:

الصورة الأولى: استخدام المستهلك للوسيط الالكتروني الذكي لإنجاز التعاقد.

الصورة الثانية: استخدام التاجر أو المنتج للوسيط الالكتروني الذكي لإنجاز التعاقد.

الصورة الثالثة: إنجاز التعاقد بالتفاعل بين وسيطين الكترونيين.

وستولى عرض كل صورة من هذه الصور على سبيل التفصيل في فرع مستقل كالآتي:

الفرع الأول

استخدام المستهلك للوسيط الالكتروني الذكي

إن تطور واقع تقنيات الاتصالات الإلكترونية ووبروز توجه قوي ينادي بضرورة حماية المستهلك، بسبب اتساع مستخدمي الانترنت حول العالم، ودخول الشبكة لكافة مجالات الحياة، لاسيما التجارية منها وارتضاؤهم إياها كطرف مقابل في التعاقد من جهة، وضرورة الحفاظ على هؤلاء المستهلكين وضمان حقوقهم وحمايتهم من الغش والاحتيال والتلاعب باستخدام تلك الوسائط الالكترونية الذكية التي تستطيع الوصول الى كل مكان في العالم وتمارس تأثيرا قد يتجاوز أحيانا الأدوات التقليدية في الواقع^(١٠٢) من جهة أخرى، يمثل دافعا مهما للقبول بهذه الثورة التقنية الجديدة، وتدفع الى القول بضرورة القبول بما يجري تكوينه من عقود باستخدام الوسائط الالكترونية الذكية.

وحيث إن افتقار المستهلك للتبوير التقني والمعلوماتي، وحاجته الى الخدمات التي تقدمها تلك الوسائط الالكترونية الذكية، المتأتية من التطور الهائل للشبكة الدولية في جوانب التسوق

والاتصال، حيث تحولت أجهزة الحاسوب وبرمجياته من قنوات اتصال في عقد الثمانينيات من القرن الماضي، الى شبكة عنكبوتية أخذت بالتوسع والتطور تدريجياً^(١٠٣)، استثمرت فيها العديد من التقنيات والوسائل التي ساهمت بتحويلها من شبكة أو مجموعة شبكات خاصة بالشركات أو المؤسسات الحكومية الى شبكة تمتد بحدود ومعالم لا متناهية وغير محصورة دخلت استخداماتها في كل مجالات الحياة وأصبحت الدول تتسابق في توفيرها وتجهيزها في كل أرجاء المعمورة.

والتعامل عن طريق الشبكة الدولية له خصيصة قانونية مهمة هي إنها تعتمد في كل المعاملات التي تجري عبرها على التفاعل بين المستهلك وجهاز الحاسوب الموصول بالشبكة، وبواسطة هذا التعامل يستطيع المستهلك أن يصل الى العديد من الخدمات والسلع بطريقة سهلة ميسرة، ومن اللافت للنظر إن هذا الواقع التقني أخذ بالتطور والاتساع بشكل يتجدد كل لحظة وهو ما دفع الى القول بأنه ينبغي أن ينظر الى الروابط التجارية بين "التعاقد" الالكتروني الذكي^(١٠٤) والمستهلك الى انها معاملات قانونية لا بد من الاعتراف بها وتحسينها للوصول الى أفضل أداء للمساومات التجارية الالكترونية^(١٠٥).

وفي مقابل ذلك يبرز الجانب السلبي لهذا التطور بالصيغة التي تقهر المستهلك بصورة عدائية أحياناً^(١٠٦)، فالمستهلك بوصفه طرفاً ضعيفاً يتلقى الخدمة التي يطلبها بدون وسائل حماية مباشرة، فهو أصلاً في موقف تقني ضعيف، ويزيد من ذلك عدم توفير الحماية القانونية له، خصوصاً عندما لا يتبنى المشرعون قواعد قانونية خاصة تحكم هذا النوع من التعامل، أن يترك أمره الى القواعد القانونية "التقليدية" التي هي بالأساس قاصرة على استيعاب هذا النوع من التعامل، مما يجعله عرضة للتلاعب وضحية للغش والتدليس الذي يمكن أن يباشر تجاهه وبكل سهولة، فهو في المعاملات التقليدية يمكن أن يغبن فكيف في المعاملات الالكترونية التي يكون فيها مجال الغبن أوسع وأرحب.

فالمستهلك في المعاملات الالكترونية لا يتمكن من معاينة محل العقد بطريقة حقيقية، ولا يلتقي حقيقة مع الطرف الآخر في مجلس عقد تقليدي، ولا يباشر الطرفان كثيراً من الممارسات المعتادة التي نألها في التعاقدات التقليدية، والتي تهدف في النهاية الى حماية المستهلك^(١٠٧) وضمان مصلحته في إتمام التعاقد بصفقة عادلة.

١٠٢. طارق عبد العال: التجارة الالكترونية: المفاهيم - التجارب - التحديات الأبعاد التكنولوجية والمالية والتسويقية والقانونية، ط١، الدار الجامعية الجديدة مصر ٢٠٠٢، ص ٣٦ وما بعدها.

104. Jennings N.R. and M. Wooldridge. Agent Technology: op cit.

١٠٥. بهاء شاهين: الانترنت والعمولة، - ط١، عالم الكتاب مصر ١٩٩٩، ص ٤٦ وما بعدها.

١٠٦. جمال زكي الجريدي: البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت، ط ١، دار الفكر الجامعي مصر ٢٠٠٨، ص ٨٤ وما بعدها.

١٠٧. أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، ط١، دار الجامعة - مصر ٢٠٠٥، ص ٩٥.

وإذا وضعنا نصب أعيننا حقيقة واقعية مهمة تتمثل بافتقار المستهلكين الى الخدمات المتاحة عبر الشبكة لاسيما الخدمات الالكترونية، مما يجعلهم عاجزين عن التعامل مع المواقع التجارية عبر الشبكة الدولية أو مجاراتها من الناحية التقنية أو القوة الاقتصادية، حيث أخذت تحتوي العديد من الأشكال وتنوعت فيها الخدمات ومنها الخدمات العقارية والسياحية والمصرفية والتأمين وحجوزات الطائرات وبيع التذاكر والحجوزات الفندقية والتسويق والإعلان والتسوق عبر الشبكة وغيرها من الخدمات المهمة وحاجة المستهلك الى تلك الخدمات ليست قليلة، وهي تتبع من كونها توفرّ منتجات وخدمات ذات جودة عالية وبأسعار معقولة بسبب المنافسة الناتجة عن كثرة المواقع الالكترونية التجارية، والتي تدفعها الى محاولة تقديم أفضل خدمة للمستهلك وإضافة الخدمات الممتازة لعمليات ما بعد البيع بأسعار تنافسية، وفي ذلك ما يجعل من الإقبال على التجارة الالكترونية يوازي أو يقترب على الأقل من التجارة التقليدية.^(١٠٨)

لذا نلاحظ في الوقت الحالي اتساع إقبال المستهلكين على الخدمات الالكترونية، الأمر الذي جعل تلك الخدمات محور طلب الكثير من المستهلكين ما يجعل من حماية المستهلك أمراً ملحاً وضرورياً لا غنى عنه.

وجدير بالذكر هنا، هو أن قانون الأونسترال النموذجي بخصوص التجارة الالكترونية لعام ١٩٩٦ يقر بحقيقة وجود قوانين خاصة بحماية المستهلك لدى بعض البلدان، يمكن أن تنظم جوانب معينة في استخدام نظم المعلومات، وفيما يتعلق بهذه القوانين فقد ركزت الاتفاقية على فسخ المجال أمام تلك القوانين فيما يتعلق بحماية المستهلك، فقد أوردت الاتفاقية في الوقت ذاته قواعد عامة بهذا الصدد يمكن أن تشمل على عدة أحكام تمس المستهلك وتستهدف حمايته^(١٠٩)، خصوصاً وأن أحكام القانون النموذجي يمكن أن تعتبر بشكل عام ملائمة لحماية المستهلك، وهذا الأمر يتوقف على قوانين كل دولة على حده، لذلك تقرر الاتفاقية أسبقية أي قانون وطني من قبيل حماية المستهلك على أحكام القانون النموذجي، وفسخ المجال امام المشرعين الوطنيين في الاختيار مما يناسبهم من قواعد سواء القواعد الواردة في القانون النموذجي أو النصوص التشريعية المقررة في القوانين الوطنية - أيهما أفضل - أما مسألة تحديد من هو المستهلك من أفراد أو أشخاص معنوية، فهي مسألة متروكة للقانون الواجب التطبيق، خارج نطاق القانون النموذجي^(١١٠).

وقد ذهبت لجنة الاونسترال في الأمم المتحدة عام ١٩٩٨ الى وجوب التسليم بأن قواعد حماية المستهلك أو غيرها من القوانين الوطنية أو قوانين الدولة ذات الطابع الإلزامي، مثل قواعد حماية

١٠٨. جمال زكي الجريدلي: المرجع السابق، ص ٧٩.

١٠٩. انظر ملحق المادة ١ المتعلقة بنطاق انطباق قانون الاونسترال ١٩٩٦ والمادة ١ من الاونسترال ٢٠٠١.

