

الطبيعة القانونية والتفاوض في العقد الإلكتروني

داليا عباس احمد

دكتوراه في القانون الخاص، جامعه المجمعه، الممكلة العربيه السعوديه

dalya.abass38@gmail.com

مخلص:

يعتبر موضوع التفاوض في مجال عقود التجارة الإلكترونية حديث العهد نسبياً، ورغبة منا في مساهمة متواضعة قدمنا هذه الدراسة، باعتبار أن القوانين المدنية العربية لم تنظم مرحلة التفاوض بنصوص قانونية صريحة وواضحة بالرغم من كونها مرحلة حساسة وجوهرية، وأن المسؤولية المدنية قبل التعاقدية ما تزال مجالاً خصباً للبحث والتأصيل والتحصيص، وخاصة فيما يتعلق بتحديد طبيعتها القانونية. أما ما يمكن أن تثيره هذه الدراسة من إشكال فهو ماهية ومفهوم التفاوض الإلكتروني وما يتولد عنه من إشكالات سواء منها ما يتعلق بطبيعة المسؤولية على عاتق الطرفين في هذه المرحلة، أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية المدنية التي تنشأ على الطرف المتسبب، في حالة عدم بلوغ الغاية من المفاوضات وهي إبرام العقد المنشود، وما يترتب على ذلك من جزاء، وما هو الاختصاص القضائي الدولي بنظر المنازعات الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، وما أهمية التحكيم الإلكتروني، على أمل أن تكون هذه الدراسة قد قدمت إضافة فعلية وفعالة على النهج الصحيح من أجل قواعد قانونية تحكم هذه المعاملات وتنمى الوسائل المستحدثة المستعملة فيها.

الكلمات المفتاحية: التفاوض، المسؤولية القانونية، الاختصاص القضائي، القانون الواجب التطبيق.

Abstract

Negotiation in the field of contracts of electronic commerce is relatively recent. Having a desire to provide a modest contribution, I presented this study insofar as Arabian civil laws have not regulated negotiation in terms of explicit legal provisions though it is a delicate stage. Likewise, pre-contracting civil liability remains a fertile ground for investigation with respect to determining its legal nature. The nature and concept of electronic negotiation may be a complication raised by this study along with its consequent generation of other complications whether regarding the nature of liability that rests with the two parties in this stage or relating to scope and quality of civil liability originated by the caused party, in the event that the purpose of negotiation is not achieved referring to conducting targeted contract and obtaining benefits,

accordingly; the international legal jurisdiction as considered by electronic disputes, applicable law, and significance of electronic arbitration. It is hoping that this study presented a real addition based on the right approach for founding legal rules to regulate such dealings and to be in line with the methods developed.

Key words: Negotiation, Legal liability, Jurisdiction, Applicable Law.

1. مقدمه

احتل التفاوض أهمية بالغة في عصرنا الراهن أمام ظهور العقود المركبة والمعقدة التي أسفرت عنها الاساليب الحديثة في التعامل فقد أصبحت إعداد كبيرة من العقود تنصب على عمليات تتسم بالتركيب والتعقيدات الفنية والقانونية وتنطوي على قيمة اقتصادية ومخاطر جسيمة بالنسبة لأطرافها لذا بات من الضروري أن تسبق إبرام هذه العقود مرحلة من المفاوضات الشاقة التي تستغرق الكثير من الوقت والجهد والتخصص والدراسات. ولاشك في حيوية مرحلة التفاوض حيث يتم فيها الإعداد والتحضير للعقد وبحث كافة جوانبه الفنية والمالية والقانونية والتعرف على المتعاقد الاخر وتقدير إمكانياته وتحديد مضمون العقد والإعداد الجيد له على ضوء مصالح ومقاصد الأطراف حتى يكتب له النجاح وتوقي المنازعات التي تنشأ عنه وبيان سبل تسويتها والقانون الواجب التطبيق.