١١٠. ينظر الوثيقة: 407/A/CN.9 الفقرات ٣٧ و٤٠، التي تضم تقرير لجنة الاونسترال المقدم الى الجمعية العامة عن أعمال

دورتها ٢٨ و٢٩ والمعقودتين ٩٥ و٩٦ على التوالي... للمزيد ينظر الموقع الالكتروني: <http://www.uncitral.org>

الأطراف الضعيفة في سياق عقود الإذعان، هي قوانين لا ينبغي التدخل فيها، ويمكن تحقيق هذه النتيجة وحماية المستهلك بإثبات صحة طريقة الإدراج بالإشارة في بيئة الكترونية ” بالقدر الذي يسمح به القانون“ ، أو بإيراد قائمة بالقواعد القانونية التي ينبغي أن لا تمس بحكم المادة ٥ مكررة من القانون النموذجي لعام ١٩٩٦ سابق الذكر.^(١١١)

ولا ينبغي بنفس الوقت تفسير المادة الخامسة سابقة الذكر - حسب رأي لجنة القانون النموذجي - بأنها تشيئ نطاقا قانونيا محددًا للإدراج بالإشارة في بيئة الكترونية، بل ينبغي أن تفسر بأنها - بإرساء مبدأ عدم التمييز - تجعل القواعد المحلية المنطبقة على الإدراج بالإشارة في بيئة ورقية تنطبق بنفس القدر على الإدراج بالإشارة فيما يتعلق بالتجارة الالكترونية.^(١١٢)

وقد تطور الموقف في هذا الصدد عند إصدار اتفاقية الأونسترال لسنة ٢٠٠١، حيث جاء في المادة الأولى من هذه الاتفاقية، والتي حددت نطاق الانطباق الخاص بالاتفاقية على أن ” يطبق هذا القانون حين تستخدم توقيعات الكترونية في سياق أنشطة تجارية، وهولا يلغي أي قاعدة قانونية يكون التصد منها حماية المستهلكين“ وقد راعت الاتفاقية وجود بعض البلدان التي تطبق قوانين خاصة بحماية المستهلكين، ويمكن أن تحكم جوانب معينة من جوانب استخدام نظم المعلومات، وفيما يتعلق بقوانين حماية المستهلكين هذه، وجد إنه من الأفضل عدم استبعاد الأحوال التي تتعلق بالمستهلكين بواسطة حكم خاص ضمن نطاق القانون النموذجي، ولكن التطور الحاصل هنا هو أن أحكام القانون النموذجي لعام ١٩٩٦ في هذا الصدد يبين إنها مفيدة جدا لحماية المستهلكين، تبعا للتشريعات الوطنية السائدة في كل دولة على حدة، لذلك يعطى المجال للمشرعين الى التوصل الى استنتاجات وأحكام مختلفة لها آثار مفيدة في معاملات المستهلكين أكثر مما يرتبه القانون النموذجي فيمكن استبعاد أحكام القانون النموذجي في هذا المجال، وتطبيق ذلك القانون لأنه يحقق مصلحة المستهلكين أكثر مما يقرره القانون النموذجي^(١١٣).

أما في اتفاقية الأونسترال لعام ٢٠٠٧ فيبدو أن واضعي تلك الاتفاقية حرصوا على عدم إقحام المستهلك (البسيط) بأحكام معقدة لا طائل له بها، في الوقت الذي وفرت له القوانين الوطنية واتفاقيتي الأونسترال سابقتي الذكر، الحماية الكافية فقد نصت المادة ٢ من هذه الاتفاقية على أنه ”لا تطبق اتفاقية الخطابات الالكترونية كما هو الحال بالنسبة للصكوك الأخرى التي سبق أن أعدتها الأونسترال على العقود المبرمة لأغراض عائلية أو منزلية“ والسبب في هذا الاستبعاد

١١١. عندما قررت إضافة المادة ٥ مكرر على اتفاقية الأونسترال لعام ١٩٩٦ حيث نصت المادة ٥ مكررة على أن ” لا ينكر المفعول القانوني للمعلومات أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ، مجرد إنها لا ترد في رسالة البيانات التي تفيد بأنها تشيئ ذلك المفعول القانوني، بل هي مشار إليها مجرد إشارة في رسالة البيانات تلك“.

١١٢. ينظر الوثائق A/CN.9/W6.IV/WP69 الفقرات ٣٠ و٣٥ و٥٩ و٦٠ و١٩١ و350/A/CN.9 الفقرتان 95 و96 والوثيقة A/CN.9/333 الفقرات 66 و68.

١١٣. الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة الدورة ٥٦ الملحق رقم ١٧ (17/A/56) و433/A/CN.9.

هو عدم تناسق عدد من قواعد هذه الاتفاقية مع هذا التنوع من العقود، فالمعاملات التي يكون المستهلكون طرفا فيها عادة ما تكون غير منظمة الى الحد الذي يمكن ان يتسم بالعشوائية أو حتى التطفلية وإخضاع المستهلك في هذا الإطار لنفس معايير الحرص والدقة والانتظام المطلوبة من المشتغلين بالأنشطة التجارية من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية وفيه كثير من المبالغة والتعقيد التي لا فائدة منها^(١١٤).

فتقليديا تحتاج المعاملات القانونية التي يجريها المستهلكون الى مجموعة من المراحل التي تعزى الى التفاعل البشري أساسا لتنشأ بصفة عامة، حيث تحتاج المعاملة مثلا الى :

- ١- تحديد الأعمال أو السلع أو الخدمات التي يريد المستهلك تليتها لإشباع حاجاته.
- ٢- معلومات حول المنتج المقصود والتاجر "أوراق الهوية" واسترجاع تلك المعلومات وتقييمها من قبل أطراف العلاقة أو الاستعانة بأطراف أخرى لأداء تلك المهمة " وسطاء تجاريين أو سماسرة " ليتم بواسطتها اختيار السلعة أو الخدمة التي يرغب الحصول عليها واختيار التاجر أو الموزع الذي يجري التعاقد معه، ويكون هذا الاختيار للتاجر أو الموزع مبنيا على معايير معينة يعود للمستهلك تقديرها، ومن هذه المعايير ثمن السلعة أو أجره الخدمة والضمان الممنوح للمستهلك ومدة التسليم والسمة التجارية.

٣- تحديد وسائل وشروط شراء أو بيع المنتجات أو الخدمات من خلال تبادل الاتصالات بين أطراف العلاقة لإيصال الرغبات والإرادة التعاقدية والموافقة على الأحكام والتفاوض على الشروط الخاصة بالصفقة للوصول الى "الإيجاب والقبول" ، ومن الجدير بالذكر أن أغلب العقود التي تبرم مع المستهلك - ضمن هذا النمط من التعاقد - تكون محددة الشروط مسبقا، من قبيل الشروط النموذجية المتضمنة تحديدا للثمن أو الأجرة وتحديدا لشروط العقد تنتهي معها قدرة المستهلك على التفاوض الى حد كبير.

٤- إبرام العقد وتنفيذه، إذا ما تطابق الإيجاب والقبول من قبل الطرفين، وبانعقاد العقد تنشأ قوته الملزمة لأطرافه وذلك بالتقيد به وتنفيذه على النحو المتفق عليه، وذلك لا يحصل ما لم يتم الاعتراف القانوني بالعملية والالتزام بالأحكام الخاصة بها.

١١٤. فمثلا تورد الفقرة ٢ من المادة ١٠ من الاتفاقية حكما مفاده افتراض تلقي الخطاب الالكتروني اعتبارا من اللحظة التي يصبح فيها ذلك الخطاب قابلا للاستخراج من جانب المرسل اليه، وهذا الحكم لا يكون مناسباً في سياق المعاملات التي يكون المستهلك طرفا فيها، لأنه لا يمكن أن ينتظر من المستهلكين أن يطلعوا بانتظام على بريدهم الالكتروني ولا أن يميزوا بدقة بين الرسائل التجارية الحقيقية أو التطفلية (spam) ... ومثال آخر على التوتر المحتمل بالنسبة للأحكام الخاصة بمعالجة الأخطاء وعواقب الأخطاء الواردة في الاتفاقية فهي بعيدة عن مستوى التفصيل الموجود عادة في قواعد حماية المستهلك، كما إن قواعد حماية المستهلك عادة ما تقضي من البائعين أن يبينوا للمستهلكين شروط العقد بطريقة ميسورة وهي تبين غالبا الاشتراطات اللازمة لإنفاذ الشروط والأحكام التعاقدية النمطية تجاه المستهلك وتحدد الشروط التي بمقتضاها افتراض أن المستهلك قد أعرب عن قبول الشروط والأحكام المندمجة في العقد بالإشارة، ولا تتناول الاتفاقية أيأ من هذه المسائل بطريقة توفر القدر من الحماية الذي يتمتع به المستهلكون في عدة نظم قانونية... للمزيد ينظر الوثيقة: .548/A/CN.9.

٥- تقييم العقد وتحديد المستوى المتصور للجودة بالنسبة للخدمة أو المنتجات التي أبرمت فيها "لضمان رضا العميل" من خلال الاتفاق على تقديم خدمات ما بعد البيع مثلا^(١١٥)، كالصيانة مثلا، لأن تنفيذ تلك الخدمات يعد جزءا من تنفيذ العقد نفسه، ومثل هذه الخدمات تكيف على انها التزامات ثانوية يتم الاتفاق عليها بين الطرفين، ويدخل تنفيذها ضمن مرحلة مستقلة من المراحل التي يمر بها العقد، ويتضح ضمن هذه المرحلة أيضا تقييم المستهلك لمجمل عملية الحصول على السلعة أو الخدمة ومدى رضاه عنها.^(١١٦)

وهذا الأمر يتعلق برغبات بشرية أو إرادات قانونية تريد إنجازها وتحمل الآثار القانونية الخاصة بها، ولكن تسمح التكنولوجيا اليوم بأن تستخدم تقنيات الوسيط الإلكتروني الذكي لإنجاز أغلب هذه المراحل^(١١٧)، وقد يتعدى تدخل الوسيط الإلكتروني الذكي في التعامل الذي يجريه المستهلك مرحلة التفاوض، فيتدخل في إبرام العقد فيصدر "تعبيرا عن الإرادة"، وقد يكون هذا التعبير إيجابيا مثلما يمكن أن يكون قبولا، ويكون هذا التعبير الذي يصدره هذا الوسيط ملزما لمستخدمه المستهلك.

كما يمكن أن يتدخل الوسيط الإلكتروني الذكي في مرحلة تنفيذ العقد أيضا، فيقوم بدفع الثمن إلكترونيا، وذلك بأن يزود ببيانات تتعلق بأرقام بطاقة الائتمان الخاصة بالمستهلك، فيقوم باستخدام هذه البطاقة بدفع الثمن للصفحة التي ساهم بإنجازها.^(١١٨)

الفرع الثاني

استخدام التاجر والمنتج للوسيط الإلكتروني الذكي

إن عملية حصول المستهلك على السلعة أو الخدمة - على النحو المتقدم ذكره - لا تتم ما لم يكن التاجر أو المنتج طرفا فيها، فالعقد بطبيعة الحال ينعقد مشتركا بين الطرفين التاجر أو المنتج

115. Electronic Commerce Research: Kluwer Academic Publishers. Op cit.

١١٦. قارن مع د. آلاء النعيمي، الوكيل الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٤٣٩.

١١٧. هناك بعض تقنيات الوسيط الإلكتروني الذكي الذي يستخدم ليس لأغراض التعاقد وإنما لأغراض أخرى من قبيل البحث عن المعلومات عن السلعة أو الخدمة أو معلومات تتعلق بالتاجر (المزود للسلعة أو الخدمة)، ولما كان هذا البحث يندرج ضمن مباشرة الأعمال المادية وليس القانونية، لهذا فإن هذا النوع من الوسيط الإلكتروني يخرج عن إطار هذه الدراسة، لأنه لا يصنف ضمن الوسائط الإلكترونية الذكية التي تقوم بإنجاز أعمال قانونية لحساب مستخدميها وهو هنا المستهلك، ومن أمثلة تلك البرامج التي تستخدم لأغراض غير التعاقد برنامج الوسيط الإلكتروني المسمى (Tete-a-Tete) المطور من قبل معهد ماساشوستس للتكنولوجيا وهذا البرنامج مصمم للتفاوض بشأن مختلف شروط العقد، كما إنه يقوم فضلا عن ذلك بتقييم تجربته في التفاوض، إذ يطلب من الطرفين بعد إتمام المعاملة أن يقوموا بتقييم مستوى رضاهم عن تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته، ويستفيد من هذه المعلومات لاحقا، ليقرر مع من يتفاوض في التعامل اللاحق، فيختار من حظي من التاجر بمستوى أعلى من رضا المستهلك.... كما يستطيع البرنامج (Kasboh) المطور من قبل المعهد المذكور أيضا، فضلا عن التفاوض بإبرام العقد القيام بتقديم عروض للشراء التي يرغب المستهلك الحصول عليها... للمزيد في ذلك ينظر:

Robert H. Guttman, Alexandros G. Moukas, and Pattie Maes, Agent-mediated electronic commerce :available at: <http://www.alumni.media.mit.edu> .

118. Emily M:Weitzenboeck, op cit.

والمستهلك، وكما بإمكان المستهلك أن يستخدم ويستعين بالوسيط الالكتروني الذكي في مراحل التعاقد، فإن بإمكان التاجر أيضا أن يستعين بالوسيط الالكتروني الذكي في هذه المراحل. وتبدو أهمية الاستعانة بالوسيط الالكتروني الذكي من قبل التاجر أكثر وضوحا، لأن المواقع التجارية المتاحة على الشبكة الدولية تتصف بصفة الدوام والاستمرارية، فهي تعرض بضائعها وخدماتها بصورة مستمرة ولا تتقيد بمواعيد عمل معينة كما هو شأن المحلات التجارية التقليدية، وبذلك فإن التاجر أو المنتج لا يستطيع أن يستجيب لكل الطلبات التي ترد الى موقعه الالكتروني التجاري، فهولا يستطيع أن يستجيب لكل الطلبات التي ترد الى الموقع من ملايين المستهلكين المحتملين بنفسه، واستعانتة بمستخدمين يتابعون الطلبات الواردة من المستهلكين ويديرون عملية التفأوض باسم التاجر ولحسابه من شأنه رفع قيمة السلعة أو الخدمة لأنه سيزيد من كلفتها تجاه المستهلك، وذلك كله يمكن تجاوزه باستخدام وسيط الكتروني ذكي يتولى إنجاز هذه المهام، وذلك بأن يقوم هذا الوسيط الالكتروني الذكي بالتعبير عن الإرادة، إيجابا كانت أو قبولا، وإتمام عملية التعاقد بأسرع وقت وأكثر إنتاجية وأقل تكلفة، بسبب ملايين العملاء المحتملين الذين سيتعاملون مع الوسيط الالكتروني الذكي، الذي سيقوم هو بدوره بإجراء إرسال أو استقبال أوامر الشراء وتقديم الخدمات بكافة أشكالها، بحيث تظهر كموجب أو كقابل من دون تدخل أو رقابة مشغل الوسيط على العقود التي يجريها ودون وجود أية مراجعة نهائية منه لبند العقد،^(١١٩) وذلك سيتحقق من خلال :

- ١- نشر وتسويق المنتج عبر الشبكة، أي خارج نطاق السوق التقليدية وعلى نطاق يمتد مع امتداد الشبكة الدولية الأمر الذي يوفر مساحة واسعة للعرض.
- ٢- إزالة القلق وتوفير برود الرأس لدى التاجر والاقتصاد في الجهد والنفقات بشكل كبير، ولا يخفى ما لذلك من أثر إيجابي على سعر السلعة أو مقابل الخدمة لأنها تساهم في تقليل التكاليف التي يتحملها التاجر أو المنتج.
- ٣- زيادة العروض الخاصة بشراء المنتج مع مرور الوقت، خصوصا مع بساطة الوصول الى هذه العروض عن طريق الشبكة دون الحاجة الى سماسرة أو وسطاء، ويوفر الجهد المبذول في مراقبة الوسطاء أو المستخدمين في السوق التجارية التقليدية.
- ٤- عدم إمكانية بث الرسائل العشوائية أو التطفل من قبل طرف ثالث عن طريق التدخل أو التصنت على الصفقة، ومنع التفأوض الموازي^(١٢٠)، لأن الصفقة ستبقى بين طرفين لا ثالث

١١٩. للمزيد في ذلك ينظر محمود عبد الرحيم الشريفات: التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص ٧٤.
١٢٠. للمزيد في التفأوض الموازي ينظر د. صدام فيصل المحمدي: التفأوض على العقود بين الحرية والتقييد، بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة النهرين، العدد الخاص بالمؤتمر القانوني الأول، لعام ٢٠٠٩.

لهما، مما يحقق قدراً أعلى من السرية في هذه الصفقات^(١٢١) ونسبة نجاح في إبرامها تصل إلى درجة عالية، لأن ذلك سيعزز من اكتمال الصفقة على وجه أمثل^(١٢٢).

الفرع الثالث

التعاقد بالتفاعل بين وسيطين إلكترونيين

تقرر المادة ١٢ من اتفاقية الأونسترال الخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٧ سابقة الذكر، صحة العقد الذي يجري بالتفاعل بين وسيطين إلكترونيين، عندما قررت وبشكل صريح بأن ”لا يجوز إنكار صحة أو إمكانية إنفاذ العقد الذي يكون بالتفاعل بين نظام رسائل آلي وشخص طبيعي، أو بالتفاعل بين نظامي رسائل آليين، لمجرد عدم مراجعة شخص طبيعي كلا من الأفعال التي قامت بها نظم الرسائل الآلية أو العقد الناتج عن تلك الأفعال أو تدخله فيها“، ويبين دليل التشريع الملحق بالاتفاقية الذي أعدته لجنة الأونسترال في الأمم المتحدة، بأن تزايد استخدام نظم الوسائط الإلكترونية الذكية في التجارة الإلكترونية تدفع إلى إعادة النظر في النظريات القانونية التقليدية بشأن تكوين العقود، من أجل تقييم مدى ملاءمتها بالنسبة للعقود التي تنشأ دون تدخل بشري^(١٢٣).

هذا وأن اتفاقيات الأونسترال لا تحول بأي شكل من الأشكال دون استخدام برامج الوسائط الإلكترونية الذكية لأمر مثل إصدار الطلبات أو معالجة طلبات الشراء، ولا توجد في القانون النموذجي ما يبدو أنه يضع عقبات أمام استخدام نظم الرسائل الآلية تماماً، فإنه لا يتناول تلك النظم على وجه التحديد^(١٢٤).

ورأت لجنة الأونسترال إنه سيكون من المفيد أن تنص اتفاقية الخطابات الإلكترونية على أحكام تيسر استخدام نظم الرسائل الآلية في التجارة الإلكترونية، وقد تضمنت المادة ١٢ ”سابقة الذكر“ قاعدة عدم تمييز صريحة يقصد بها توضيح أن عدم وجود مراجعة بشرية لمعاملة معينة أو تدخل بشري لا يحول بحد ذاته دون تكوين العقد^(١٢٥)، بينما قد يكون هناك عدد من الأسباب خلافاً لذلك تبطل صحة العقد بمقتضى القانون الداخلي^(١٢٦)، ولذلك لا يحرم مجرد استخدام نظم وبرمجيات الوسائط الإلكترونية الذكية - لأغراض تكوين العقد - ذلك العقد من الفعالية والصحة والنفاد.

١٢١. للمزيد د. صدام فيصل المحمدي: التفأوض على العقود، المرجع نفسه.

122. Electronic Commerce Research: Kluwer Academic Publishers. Op cit.

١٢٢. دليل الاشتراع الخاص بالأونسترال الصادر عام ٢٠٠٧ سابق الذكر، ص ٦٩.

١٢٤. باستثناء الفقرة ٢/ ب من المادة ١٢ من الأونسترال الصادر عام ١٩٩٦، والتي تناولت إسناد رسائل البيانات.

125. A/CN.9/546, n- 124 & 126.

١٢٦. وقد بنى قانون إمارة دبي سابق الذكر نفس موقف الاتفاقية في المادة ١٤ منه، وقانون التجارة الإلكترونية البحريني سابق الذكر في المادة ١٢ منه.