1.1 أهمية الدراسة:

تبرز أهمية التفاوض في العقود المبرمة في المجال الإلكتروني من عدة وجوه:
أولاً: أن جانب كبير من هذه العقود يبرم عن بعد مما يثير القلق والغموض وعدم اليقين بالنسبة للجوانب العملية التعاقدية فيما يتعلق بالتأكد من شخصية المتعاقد ومن طبيعة المحل والضمانات وسبل التنفيذ إلى غير ذلك بما يدفع كل طرف إلى الكثير من التساؤلات والتحفظات والمفاوضات قبل الدخول في العقد النهائي.
ثانياً: تتضمن تلك العقود من الجوانب الفنية الدقيقة التي تستدعي الدقة والتحري؛ بل والتجربة والاستعانة بالخبرة أحياناً، على نحو يكسب التفاوض مكانة وحيوية.
ثالثاً: نقل أهمية التفاوض بالنسبة لأنواع معينة من هذه العقود، حيث تتم من خلال نماذج تتضمن شروطاً عامة، لا تقبل المناقشة من قبل المتعامل، ويحدث ذلك في أغلب عقود الخدمات الإلكترونية، والمعلوماتية، والاشتراك في الفضائيات.
رابعاً: التفاوض في العقود الإلكترونية يعمل على توفير الزمن والنقطة، حيث أن المفاوضات يمكن أن تلعب دوراً مهماً في تفسير العقد عند غموضه ومعرفة قصد طرفيه من خلال ما جرى في هذه المرحلة، وتلعب المفاوضات دوراً مكملًا للعقد، بمعنى أنه يتم الرجوع إليها بوصفها جزءاً من العقد لتحديد السعر ومكان البيع، وبالتالي تصبح ملزمة في الأمور المشار إليها أثناء المفاوضات وليس بناءً على حكم قانوني ملزم مما يعني أن للمفاوضات الحاصلة دوراً تفسيرياً وتكميلياً لانعقاد العقد (منصور، 2009).

وأخيراً ونظراً لخصوصية العقود المبرمة عن بُعد، ومنها العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، مما يستدعي الإمعان بها، وتحليلها، لمعرفة طبيعتها القانونية، وفيما إذا كانت هذه العقود رضائية، تخضع لسلطان الإرادة، أم أنها عقود إذعان، لا يكون لأطرافها حرية الإرادة، وكذلك لا بد بداية من التطرق إلى التفاوض الحاصل بين الأطراف المتعاقدة والمسؤولية المترتبة أثناء هذه المرحلة.

2.1 هدف الدراسة

يتمحور هدف الدراسة حول بيان الإطار القانوني المنظم للتفاوض الإلكتروني، و الآثار القانونية التي يترتبها على أطرافه. الذي يعتمد كأساس لقيامه على وسائل الاتصال الحديثة التي باتت من ضروريات العصر الحديث، وبيان لآثار القانونية التي يترتبها على أطرافه.

3.1 مشكلة الدراسة

إن التطور الحاصل في التجارة الإلكترونية، بما فيها إبرام العقود عبر شبكة الإنترنت، عاد بالفائدة الكبيرة على العالم. ولتحقيق القدر الأكبر من الفائدة على البشرية كان لا بد من تنظيم هذه العقود، وإيجاد القواعد القانونية التي تنظمها. وقد وقامت الدول بمحاولة تنظيمها بقوانين خاصة، واتفاقيات دولية، ونجحت في ذلك. ولكن المشكلة تكمن في أن هذه العقود حديثة النشأة، فهناك كثير من الدول تفتقر إلى التنظيم القانوني المناسب لهذه العقود، وبخاصة في الدول النامية؛ لأن مكان نشوء هذه العقود هو الدول المتقدمة، فكان من البديهي أن تكون هذه الدول هي السبّاقة في وضع القوانين المناسبة، وسينصب التركيز في هذه الدراسة على التفاوض الإلكتروني وعن طبيعة المسؤولية في هذه المرحلة. ويمكن تلخيص اسئلة الدراسة في هذا البحث بالتالي:

- 1- فيما يتمثل التفاوض الإلكتروني وهل هو وسيلة من وسائل تسوية المنازعات الإلكترونية؟
- 2- ماهو مدى المسؤولية القانونية خلال مرحلة التفاوض الإلكتروني؟
- 3- وماهو الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات الإلكترونية؟

4.1 منهج الدراسة

تعتمد هذه الدراسة على منهج البحث الوصفي في تحليل النصوص القانونية التي تناولت النظام القانوني للتفاوض الإلكتروني.