المطلب الثالث

إقرار مبدأی الحياد التكنولوجي والتكافؤ الوظيفي

ولما كان تبني هذين المبدأين كان ولا يزال له الأثر الكبير في إقرار الكثير من القواعد القانونية التي تحكم المسائل المتعلقة بالتجارة الالكترونية عموماً وتكوين العقود باستخدام الوسائط الالكترونية الذكية خصوصاً، فإنه من الضروري بيان المقصود من هذين المبدأين وكيف ظهرا وما هي الآلية التي طبقا فيها؟ عليه فإننا سنقسم البحث في هذا المطلب الى فرعين نخصص أولهما للبحث في مبدأ الحياد التكنولوجي ونبحث في الثاني مبدأ التكافؤ أو النظرير الوظيفي، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

مبدأ الحياد التكنولوجي

تستند القوانين النموذجية الصادرة عن لجنة "الاونسترال" الى مبدأ الحياد بين الوسائط التكنولوجية، حيث لم يكن هذا المبدأ معروفا سابقاً، فقد تبنت اللجنة الدولية للأونسترال في الجمعية العامة للأمم المتحدة فكرة "عدم التمييز بين ما هوناشئ من تصرفات بموجب وسائط تقليدية أو وسائط الكترونية"،^(١٢٧) وقد أقرت هذه الفكرة في البدء بصورة بسيطة وطبقت عند صياغة القانون النموذجي لعام ١٩٩٦، وكان الغرض من ذلك هو التخفيف من المعارضة التي واجهتها الفكرة القائلة بوجود المعاملة المتكافئة بين الوسائط والتقنيات التي تستخدم في التجارة الالكترونية مع نظيرتها المعترف بها في التجارة التقليدية.^(١٢٨)

وأسباب تبني هذا المبدأ ترجع بالأساس الى سرعة الابتكار التكنولوجي وتشدد القوانين التقليدية في شروط وإجراءات بعض المستندات المستحدثة في سياق المعاملات التجارية، والتي يمكن أن تواجه بالصد في إطار الممارسات العملية، وظهور معايير للاعتراف القانوني لأنظمة الكترونية تقترب موثوقيتها ودقتها من المعايير القانونية التقليدية^(١٢٩).

ومبدأ الحياد التكنولوجي أصبح من المبادئ المهمة التي تقوم عليها أحكام الاتفاقيات الدولية وبخاصة اتفاقيات الاونسترال وبرز تطبيقه بصورة أكثر تطوراً واتساعاً في اتفاقية الاونسترال لعام ٢٠٠١ بحيث أصبح مبدأ يسري على جميع أحكام الاتفاقية ومبدأ من المبادئ التي تقوم عليها كما تشير ديباجة الاتفاقية سابقة الذكر، وأصبح مفهومه يعني أن القواعد الخاصة بالاتفاقية هي

127. A.CN.9/WG.IV/WP.84. n-16.

١٢٨. وذلك ما ورد في المادة ٧ من قانون الاونسترال النموذجي ١٩٩٦ والمادة ٦ من قانون الاونسترال النموذجي ٢٠٠١.
١٢٩. فمثلاً تبنت لجنة الاونسترال مبدأ الحياد إزاء كافة تكنولوجيات التوقيع الالكتروني حيث يمكن أن نجد أكثر من تقنية "مؤثوقة ودقيقة" يمكن أن تؤدي نفس الغرض من التوقيع العادي، بحيث تتنفي مخاطرها في الاستخدام العلمي، مما يدعو بوبرر صحتها وقبولها... للمزيد في ذلك تنظر الوثيقة 484-n- 52/A/CN.9.

قواعد حيادية لا تتوقف على استخدام أنواع معينة من التكنولوجيا، ولا تفرض مسبقاً استخدام هذه الأنواع، ونصوص هذه الاتفاقية تغطي كل الأوضاع التكنولوجية المستخدمة في إنجاز التوقيع الإلكتروني بصرف النظر عن الكيفية أو التقنية المستخدمة فيها.

وقد بينت الاتفاقية أهمية هذا المبدأ؛ خاصة مع سرعة الابتكارات التكنولوجية وضمان أن يكون القانون قادراً على استيعاب التطورات المستقبلية لضمان أن لا تتقدم أحكامه بسرعة، ومن نتائج الأخذ بهذا المبدأ، هو اعتماد مصطلحات جديدة الهدف منها تفادي أي إشارة إلى وسيلة تقنية معينة واستبعاد أخرى، واعتبار أي استبعاد بشكل مباشر أو غير مباشر لأي شكل أو تقنية أو واسطة عن طريق قيد في الاتفاقية تتعارض مع الغرض المتمثل بتوفير حياد تكنولوجي حقيقي، وهذا الحياد لا يشمل المفاهيم والمصطلحات فقط وإنما يشمل الوسائط أيضاً "حياد الوسائط"، حيث إن محور تركيز هذه الاتفاقية أصبح تيسير وسائل الاتصال غير الورقية، بتوفير معايير يمكن بمقتضاها أن تصبح هذه الوسائل "مكافئات" للوثائق الورقية، ولكن الغرض الأساسي من الاتفاقية، ليس تغيير القواعد التقليدية بشأن المعاملات التقليدية ووسائلها، وإنما وضع قواعد موضوعية مستقلة للتكنولوجيا المستخدمة في التعاملات الإلكترونية^(١٢٠).

وينطلق هذا التركيز من مقولة إنه من المستحيل في المعاملات التقليدية ضمان الأمن المطلق ضد الاحتيال أو الغش أو أخطاء الإرسال، والخطر نفسه موجود من حيث المبدأ في المعاملات الإلكترونية، ومن المتصور أيضاً إيجاد حلول قانونية تجسد التدابير الأمنية الصارمة المستخدمة في تلك التعاملات وأنظمة الحواسيب وضمان أمن أكثر في تكوين وإنجاز تلك المعاملات.

ويكون من الأنسب تدرج اشتراطات الأمن في خطوات مماثلة لدرجات الأمن القانوني التي تقابل المعاملات الورقية، ومن هنا يأتي المفهوم المرن الخاص بتوفير الوثوقية بالقدر المناسب للغرض الذي انشئ الخطاب الإلكتروني من أجله^(١٢١).

١٢٠. وهوما سبق بيانه تفصيلاً في صفحات سابقة من هذه الدراسة.

١٢١. تنص المادة ٩ من اتفاقية قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة ٢٠٠١ المتعلقة بسلوك مقدم خدمات التصديق "١ - حيثما يُؤفّر مقدم خدمات التصديق خدمات لتأييد توقيع الكتروني يجوز استخدامه لإعطاء مفعول قانوني بصفته توقيعاً، يتعين على مقدم خدمات التصديق المشار إليه: أ- أن يتصرّف وفقاً للتأكدات التي يقدمها بخصوص سياساته وممارساته؛ ب- أن يولي قدراً معقولاً من العناية لضمان دقة واكتمال كل ما يُقدّمه من تأكيدات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة دورة سريانها، أو مدرجة في الشهادة ج- أن يُؤفّر وسائل يكون الوصول إليها متيسراً بقدر معقول وتمكن الطرف المعوّل من التأكد، من الشهادة، مما يلي :

١- هوية مقدم خدمات التصديق ٢- أن الموقع المعينة هويته في الشهادة كان يتحكم في بيانات إنشاء التوقيع في وقت إصدار الشهادة ٣- أن بيانات إنشاء التوقيع كانت صحيحة في وقت إصدار الشهادة أوقبله.

د- أن يُؤفّر وسائل يكون الوصول إليها متيسراً بقدر معقول وتمكن الطرف المعوّل من التأكد، عند الاقتضاء، من الشهادة أو من سواها، مما يلي:

١- الطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع ٢- وجود أي تقييم على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تُستخدم من أجلها بيانات إنشاء التوقيع أو أن تُستخدم من أجلها الشهادة ٣- أن بيانات إنشاء التوقيع صحيحة ولم تتعرّض لما يثير الشبهة. ٤- وجود أي تقييم

وبذلك يكون المبدأ الذي وجد أساسه في المادة ٥ من القانون النموذجي لسنة ١٩٩٦ وتطور تطبيقه في المادة ١/٨ في اتفاقية الأونسترال لسنة ٢٠٠٧ مبدأ قانونيا مهما أخذ يلعب دورا مميذا ذا وجهين:

الأول: الحياد تجاه التكنولوجيا ويعني عدم الوقوف بالصد تجاه ما هوتكنولوجي أو تقني وعدم التمييز ما بين التقنيات المتكافئة التي تحقق غاية واحدة، ومسايرة الواقع الذي يتسم بالنمو السريع وتطور الابتكارات التكنولوجية في مجال التجارة الالكترونية على المستويين الوطني والدولي.

أما الثاني: فهو الحياد في مواجهة القواعد القانونية التقليدية ويعني عدم معارضة القواعد التقليدية الراسخة واستبعاد نفيها والحلول محلها، لأن ما استقر عليه التعامل من قواعد تحكم المعاملات التقليدية ينفع لما هوتقليدي، أما ما استحدث من صيغ وتقنيات وابتكارات تتعارض مع طبيعة اشتراطات تلك القواعد، فيجب أن لا نسحب أحكام تلك القواعد عليها، وإنما يجب أن نستحدث لها قواعد جديدة، تتلاءم والخصوصية التي تتمتع بها، وترك القواعد التقليدية للمعاملات التقليدية، دون أن يمس أيا منها بالأخرى، ولا ان نقضي على أي منها في سبيل الاعتراف بالأخرى.

الفرع الثاني

مبدأ التكافؤ أو النظر الوظيفي

جاءت اتفاقية الأونسترال لسنة ١٩٩٦ بفكرة الاعتماد على نهج النظر الوظيفي أو التكافؤ الوظيفي، كفكرة يؤدي تبنيها الى المواءمة بين الأساليب التقليدية والأساليب الحديثة في التجارة الالكترونية، ومفاد هذا النهج هو إن الاشتراطات القانونية المطبقة في الدول بصدد الأساليب التقليدية في التعاقد التي بنيت التشريعات فيها على هذا الأساس، يجب أن تتكيف مع التطورات الحاصلة في تكنولوجيا الاتصالات المطبقة في الواقع التجاري، دون ان يؤدي ذلك الى إزالة الاشتراطات التقليدية بالكامل، أو التأثير على المفاهيم القانونية الراسخة التي تقوم عليها تلك الاشتراطات.

ولتطبيق هذا النهج في بادئ الأمر وجب الزخذ بعين الاعتبار مسألتين مهمتين :

الأولى: إمكانية معالجة العوائق أمام استخدام طرق ووسائل التجارة الالكترونية، والتي

على نطاق أومدى المسؤولية التي اشترطها مقدّم خدمات التصديق.٥- ما إذا كانت هناك وسائل متاحة للموقع لتقديم إشعار بمقتضى الفقرة ١/ ب (من المادة ٨ من هذا القانون ؛ ما إذا كانت تُتاح خدمة إلغاء آنية. ه - أن يُوفر، حيثما تقدم الخدمات بمقتضى الفقرة الفرعية (د/ ٥) وسيلة للموقع لتقديم إشعار بمقتضى الفقرة (١/ ب) من المادة ٨ من هذا القانون، وأن يضمن، حيثما تقدّم الخدمات بمقتضى الفقرة الفرعية (د/ ٦) إتاحة خدمة إلغاء آنية. و) أن يستخدم في أداء خدماته نظما وإجراءات وموارد بشرية جديرة بالثقة.٢- يتحمل مقدّم خدمات التصديق التبعات القانونية لتخلّفه عن الوفاء. باشتراطات الفقرة ١.