2. الطبعه القانونية والتفاوض الإلكتروني:

1.2 مفهوم التفاوض وأهميته:

التفاوض لغة "مشتق من الفعل فوض، يقال فوّض إليه الأمر: صيره إليه وجعله الحاكم فيه والمفاوضة: المساواة والمشاركة" (ابن منظور، 1300هـ).

ويعرف التفاوض، بأنه "تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كلّ منهما على بينة وهي من أفضل الإشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وتبين ما قد يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه (إبراهيم، 2006).

وبالرغم من أهمية التفاوض وما له من دور مهم، وفعال في إعداد العقد إلا أن بعض التقنيات المدنية ومنها المصري والفرنسي قد خلت من أي نص ينظم المرحلة السابقة للتعاقد، مما يجعل هذه المهمة من مهام الدراسات الفقهية واجتهاد القضاء (إبراهيم، 2006). وبالنظر إلى القانون المدني الأردني فإنه أشار إلى التفاوض في الفقرة الثانية من المادة 94 والتي اعتبرت أن النشر والإعلان وبيان الأسعار والعروض الموجهة للجمهور والأفراد تعتبر عند الشك دعوة للتفاوض وكذلك تنص الفقرة الأولى من المادة (100) من ذات القانون.

"إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها...". وعليه فإن المشرع الأردني لم يعالج بالنص المرحلة السابقة للتعاقد وإنما اكتفى بالإشارة إليها. وبالمقابل فإن هناك بعض التقنيات المدنية الحديثة والتي أشارت بشكل صريح لموضوع التفاوض ومنها القانون المدني الإيطالي والقانون المدني اليوناني وقد نص المشرع السوداني أن التعاقد الإلكتروني يتم عن طريق رسالة البيانات وانها وسيلة للتعبير كلياً أو جزئياً عن الإرادة لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي (قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، 2007).

وبخصوص قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لأماره دبي (13)، نلاحظ أن المادة (1/13) نصت على أنه "لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية"، ومن هذا النص يستفاد أيضاً تسوية المنازعات إلكترونياً عن طريق المفاوضات الإلكترونية. (قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لأماره دبي، 2000)

أما بخصوص القانون الأمريكي (14) فقد أجاز إجراء الاتفاقات والمفاوضات وإبرام العقود بطريقة إلكترونية، وهذا يؤدي إلى إمكانية تسوية المنازعات إلكترونياً عن طريق المفاوضات الإلكترونية من أجل الإسراع في تنفيذ العقود ولتحقيق الغاية الذي أبرمت من أجلها العقود إلكترونياً، فقد نصت المادة (2/2) منه على ما يأتي "الاعمال التجارية تلك الاعمال التي تدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل إلكترونية أو بالتسجيل الإلكتروني وهذه الاعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية. (قانون المعاملات الإلكترونية الموحد الأمريكي، 1999)

ونلاحظ أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (اليونسترال) لعام 1996، والذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة، قد اشار في المادة (11) إلى جواز استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود، ومن ثم إمكانية تسوية المنازعات بالوسيلة نفسها التي انعقد بها العقد بوسائل وطرق إلكترونية (القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية اليونسترال، 1996).