تطرحها الاشتراطات التقليدية الموجودة في القوانين الوطنية وذلك عن طريق توسيع تلك المفاهيم^(١٣٢)، لكي تشمل على التقنيات التي تستخدم الحاسوب.

أما المسألة الثانية فهي الوفاء ببعض الاشتراطات القانونية، بأساليب وطرق التعاقد وطرق إثباته عن طريق استخدام قواعد قانونية جديدة، والسبب في ذلك يعود الى وجود فروق كثيرة تميز التبادل الإلكتروني للبيانات عن المعاملات أو المستندات الورقية التقليدية.

لذا فإن النظرير الوظيفي يعتمد على تحليل للأغراض والوظائف التي كانت تسبب الى الاشتراط التقليدي، بهدف تقرير كيفية تحقيق تلك الأغراض أو أداء تلك الوظائف من خلال تقنيات التجارة الإلكترونية، حيث يمكن أن نفترض في الطرق المستخدمة درجة من الأمان والموثوقية والسرعة والمستوى الدقيق بمجرد تحقق عدد من الاشتراطات التقنية والقانونية، ومع ذلك فإن اعتماد هذا النهج لا يعني فرض معايير معينة وإضافية وما يتصل بها من تكاليف على مستعملي التقنيات الخاصة بالتجارة الإلكترونية أكثر من تلك المطلوبة في المعاملات التقليدية، لهذا فقد اعتمدت اتفاقية الأونسترال لعام ١٩٩٦ معياراً مرناً يراعي مختلف فئات الاشتراطات القائمة في عالم التجارة التقليدية، ومثال ذلك إيلاء اهتماماً خاصاً للتعامل الهرمي الراهن لمقتضيات الشكل الذي يحدد مستويات مميزة من موثوقية المستندات الورقية وإمكانية اقتضاء أثرها وعدم قابليتها للتحويل، وهذا ما يجب أن يتوفر في المستندات الإلكترونية، ولا يحدد القانون النموذجي شكلاً حاسوبياً مكافئاً لأي نوع من أنواع المستندات الورقية، بل يبرز الوظائف الأساسية لاشتراطات الشكل الورقي، بهدف إيجاد معايير يمكن عند الوفاء بها أن تحظى هذه الرسائل بنفس الاعتراف القانوني الذي يحظى به المستند الورقي المقابل لها، والذي يؤدي في نفس الوقت الوظيفة ذاتها^(١٣٣)

وقد تطور تطبيق هذا النهج في الأونسترال لعام ٢٠٠١ عندما أقرت لجنة الأونسترال اتباع نهج يستوجب عدم التمييز تجاه استعمال النظائر الوظيفية للمفاهيم والممارسات التجارية التقليدية^(١٣٤)، حيث ورد في المادة ٢/ ج في تعريف رسالة البيانات عبارة "أوسائل مشابهة" ولا يفهم من هذه العبارة إلا دلالة قانونية مفادها الإشارة الى أن القانون النموذجي لا يمكن أن يطبق فقط في سياق تقنيات الاتصال القائمة فحسب، بل أن تستوعب التطورات التقنية المتوقعة لذلك فإنه كما كان تعريف رسالة البيانات يشمل أساساً جميع الرسائل المنتجة أو المخزونة أو المبلغة في شكل غير ورقي، فإن المقصود هو أن تستوعب الإشارة الى الوسائل المشابهة، جميع وسائل إبلاغ

١٣٢. هذا النهج متبع في المادة ٧ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ وتعديلاته المقررة عام ٢٠٠٦ والمادة ١٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لبيع البضائع الدولية في فيينا لعام ١٩٨٠. للمزيد ينظر الموقع الإلكتروني: <http://www.uncitral.org>

١٣٣. وذلك ما نلمسه في المواد ٦ و ٧ و ٨ من القانون النموذجي لسنة ١٩٩٦، فيما يتعلق بالكتابة والتوقيع والأصل.

المعلومات وتخزينها ما دامت تعمل لأداء وظائف موازية للوظائف التي تؤدي بالوسائل المذكورة في التعريف، لذا فإنه لا يمكن أن تفسر كلمة وسائل مشابهة إلا بمعنى نظيرا وظيفيا.

لهذا نجد الاونسترال لسنة ٢٠٠١ الخاص بالتوقيعات الالكترونية يركز على استخدام التوقيعات الالكترونية كظواهر وظيفية للتوقيعات الخطية^(١٣٥)، وفي تطور ملحوظ، تبنت لجنة الاونسترال هذا المبدأ بصورة صريحة في قانون الاونسترال لسنة ٢٠٠١ وقررت المعاملة المتكافئة لجميع التكنولوجيات المستخدمة لإنجاز غاية معينة، دون تمييز أي منها عن الأخرى^(١٣٦) وجسدت المادة ٣ من قانون الاونسترال لعام ٢٠٠١ ظهور مفهوم هذا المبدأ بصورة جلية، عندما أقرت مبدأ أساسياً مفاده عدم التمييز ضد أي طريقة للتوقيع الالكتروني، بحيث تنال جميع تكنولوجيات التوقيع نفس الوجه في الاعتراف القانوني، ما دامت تستوفي جميع الشروط الواردة في هذا الاونسترال، لذلك لا ينبغي أن يكون اختلاف في المعاملة بين الرسائل الموقعة الكترونيا عن المستندات الورقية التي تحمل توقيعاً خطياً، وأبين الرسائل الالكترونية الموقعة توقيعاً الكترونياً بتقنيات مختلفة، شريطة أن تكون هذه التقنيات مستوفية لشروط المادة ٦ من الاتفاقية أو أي شرط اخر مطبق^(١٣٧).

وبغية عدم إدراج أي تقييد تقني بشأن الطريقة التي يمكن للموقع استعمالها لأداء المعادل الوظيفي للتوقيع اليدوي أو الإيحاء بذلك التقييد التقني، فضلت صيغة مرنة تشير الى أن البيانات التي يجوز أن تستخدم على إياشارة الى الوسائل التي يستعملها الموقع الذي هو قادر تقنيا على اداء تلك الوظائف.

وقد تطور الموقف في هذا الصدد عندما، أقرت اتفاقية الاونسترال للعقود الدولية الالكترونية لعام ٢٠٠٧ النظر الوظيفي "كمبدأ" من المبادئ التي تقوم عليها الاتفاقية إضافة الى مبدأ الحياد التكنولوجي، كما أقرت الاتفاقية وجود فرق شاسع بين الاشتراطات القانونية في المعاملات التقليدية وواقع المعاملات الالكترونية، وأن محأولة صرف تلك الاشتراطات التقليدية الى المعاملات الالكترونية يشكل عقبة في تطورها ونموها، ومهما بذل من جهد فإن المعاملة الورقية لا يمكن أن تكافئ ١٠٠٪ نظيرتها الالكترونية، لأن طبيعتهما مختلفة تماماً، وفي الوقت نفسه لا تسعى الاتفاقية الى تحديد مكافئ الكتروني لأي نوع من الاشتراطات أو المستندات التقليدية،

135. A/CN.9/493.n – 62.

١٣٦. المادة ٢ من الاونسترال التي قررت المعاملة المتكافئة لتكنولوجيات التوقيع والمادة ٦ التي أوضحت اشتراطات صحة التوقيع الالكتروني.

١٣٧. فمثلاً يمكن أن تقضي باستخدام طريقة معينة للتوقيع دون أخرى، أو يمكن أن يوضع معيار للتوقيع يمثل حداً أدنى وحداً أعلى من المعيار الموضوع في هذا الاونسترال المادة ٧ منه والمادة ٦ من الاونسترال لعام ١٩٩٦، وأيضاً يشترط أن لا يمس ذلك حرية التعاقد المسلم بها في الاونسترالين، إذ يمكن للأطراف حسب اتفاقهم أن يستبعدوا طريقة من طرق التوقيع دون أخرى، وإشارة المادة ٣ الى أن الشكل الذي يتم فيه التوقيع الالكتروني لا يمكن أن يستخدم كسبب وحيد لحرمان التوقيع الالكتروني من مفعوله القانوني.

لذلك فإن اعتماد الوظائف الأساسية للاشتراطات التقليدية متى ما توفرت، وتحققت في المعاملة الإلكترونية، تمتعت هذه الأخيرة بنفس درجة الاعتراف القانوني التي تتمتع بها هذه المعاملة ما دامت تؤدي الوظيفة ذاتها^(١٣٨).