وعادةً تتم المفاوضات شفاهة بالاتصال المباشر أو عن طريق تبادل البيانات عبر البريد الإلكتروني وقد أخذت بالانتشار في الآونة الأخيرة في نطاق التعامل التجاري الدولي، (ممدوح، 2006) على اعتبار أن بعض العقود ذات القيمة الكبيرة كالعقود التي تبرم عن طريق الإنترنت لا يمكن توافق إرادة طرفي العقد على جميع المسائل دفعة واحدة، فتظهر الحاجة إلى المناقشة والتباحث والتفاوض بين طرفي العقد على مدى فترة زمنية طويلة فلا يستطيع الشخص إصدار إيجاباً باتاً في التعاقد إلا بعد مفاوضات يتم خلالها مناقشة العناصر الرئيسية للتعاقد (المؤمنى، 2004).

فالمفاوضات قبل العقدية مرحلة تحضيرية تسبق الإيجاب النهائي للعقد وتكون عبارة عن مجرد عروض إذ أن المفاوضات تنتهي بمجرد صدور الإيجاب على اعتبار أن التفاوض على العقد بمثابة مقدمة للإيجاب، وتتميز مرحلة المفاوضات أو التفاوض بوجود عنصر الاحتمال بقوة فلا يشترط وصول طرفي العقد إلى اتفاق، فإما أن تصل هذه المفاوضات إلى إبرام العقد وبالتالي تنتهي الفترة قبل العقدية، وإما أن تصل إلى طريق مسدود تنتهي عندها المفاوضات (الجمال، 2006). ويعتبر خطاب النوايا الإلكتروني أهم وسائل الاتصال كذلك البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية، حيث تسهل مهمة التفاوض بين طرفي العقد، وعادةً يتم اللجوء إلى خطاب النوايا الإلكترونية، بهدف تسجيل ما تم التوصل إليه من اتفاقيات سابقة على التعاقد، وغالباً ما نجد في نهاية المفاوضات وسيلة للتعبير عن إبرام العقد النهائي مما يجعله في هذه الحالة أداة لتأكيد انعقاد العقد، ويمكن لخطاب النوايا أن يحرر على دعامة ورقية (خطاب النوايا التقليدي) أو يكون على دعامة إلكترونية في حالة استخدام رسائل إلا اتصال الإلكتروني مثل البريد الإلكتروني وغيره وبهذا الحال لا يختلف مضمون وبناء خطاب النوايا التقليدي عن الإلكتروني سوى بطريقة الإرسال عند استخدام الحاسب الآلي أو أي من وسائل الاتصال الحديثة (ممدوح، 2006).

وترى الباحثة أن المفاوضات الإلكترونية تعد أحد وسائل تسوية المنازعات الإلكترونية، هي ليس بديل عن المفاوضات التقليدية وإنما هي امتداد لها، وذلك نتيجة التطور الحاصل في مجال الاتصالات، وما يميز المفاوضات الإلكترونية عن التقليدية، سوى أنها تتم عبر شبكة الانترنت لغرض السرعة في حسم منازعات عقود التجارة الدولية، ولذلك يمكن تعريف المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية "تبادل الاقتراحات والافكار والآراء بين أطراف النزاع وبوسائل إلكترونية من أجل الوصول إلى تسوية معينة لنزاع حاصل نتيجة عقود التجارة الدولي

2.2 طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض الإلكتروني

ثار خلاف كبير بين الفقهاء حول طبيعة المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بأي التزام في مرحلة التفاوض لانعقاد العقد، حيث ذهب الرأي الأول إلى أنها مسؤولية عقدية وصاحب هذا الرأي الفقيه الألماني أهرنج، حيث أسس رأيه على نظرية "الخطأ عند تكوين العقد" على اعتبار أن الخطأ في مرحلة التفاوض هو خطأ عقدي، وبالتالي فإن أحكام المسؤولية العقدية تطبق على مرتكبه سواءً ترتب على هذا الخطأ عدم انعقاد العقد أو أدى إلى بطلانه مما يرتب الحق بالمطالبة بالتعويض كعقد وليس كواقعة مادية، وقد قام أهرنج بافتراض وجود عقد ضمان لكل محاولة لإبرام العقد، حيث كل طرف يتعهد أثناء المحاولة بأن لا يأتي من جانبه ما يؤدي إلى إعاقة التعاقد أو بطلان العقد، وعقد الضمان في هذه الحالة يستند إلى رضا ضمني متبادل بين الطرفين المتقدمين للعقد، وبالتالي فإن عدم إبرام العقد وبطلانه يعد إخلالاً بقصد الضمان الضمني،