المطلب الرابع

حرية المتعاقدين في اختيار الوسائط والتكنولوجيات الملائمة للتعاقد

إن ما يمكن أن نستنتجه من النصوص الواردة في اتفاقيات الاونسترال النموذجية، هو أن المتعاقدين في مجال التجارة الإلكترونية أحرار في استخدام الوسائط التكنولوجية والتقنيات المناسبة لإنجاز تعاقداتهم وتكوينها وتنفيذها، ولما كان قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦ قد تبنى مبادئ عامة تحكم التجارة الإلكترونية، فقد وضع بشكل عام لكي يكون دليلاً تشريعياً نموذجياً لتسهيل وضع تشريعات داخلية لها سمات متشابهة في التشريعات الوطنية التي تعتمدها الدول الأعضاء، فقد بادرت في ذلك لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وذلك كاستجابة لحقيقة واقعية مفادها إن العديد من التشريعات الداخلية للدول التي تحكم الاتصالات والمعلومات الإلكترونية هي تقليدية أو عفا عليها الزمن، وهي تقيّد حرية الأطراف ومستخدمي التكنولوجيا في عملياتهم القانونية، بل إن الأهم من ذلك هو أن قوانين بعض الدول تعرقل فعلاً نمو التجارة الإلكترونية المتسارع، والسبب هو أن القواعد التقليدية بمفهومها وآلياتها وأحكامها تعرقل التجارة الإلكترونية من خلال فرض قيود على استخدام الوسائل الإلكترونية في التعامل، فتلك القواعد التقليدية وضعت لتحكم المعاملات التقليدية، ومحأولة تطويعها يخرجها عن إطارها الحقيقي لتحميلها أكثر مما تحتمل، لا أن تحكم المعاملات المستحدثة التي لم يدر في خلد واضعي تلك القواعد أن تخرج عما يتصورونه من تطبيقات ووسائل لانعقاد تلك المعاملات، فقد كانت هذه الوسائل من قبيل الخيال بعيدة المنال، ولما كان القانون يحكم ما هو كائن أو ما سيكون، فإنه لا يمكن أن ينص على انعقاد عقد بشكلية معينة دون الكتابة، والكتابة تقليدياً معروفة بالتسطير على الورقة لا أن تظهر الكتابة بشكل إلكتروني - افتراضي بدون وجود مادي ملموس، فكيف يتمكن من قبول هذه الوسائل والطرق والأدوات المستحدثة، والتي كانت من قبيل الخيال الذي لا يمكن تحقيقه عن طريق قواعد لا تقر ولا تعترف إلا بما هو مادي مكتوب ومسطر^(١٣٩)، مثلما لم يدر في خلد المشرع أن تنشأ قدرة على تكوين العقود وإنجاز التعاقدات وتكوينها وتنفيذها أحياناً، بواسطة كيانات رقمية أو برامج إلكترونية لا تتمتع بإرادة قانونية فضلاً عن عدم اكتسابها الشخصية القانونية الطبيعية أو المعنوية، بدون تدخل إرادة بشرية أو إرادة قانونية من نوع

١٣٨. ينظر المادة ٩ سابقة الذكر من الاتفاقية نفسها.

آخر، حيث ان القدرة على إنجاز التعاقد وتكوين العقود تقليديا ثابتة للأشخاص القانونية لا لكيانات أخرى من قبيل الوسيط الالكتروني الذكي، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، حأول القانون النموذجي أن يزيل الحواجز التي تعترض تطور التجارة العالمية، لذا ارتأت لجنة الاونسترال أن تقترح قواعد ذات طابع عالمي في نطاق المعاملات الالكترونية، من أجل سد النقص في القواعد التقليدية واعتماد استراتيجية قانونية موحدة على المستوى الدولي، تسمح بأن تحل النظائر الوظيفية الحديثة ” الرقمية“ محل التقليدية لسد الاحتياجات المتنوعة عن طريق المعاملات الالكترونية، والسماح للوسائل الالكترونية الذكية لتأخذ دورها في تحقيق الأهداف التي يتوخى المتعاملون تحقيقها من خلال استخدامها.^(١٤٠)

وقد ساد الاعتقاد لدى لجنة الاونسترال بأنه عندما يحدد الفرد الاستجابة التي تقدم له ويقوم بما يدل على الموافقة على شروط العرض عندما يكون ذلك متولدا من قبل وسيط الكتروني ذكي، يصبح ضروريا اللجوء الى قاعدة تعزوتلك العمليات الى كيان الشخص، ولذلك نجد دليل الاشتراع المصاحب لقانون الاونسترال النموذجي لعام ١٩٩٦ يذهب الى أن رسائل البيانات التي تم إنشاؤها تلقائيا بواسطة أجهزة الكمبيوتر دون تدخل بشري ينبغي اعتبار مصدرها من الكيان القانوني الذي قام بتشغيل الكمبيوتر، لهذا نجد قوانين التجارة الالكترونية لبعض الدول تأخذ بمبدأ إسناد ونسبة العمليات التي يقوم بها الوسيط الالكتروني الى شخص مستخدمها باعتبارها امتدادا لتصرفاته.^(١٤١)

أما الموقف في اتفاقية الاونسترال لعام ٢٠٠٧ عرفت المادة ٤ / ز من هذه الاتفاقية الوسيط الالكتروني الذكي تحت مسمى نظام رسائل آلي ”بأنه برنامج حاسوبي أو وسيلة الكترونية أو وسيلة آلية أخرى تستخدم لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل البيانات أو لعمليات تنفيذها، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام اجراء ما أو ينشئ استجابة ما“ وهذا تعريف صريح وواضح للمقصود من الوسيط الالكتروني الذكي وآلية عمله والغاية منه، حيث تقرر المادة ١٢ من هذه الاتفاقية صراحة وبدون أي لبس استخدام نظم الوسيط الالكتروني الذكي ”الرسائل الآلية في تكوين العقود“ بنصها على أن ”لا يجوز إنكار صحة أو إمكانية إنفاذ العقد الذي يكون بالتفاعل بين نظام رسائل آلي وشخص طبيعي، أو بالتفاعل بين نظامي رسائل آليين بمجرد عدم مراجعة شخص طبيعي كلا من الأفعال التي قامت بها نظم الرسائل الآلية أو العقد الناتج عن تلك الأفعال أو تدخله بها“.

١٤٠. تقليديا كان يتطلب للموافقة على العقد في بعض التعاملات وضع توقيع المتعاقد في ورقة العقد، وأصبح التعادل الوظيفي هنا يتحقق من خلال النقر على الفأرة في المكان المخصص للموافقة في نطاق الرد على استفسار خاص، على شاشة جهاز الحاسوب يوفر وظيفة تعادل وجود التوقيع.

١٤١. على النحو الذي سبق تفصيله في صفحات سابقة من هذه الدراسة.

وتقرر الاتفاقية بذلك الإشارة أساساً الى حالة التفاؤض على العقد أو إبرامه بصورة آلية دون أن يشارك في عملية التفاؤض أو تكوين العقد اي شخص ويمكن ان يكون نظام الوسيط الالكتروني الذكي هذا جزءاً من نظام المعلومات الذي يشمل كافة الوسائل التقنية المستخدمة لإرسال المعلومات وتلقيها وتخزينها ومعالجتها، مثل شبكات الاتصالات، ولكن ليس من الضروري أن يكون جزءاً من هذه الشبكات.^(١٤٢)

ونظراً لتزايد استخدام نظم الوسيط الالكتروني في التجارة الالكترونية وتطبيق مبدأي الحياد التكنولوجي والتكافؤ الوظيفي والاستناد الى الحرية التعاقدية، فقد خلصت لجنة إعداد قانون الاونسترال لعام ٢٠٠٧ الى نتائج مهمة تمثلت بـ :

١- إن من شأن هذا التطور أن يدفع فقهاء القانون الى إعادة النظر في النظريات القانونية التقليدية بشأن تكوين العقود التي تنشأ بدون تدخل أي شخص.

٢- إن اتفاقيات الاونسترال جميعها لا تحول دون استخدام نظم الوسيط الالكتروني بأي شكل من الأشكال، لأمر مثل إصدار طلبيات الشراء، وهوما مقرر أيضاً ومشروع بموجب اتفاقية الامم المتحدة للبيع، التي تسمح للأطراف وضع قواعد خاصة بالمعاملة التي يجرونها ضمن " حرية التعاقد " ، وفي سياق ذلك يمكن الاتفاق على إمكانية إبرام عقود الشراكة التجارية بواسطة تبادل الالكتروني للبيانات وينظم استخدام الوسيط الالكتروني الذكي في التعاقد.

٣- في الوقت الذي لا تضع فيه اتفاقيات الاونسترال عقبات أمام استخدام نظم الرسائل الآلية تماماً، فإنها لا تتناول تلك النظم على وجه التحديد، باستثناء القاعدة العامة بشأن الإسناد.

٤- تطبيقاً لمبدأ الحياد التكنولوجي، ارتأى واضعو اتفاقية الاونسترال إنه ليست هناك حاجة الى تعديل القواعد العامة التي تحكم العقود، ويفضل النص صراحة على أحكام خاصة لحكم المعاملات التي تبرم عن طريق الوسيط الالكتروني الذكي، تماثل في أحكامها بعض التشريعات الوطنية المتعلقة بالتجارة الالكترونية،^(١٤٣) وهو التوجه الذي تبنته الدراسة، وتدعوقوة الى الأخذ به.

١٤٢. قارن مع نص المادة ٤/ ومن الاونسترال والفقرة ١١٤ من الوثيقة 527/A/CN.9 ، وتورد لجنة إعداد الاتفاقية، في دليل الاشتراع الملحق بها مثالا على ذلك بالقول "إن العنصر الحاسم في هذا التعريف هو عدم وجود فاعل بشري في أحد جانبي المعاملة أو في جانبيهما كليهما، مثلا تكون المعاملة الية إذا طلب طرف بضائع عن طريق موقع شبكي، لأن البائع يتلقى الطلب ويؤكد استلامه عن طريق آلية، وبالمثل فإنه إذا تعامل مصنع ومورده من خلال التبادل الالكتروني للبيانات، يرسل حاسوب المصنع عند تلقي معلومات في نطاق بارمترات مبرمجة سلفا في حاسوب المورد، فإن هذه المعاملة تكون آلية تماما - تفاؤضا وتكويناً وتنفيذاً -، وإذا كان المورد يعتمد بدلا من ذلك على موظف لمراجعة طلب المصنع وقبوله وتجهيزه، فعند إذن يكون الجانب الخاص بالمصنع في المعاملة هو فقط الجانب الآلي، وفي أي من الحالتين تدرج المعاملة كلها في نطاق التعريف". للمزيد ينظر دليل الاشتراع الملحق بالاتفاقية شرح المادة ١٢ / ٢ / ب من الاونسترال لعام ٢٠٠٧.

٥- ضرورة النص صراحة على عدم التمييز بين عقد تم بمراجعة بشرية أو عقد تم باستخدام نظم الرسائل الآلية أو وسيط الكتروني ذكي^(١٤٤)، لأن ذلك لا يحول دون تكوين العقد، أخذاً بمبدأ التكافؤ التكنولوجي، ولذلك لا يجوز أن يحظر بمجرد استخدام نظم الرسائل الآلية لأغراض تكوين العقد، ذلك العقد من الفعالية والصحة والقابلية للنفاذ.