وبناءً على ما سبق رأى قضاة المحكمة العليا في ألمانيا إلى وجوب قيام المرحلة السابقة على التعاقد على أساس الثقة والأمانة من طرفيها ومراعاة الحرص والعناية في سلوك كل منهما اتجاه الآخر، كما ألزمت المحاكم الألمانية الطرف الذي تسبب عمداً أو بإهمال بإمكانية إبرام العقد مع علمه التام باستحالة ذلك التعويض على أساس المسؤولية العقدية (حسين، 2001)

أما الرأي الثاني فذهب إلى اعتبار أن المفاوضات أعمال مادية غير ملزمة ولا يترتب عليها في ذاتها أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات دون مسؤولية وهو غير مطالب بتقديم مبرر لانسحابه وبالتالي لا يترتب على الطرفين أي التزام، فالعدول عن التفاوض لا يكون سبباً للمسؤولية إلا إذا كان متعسفاً في الانسحاب أو صدرت منه أفعال تنتافي مع الأمان وحسن النية أو تشكل سلوكاً خاطئاً، ففي هذه الحالة تعتبر المسؤولية تقصيرية على أساس الخطأ الثابت، ويقع على المتضرر عبء إثبات الخطأ، وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية بقولها "إن المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليه أي أثر قانوني فكل متفاوض في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض" (منصور، 1967)

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة لأنه متي أقام الحكم قضاءه بالتعويض على ما تم تبادلته من مكاتب الهيئة العامة للبترول وشركة الملاحة لا يعدو مرحلة التمهيد لإبرام عقد بحري ولا يؤدي لانعقاده غير أنه رأى في التصرفات التي اسندتها للسكربتير العام للهيئة انحرافاً عن السلوك المألوف في الظروف التي صدرت فيها هذه التصرفات وبالتالي خطأ تقصيرياً وكانت هذه التصرفات ليست مما تقتضيه عملية التمهيد للتعاقد التي ذكر الحكم أنها تدخل في سلطة السكربتير العام وكان ما استخلصه الحكم من أن هذه التصرفات كان من شأنها في الظروف الملائمة أن توقع ممثل الطرف الآخر في فهم خاطئ بأن التعاقد قد تم وإن عليه أن يبدأ في تنفيذه هو استخلاص سائغ مستمد من مقدمات تؤدي إليه فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون ولا يكون لما يثيره الطاعن في شأن دلالة المستندات على عدم انعقاد العقد أثر في قيام المسؤولية التقصيرية التي أقام الحكم عليها (منصور، 1968)

وبهذا فإن محكمة النقض رفضت فكرة نظرية "الخطأ عند تكوين العقد" الذي نادى بها أهرنج. ولكن إذا قطع الأطراف مرحلة جادة من المفاوضات إلى التعاقد النهائي وكان بالإمكان اعتبار ما تم الاتفاق عليه في هذه المرحلة بمثابة اتفاقات نهائية منظمة لمرحلة التفاوض وسابقة لإبرام العقد الأصلي هنا ينقلب التفاوض من عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم، وتتحول المسؤولية من تقصيرية إلى عقدية، أما الفقه والقضاء الفرنسي فإنهما يميزان بين صورتين من صور التفاوض، فإذا كان التفاوض مصحوباً باتفاق تفاوض تكون المسؤولية عقدية، وإذا لم يكن مصحوباً باتفاق تفاوض فإن المسؤولية تكون تقصيرية، وقد حددت محكمة النقض الفرنسية الخطأ الذي يتمثل في العدول عن المفاوضات أو قطعها أو الانسحاب منها بأنه الخطأ القائم على إرادة الأضرار، أو الخطأ الذي يصاحبه سوء نية وليس مجرد الخطأ العادي (ممدوح، 2006) وعند النظر إلى هذه الآراء نجد أن الرأي الأرجح هو الثاني الذي اعتبر المفاوضات أعمالاً مادية غير ملزمة ولا مرتبة لأي أثر قانوني، وبالتالي فإن العدول عنها لا يترتب أية مسؤولية إلا إذا كان مصحوباً بتعسف أو سوء نية، فعندها تترتب مسؤولية تقصيرية على أساس الخطأ الثابت ويكون عبء إثباته على المتضرر.

كما أنه من الصعوبة بمكان الأخذ بالرأي الأول الذي رتب على الإخلال بأي التزام في المرحلة التفاوضية مسؤولية عقدية وذلك؛ لأن عقد الضمان الذي افترض وجوده أهرنج والذي رتب على أساسه الخطأ العقدي هو افتراضي ضمني وغير ملموس، وبالتالي لا يمكن الاعتماد عليه لتحديد طبيعة المسؤولية. أما ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي من التمييز بين صورتين من صور التفاوض فلا تبنى على التفاوض المصحوب باتفاق على التفاوض مسؤولية ذلك؛ لأن مرحلة التفاوض من الممكن أن تؤدي إلى اتفاق أو لا، حيث أن التفاوض المصحوب باتفاق تفاوض، لا يعتبر عقداً يرتب مسؤولية؛ لأن الاتفاق لا يكون عقداً إلا إذا كان منشأً للالتزام أو ناقلاً له، أما إذا لم يكن التفاوض مصحوباً باتفاق تفاوض فتعتبر المسؤولية تقصيرية وليست عقدية في حال الخطأ بقصد الأضرار أو سوء النية. وبالتالي إذا توافرت عناصر المسؤولية التقصيرية وفقاً للقواعد العامة والتي تتمثل بالخطأ الثابت المتمثل في التقصير في تنفيذ الالتزام والضرر والعلاقة السببية فإن المتضرر يستحق لتعويض وهذا التعويض يكون تعويضاً مالياً عن نفقات التفاوض وضياع الوقت والجهد (حسين، 2001).

وهنا لا بد من الإشارة إلى ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (217) من القانون المدني المصري "ويقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع" مما يعني أن المسؤولية التقصيرية من النظام العام ولا يجوز الاتفاق مسبقاً بين طرفي التفاوض الإلكتروني على الإعفاء منها وكل شرط مخالف لذلك يعتبر باطلاً (ممدوح، 2006).

أما القانون المدني السوداني قد أجاز شرط الإعفاء من المسؤولية في حال إخطار الطرف المستفيد الطرف الآخر إخطاراً كافياً بوجود الشرط قبل إبرام العقد، وعلى الرغم من ذلك؛ إذا اتضح للمحكمة أن الطرف المستفيد قد كتب الشرط أو وضعه بطريقة تجعل من الصعب قراءته أو فهمه بقصد تعجيز الطرف الآخر عن قراءته أو فهمه. لا يكون للشرط الذي يعفي أو يحد من مسؤولية أي طرف من أطراف العقد عن التذليل الذي صدر منه قبل إبرام العقد أي أثر، ويجوز للمحكمة متى اقتنعت بضرورة ذلك أن ترفض تطبيق أي شرط إعفاء أو حد من المسؤولية ترى فيه مجافاة صريحة لروح العقد، أو إجحافاً بيناً بالطرف الآخر، أو إهداراً لحقوقه التي تعاقده للتمتع بها، أو مخالفة لأحكام القانون أو النظام العام (قانون المعاملات المدنية السوداني، 1984).