ولما كان الهدف من وراء إقرار قانون الأونسترال النموذجي لعام ١٩٩٦، توفير إجراءات ومبادئ أساسية لتيسير استخدام التقنيات التكنولوجية العصرية في مختلف المجالات لأغراض تدوين المعلومات وإبلاغها، فقد أقر القانون النموذجي إنه قانون "إطاري مرجعي" لا يبين في حد ذاته جميع القواعد واللوائح التي تكون ضرورية لتطبيق تلك التقنيات في الدول المختلفة، بل لا يقصد من القانون النموذجي أن يكون مستوعباً لكل جانب من جوانب التجارة الإلكترونية^(١٤٥)، فالدول يمكن أن تشرع قواعد لاستكمال بعض الجوانب التي يجيزها القانون النموذجي أو تغطي بعض المسائل التي لم يحكمها القانون النموذجي، ولكن دون المساس بأهداف ذلك القانون النموذجي.

فضلاً عن أن حرية الأطراف مكفولة في اختيار القواعد المناسبة حسب اتفاقهم وحسب الظروف التي يترتبون أن تكون محكومة بقواعد تتلاءم واتفاقهم في حالة معينة، وقد جاءت المادة ١/٤ من هذه اتفاقية الأونسترال لعام ١٩٩٦ بنتيجة مفادها إن قرار الاضطلاع بإعداد قانون أنموذجي استند إلى الاعتراف بأن حلول الصعوبات القانونية التي يثيرها استعمال الوسائل الإلكترونية في التعامل يلتزم في الناحية العملية البحث في كثير من الأحيان في إطار العقود، وبالتالي جاء القانون النموذجي بأحكام تدعم حرية الأطراف ومبدأ استقلال المتعاقدين^(١٤٦)، والسبب في ذلك هو أن الأحكام الواردة هنا قد ينظر إليها إلى حد ما على أنها مجموعة من الاستثناءات على قواعد قانونية تقليدية راسخة جيداً، تتعلق بشكل المعاملات القانونية، وهذه القواعد الراسخة هي بطبيعتها قواعد إلزامية أمره عادة، لأنها تتعلق بالتنظيم القانوني العام لنظرية العقود، لذلك فإن بياناً غير مقيد بتحفظ أو شرط حول حرية الأطراف في الخروج على القانون النموذجي، وقد تفسر على نحو خاطئ على أنه يسمح للأطراف من خلال الخروج على القانون النموذجي بالخروج على القواعد الملزمة المعتمدة لأغراض التنظيم القانوني^(١٤٧).

وينبغي أن ينظر إلى أحكام القانون النموذجي "المستحدثة" على أنها تبين الحد الأدنى المقبول للشكل، وينبغي اعتبارها لهذا السبب إلزامية أيضاً ما لم تنص صراحة على خلاف ذلك.

١٤٤. وهوما تم اقراره في المادة ١٢ من الاتفاقية.

١٤٥. دليل الاشرع الملحق باتفاقية الأونسترال لقانون التجارة الإلكترونية النموذجي لعام ١٩٩٦ ص ١٩.

١٤٦. وقد نصت المادة ١/٤ على أنه "في العلاقة بين الأطراف المشتركة في انشاء رسائل بيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها على أي وجه اخر، وما لم ينص على غير ذلك، يجوز تغيير أحكام الفصل الثالث بالاتفاق"

لذلك فإن إمكانية الأطراف وحریتهم في تغيير هذه الأحكام مكفولة إذا ماتمت بموجب اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف تبرم بين أطرافها، وإما بموجب قواعد تنظيمية يتفق عليها الأطراف، غير أن النص يقيد صراحة استقلالية الأطراف بالحقوق والالتزامات الناشئة بين الأطراف بحيث لا يوحي بأي أثر مترتب فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات لأطراف ثالثة.^(١٤٨)

غير أن هذه الحرية ” الخجولة ” ما لبثت أن توسعت في اتفاقية الأونسترال لعام ٢٠٠١ حيث تتبنى المادة ٥ من هذه الاتفاقية^{١٤٩} نفس توجه الأونسترال السابق، ما عدا تطوراً بسيطاً فيما يتعلق بطريقة التعبير عن تغيير الاتفاق، حيث أوضحت هذه المادة أن هذا التعبير يمكن أن يكون صراحة أو ضمناً^(١٥٠)، وأبقت المادة سريان أحكام هذا الاتفاق على أطرافه فقط دون أن يشمل الوسيط أو أطراف ثالثة.

أما في اتفاقية الأونسترال لعام ٢٠٠٧ المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، تبيّن المادة ٢ نطاق صلاحية الخروج من الأحكام التي أقرتها هذه الاتفاقية، وفي الوقت نفسه، كان هناك قبول عام بأن حرية الأطراف لا تمتد إلى تحية الاشتراطات القانونية التي تفرض استخدام طرقاً محددة في سياقات معينة^(١٥١)، وهي في نفس الوقت تعطي الأطراف الحرية في مجال معين كما هو منصوص عليه في المادة ٨ / ٢ التي لا تشترط على الأطراف قبول الخطابات الإلكترونية إذا لم يرغبوا في ذلك، وهذا يعني أيضاً أنه يجوز للأطراف عدم قبول التوقيعات الإلكترونية^(١٥٢).

ولا تلزم الاتفاقية للخروج عن أحكامها شكلاً معيناً، وإنما يمكن أن يكون بشكل صريح أو ضمناً أيضاً، ما دام ذلك يفيد اتفاق الأطراف على الخروج من أحكام الاتفاقية.^(١٥٣)

١٤٨. ينظر الوثائق

:A/CN.9/WG.IV/WP.62. and A.CN.9/WG.IV/WP.55

١٤٩. حيث نصت المادة ٥ من الأونسترال لسنة ٢٠٠١ على أن ” يجوز الاتفاق على الخروج على أحكام هذا القانون أو تغيير مفعولها، ما لم يكن من شأن ذلك الاتفاق أن يكون غير صحيحاً أو غير ساري المفعول بمقتضى قانون مطبق“
150. A.CN.9/467.n.38

١٥١. كما ورد في المادة ٩ من الاتفاقية التي بينت اشتراطات الشكل .

١٥٢. كما أن هذه الاتفاقية أقرت شكل الخروج على الأحكام ليس فقط في سياق العلاقات بين منشئ رسائل البيانات والمرسل اليهم تلك الرسائل، بل أيضاً في سياق العلاقات بين الوسطاء، وعليه يمكن تغيير أحكام الاتفاقية إما باتفاقات ثنائية وإما باتفاقات متعددة يبرم بين الأطراف أو بواسطة قواعد النظام التي يتفقون عليها. للمزيد ينظر الوثيقة: n.108.427/A.CN.9.

١٥٣. ينظر الوثيقة: n.548.467/n- 123 A.CN.9. وايضاً الملحق رقم ١٧ / ٦٦ / ٨ / ٢٠ من الدورة ٦٠ للجمعية العامة للأمم المتحدة.

الخاتمة:

لا بد ونحن في نهاية هذه الدراسة، أن نسلط الضوء على أبرز ما توصلنا إليه فيها من نتائج، وأن نضع بين يدي الفقه المشرعين بعض المقترحات والتوصيات التي نرى في تبنيها والأخذ بها فائدة على المستويين العملي والنظري، وذلك كما يأتي:

أولاً: النتائج:

١- لا يمكن أن تقرر مشروعية تكوين العقود بالوسائط الالكترونية الذكية ما لم يتم بناء تلك المشروعية على توصيف قانوني سليم لهذه العملية، لذلك دأب الفقه وتبعه في ذلك المشرعون على المستويين الدولي والداخلي الى البحث عن الطبيعة القانونية للتعاقد باستخدام تلك الوسائط.

٢- لا تقر القواعد العامة الواردة في القوانين المدنية عملية تكوين العقود وانعقادها وبالتالي لا تمنحها قوة إلزامية في مواجهة أطرافها ولا تعترف بأثارها، والسبب في ذلك أن انعقاد العقود الالكترونية بواسطة الوسائط الالكترونية الذكية لا يستقيم وفلسفة تلك القواعد التقليدية سواء في آليات التعاقد التي تقررها أو حدود ومدى التدخل الإرادي في تكوينها أو حتى أشكالها وصورها، فالوسائط الالكترونية الذكية هي برامج حاسوبية معدة سلفاً بوسائل الكترونية لغرض التنفيذ التلقائي لإجراء معين أو الاستجابة لأمر بصفة مستقلة، كلية أو جزئية، متعلق بتداول رسائل بيانات الكترونية، دون الحاجة الى تدخل بشري، لذلك وجدنا أن كل عملية مقارنة أجراها الفقه بين تلك الوسائط الذكية والقواعد العامة لم تلق النجاح والتأييد اللازم لها، حيث رأينا عدم صحة ما ذهب اليه المشرع الفدرالي الأمريكي ومن تأثر به من المشرعين من اعتبار الوسيط الالكتروني وكيلا الكترونياً، كما أنه لا يصح اعتباره أداة من أدوات الاتصال التي أقر المشرع المدني استخدامها كقنوات لإيصال الإرادة التعاقدية.

٣- لاحظنا كيف ساهمت الثورة التقنية في إظهار مفاهيم وأحكام قانونية جديدة ساهمت في تطوير الفكر القانوني بشكل عام وإعادة النظر بأحكام وأفكار قانونية كانت الى وقت قريب تعتبر من المبادئ الراسخة في علم القانون، فنجد الفقه أخذ بتطوير وتطويع مفهوم الإرادة القانونية، وتبني مفهوماً جديداً لها مفاده القدرة على إظهار الموافقة في حين كانت ينظر إليها على إنها قدرة الشخص القانوني على إبرام التصرفات القانونية وتكوينها والالتزام بها، وتعززت من خلالها الدعوات التي طالبت بإقرار قواعد قانونية خاصة بهكذا نوع من انواع التعاقد المستحدث، وعدم الركون الى القواعد العامة التي من المفترض أن يبقى نطاق تطبيقها ومجالها الرحب هو المعاملات التقليدية، وهي دعوات استجابت لها لجنة الاونسترال الدولية في الجمعية العامة للأمم المتحدة، في كل الاتفاقيات الخاصة بتنظيم المعاملات الالكترونية والمسائل المتعلقة بها، وتبعها في ذلك

المشرعون في أغلب بلدان العالم التي تبنت قوانين خاصة في هذا المجال وهوتوجه حسن لولا بعض الهفوات التي وقع بها المشرعون عن قصد أو دون قصد عندما لجأوا الى بعض الأنظمة القانونية التقليدية كنظام الوكالة مثلا لتبرير مسؤولية مستخدمي تلك الوسائل الالكترونية اذا ما حصل خطأ بسببها حين قيامها بالمهمة المطلوب منها إنجازها، ولكننا نفسر ذلك بصعوبة الانسلاخ التام عن القواعد التقليدية، وتأثر المشرع الوطني بالقواعد القانونية الراسخة التي تربي عليها وترسخت في ضميره القانوني، ولكن ذلك إن كان مبررا لهذا التأثير إلا أنه ليس مبررا لاستمراره، فلا بد من أن تنتشر ثقافة التجديد والتنوع وفهم حقيقة إن ما تتمخض به الحياة العملية من تطورات تدفعنا شئنا أم أبينا الى الحدثة والتجديد وقبول ما هو مستحدث وإلا كان القانون في واد والواقع في واد آخر وهذا أمر لا نرغبه لأنه غير محمود العواقب، وبالتالي لا بد من إعادة النظر بما هو تقليدي والسماح للثورة التقنية الهائلة التي دخلت عالمنا اليوم بالتقدم دون وضع العراقيل أمامها، يمكن أن تدفعنا الى قبول القول بقدرة الوسيط الالكتروني الذكي على إنجاز التعاقد وبالتالي صحة العقد الناشئ عن تفعيل هذه القدرة.

٤- إن محاولة تطويع فكرة الإرادة، وان كانت - كما نرى - أقرب الاتجاهات الى الصواب إلا أننا نرى أنها أيضا محاولة قاصرة عن التوصل الى الأساس الصحيح لمشروعية انعقاد العقد باستخدام الوسائل الالكترونية الذكية وصحة الآثار الناتجة عنه، واكتساب القدرة الخاصة بإنشاء العقود وتكوين الالتزامات القانونية لكيانات خارج إطار قدرة الإرادة المنسوبة للشخصيات القانونية، وانتشار هذه الأنماط بشكل لا يمكن إنكاره في التعامل، هي حقيقة تستحق الاعتراف بقواعد تقرر أوضاع ومراكز قانونية جديدة تواكب هذه التطورات بل وتحكمها، وتفتح المجال ولوقليلا لمثل هكذا تقنية أو تقنيات مشابهة للاستفادة القصوى من مميزات وفوائد التكنولوجيا، فنحن الآن بصدد ولادة جديدة لفكرة قانونية فرضت نفسها في الواقع العملي وأقر بها المشرعون، ألا وهي قدرة الوسائل الالكترونية الذكية على تكوين عقود صحيحة ملزمة وقابلة للتنفيذ، رغم عدم تمتعها بإرادة أو شخصية قانونية، وهذه القدرة أقر بها المشرع على المستويين الدولي والداخلي، فهي قدرة قانونية ترجع شرعيتها أساسا الى النصوص القانونية التي أقرتها، فقبول هذه العقود والزاميتها وصحة الالتزامات الناشئة عنها مقررة بنصوص قانونية صريحة وواضحة الدلالة في مفهومها ومضمونها، وبالتالي لا حاجة لأي لجوء للقواعد العامة لإيجاد ذلك الأساس أو إقرار الطبيعة القانونية للتعاقد عن طريق الوسائل الالكترونية الذكية.

٥- إن ما يدفعنا الى تبني هذا الرأي والقول به مبررات شتى، منها ما هو قانوني ومنها ما هو واقعي فضلا عن وجود مبررات أخلاقية، فنحن نقر بأن في الخصائص المميزة للتعاقد الالكتروني باستخدام الوسائل الالكترونية الذكية ومزاياه الكثيرة في الواقع ساهمت في انتشار استخدامه

وتنوع تطبيقاته وكثرة اللجوء إليه من قبل التجار والمستهلكين على حد سواء، وظهور مبدأ الحياد تجاه التكنولوجيا والتكافؤ أو التناظر الوظيفي وتبنيهما على المستويين الدولي والوطني، فضلا عن أنه لا يوجد ما يمنع المتعاقدين أو يحد من حريتهم في اختيار الوسائط الالكترونية وغيرها من التكنولوجيات الملائمة لإنجاز التعاقد وتكوين العقود الالكترونية التي يرغبون الدخول فيها، وقد ضمنت التشريعات الوطنية والدولية هذه الحرية بنصوص صريحة.

ثانياً: المقترحات :

١- نقترح على المشرع الوطني في الدول التي تبنت قوانيناً خاصة بالتجارة الالكترونية، أن يقرر وبنصوص صريحة وواضحة الدلالة صحة تكوين العقد الذي تساهم فيه وسائط الكترونية ذكية، شرط ان تتوفر فيه ضمانات ذات مستوى عال من الأهمية تتمثل بالتأكد من إظهار موافقة منشئ الوسيط الالكتروني أو مستخدمه وتأكيد التزامه بالعقد، فضلا عن ضرورة إعلام المستهلك بها وتبني رده على قبولها والتبليغ بهذا القبول، والقدرة على إهمال العرض الأصلي إذا ما حصل عرض مضاد، وكذلك استخدام آليات تقنية من شأنها تجنب الوقوع بالأخطاء أو الحد منها، وأخيراً إجراء الإسناد الصريح، وهذا التوجه هوما تبنته صراحة اتفاقية الاونسترال لاستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية المعقودة عام ٢٠٠٧.

٢- تطبيقاً لمبدأ الحياد التكنولوجي، وأخذاً بمبدأ التكافؤ أو التناظر الوظيفي، فإنه ليست هناك حاجة الى تعديل القواعد العامة التقليدية التي تحكم العقود، ويفضل النص صراحة على أحكام خاصة لحكم المعاملات التي تبرم عن طريق الوسيط الالكتروني الذكي، تماثل في أحكامها بعض التشريعات الوطنية المتعلقة بالتجارة الالكترونية، وضرورة النص صراحة على عدم التمييز بين عقد تم بمراجعة إرادة بشرية أو عقد تم باستخدام برامج الوسيط الالكتروني الذكي، لأن ذلك لا يحول دون تكوين العقد بنص القانون، عليه لا يجوز أن يؤدي تكوين العقد بالوسائط الالكترونية الذكية، الى حرمان ذلك العقد من الفعالية والصحة والقابلية للنفاذ.

تم بحمد الله وفضله...

المراجع الخاصة بالبحث**أولاً: المراجع العربية:****أ- الكتب القانونية:**

- أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، ط ١، دار الجامعة - مصر ٢٠٠٥.
- د. أحمد شرف الدين: عقود التجارة الدولية - تكوين العقد وإثباته، القاهرة، بدون سنة طبع.
- القاضي د. الياس ناصيف: العقود الدولية - العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- بهاء شاهين: الانترنت والعولمة، - ط ١، عالم الكتاب مصر ١٩٩٩، ص ٤٦ وما بعدها.
- د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، ط ١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
- جمال زكي الجريدلي: البيع الإلكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت، ط ١، دار الفكر الجامعي مصر ٢٠٠٨.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ٢٠٠٠.
- د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، كلية الحقوق - جامعة البحرين، ط ١، ٢٠٠٩.
- طارق عبد العال: التجارة الإلكترونية: المفاهيم - التجارب - التحديات الأبعاد التكنولوجية والمالية والتسويقية والقانونية، ط ١، الدار الجامعية الجديدة مصر ٢٠٠٣.
- محمود عبد الرحيم الشريفات: التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩.
- د. وليم سليمان قلادة: التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة - المطبعة التجارية الحديثة ١٩٥٥.

ب- البحوث المتخصصة:

- د. آلاء يعقوب النعيمي: الوكيل الإلكتروني (مفهومه وطبيعته القانونية)، بحث مقدم الى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٨.

أ.جميل حلمي: الحماية الإلكترونية للمستهلك، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.islamonline.net>

د. صدام فیصل المحمدي: التفأوض على العقود بين الحرية والتقييد، بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة النهرين، بغداد / العراق، العدد الخاص بالمؤتمر القانوني الأول، لعام ٢٠٠٩.

ثانياً: المراجع الاجنبية :

- Allen T., and R.Widdison. (1996). "Can Computers Make Contracts?" Harvard Journal of Law & Technology 9
- Building an agent. A strategy white paper written for IBM. Available at <http://www.devx.com>.
- Chavez, A. et al. (1997). "A Real-Life Experiment in Creating an Agent Marketplace." In Proceedings of the Second International Conference on the Practical Application of Intelligent Agents and Multi-Agent Technology (PAAM'97), London, UK.
- Emily M:Weitzenboeck, Introduction to the special issue on electronic agents, available at: <http://www.ijlit.oxfordjournals.org>.
- Electronic Commerce Research, 1: 183-202,2001 Kluwer Academic Publishers Ensuring the Success of Contract Formation in Agent - Mediated Electronic Commerce IAN R. KERR iankerr@uottawa.ca, Faculty of Law, Common Law Section, University of Ottawa, Ottawa, Canada. <http://www.ivsl.org>
- Fridman, G.H.L. The Law of Contract in Canada. 3rd Ed. Scarborough: Carswell. (1994).
- Forner (L): Agent and Appropriation, Available at: www.media.mit.edu.
- Hermans, B.: "Intelligent Software Agents on the Internet: An Inventory of Currently Offered Functionality in the Information Society and a Prediction of (Near-) Future Developments," Ph.D. Thesis, Tilburg University.
- Karnow, C. "Liability For Distributed Artificial Intelligences." Berkeley Technology Law Journal 11,147-204. Kasbah. (1996). <http://www.kasbah.media.mit.edu>.
- Jennings N.R. and M. Wooldridge. Agent Technology: Foundations, Applications and Markets. London: Springer, (1998).
- Lionel(T):l'échange des consentements dans le commerce électronique, <http://www.juris.Com.Net>.
- Michal (R): Electronic Trade Payment, Published by international Business communications limited, 1997.

Robert H. Guttman, Alexandros G. Moukas, and Pattie Maes, Agent-mediated electronic commerce: available at: <http://www.alumni.media.mit.edu>.

Tom (A) & Robin (W): Can computer make the contract, Harvard journal of law and technology, 9-1.1996.

Waddams, S.M. The Law of Contracts, 3rd Ed., Canada Law Book, Toronto. 1993.