3.2 الاختصاص القضائي الدولي بنظر المنازعات الإلكترونية

تبقى معضلة أخيرة تثور في معرض الحديث عن المسؤولية الإلكترونية ألا وهي مشكلة تحديد المحكمة المختصة بنظرها والقانون الواجب التطبيق عليهما من بين القوانين التي تتنازع علي حكمها ونظراً لأن النزاع يتسم غالباً بالطابع الدولي أمام عالمية شبكة الانترنت والطابع الطليق لنشاطهما وعولمة وسائل الاتصال وتبادل المعلومات حيث يتدخل فيها أشخاص متواجدون ومنتمون الي دول مختلفة وتشتمل المعاملات الإلكترونية في اغلب الاحوال علي عنصر اجنبي سواء فيما يتعلق بالأطراف او مكان الابرام او التنفيذ وقد يقع الفعل الموجب للمسؤولية في بلد بينما يكون المضرور في بلد اخر. ونعرض بداية للقضاء المختص في نظر المنازعات الإلكترونية ثم نبين التحكيم الإلكتروني قبل القانون الواجب التطبيق وسنحاول من جانبنا معالجة هذه المسائل في عجلة لإكمال اطار الدراسة.

3. الاختصاص بمنازعات العقود الدولية الإلكترونية

إن المنازعات الخاصة بالمعاملات الدولية في المجال الإلكتروني تخضع للقاعدة العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم حيث يمكن رفع الدعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه. كما يجوز الخروج على القاعدة السابقة بالاتفاق بين الخصوم على تقرير الاختصاص لمحكمة أخرى وهذا ما يطلق عليه بمبدأ الخضوع الإرادي أو الاتفاق على الاختصاص في المنازعات ذات الطابع الدولي ويشترط لصحة هذا الاتفاق توافر رابطة جدية بين النزاع والقضاء المختار لنظره أو قيام مصلحة مشروعة للأطراف من وراء هذا الاختيار وألا ينطوي هذا الاتفاق على غش.

كما يمكن أن يتم الاتفاق على الاختصاص قبل قيام النزاع أو بعده صراحة في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة أو ضمناً كرفع الدعوى أمام محكمة معينة وعدم اعتراض المدعى عليه وعلي من يدعي وجود هذا الاتفاق عبء اثباته بالكتابة العادية أو بالمحرمات الإلكترونية (منصور، 1968).

وقد اجاز المشرع السوداني ذلك اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة (قانون المعاملات المدنية السوداني، 1984).

وفي حالة عدم وجود أحد الضابطين السابقين نلجأ إلى الضابط الاحتياطي ألا وهو مكان إبرام العقد أو تنفيذه ويتحدد الإبرام بالمكان الذي علم فيه الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ويتم تحديد معنى التنفيذ طبقاً لقانون القاضي حيث يسترشد في ذلك بنية الأطراف وطبيعة العقد والعرف والعادات التجارية.

وينص المشرع السوداني على أنه يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك،

بالنسبة للالتزامات الناشئة عن الفعل الضار على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في السودان وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه كما يسرى قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه إجراءاتها على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي

تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية (قانون المعاملات المدنية السوداني، 1984).

واستثناء من الأحكام السابقة فإن المنازعات الخاصة بعقود الاستهلاك الإلكترونية تختص بنظرها محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك وتلك القاعدة تم تبنيها في التشريعات المعاصرة التي تحرص على وضع أحكام خاصة بحماية المستهلك وهي قاعدة ملزمة لصالحه وليس ضده بمعنى له الاختيار بين محكمة موطنه أو محل إقامته أو محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد ولا يجوز الاتفاق مقدماً على عدم اختصاص محكمة موطن المستهلك أو محل إقامته .

1.3 الاختصاص بدعوى المسؤولية التقصيرية الإلكترونية:

تخضع المنازعات الخاصة بدعوى المسؤولية التقصيرية الإلكترونية للضابط العام للاختصاص الدولي الا وهو محكمة موطن او محل اقامة المدعى عليه. وتجري القوانين المقارنة علي تقرير الاختصاص كذلك لمحكمة محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام بالتعويض اي المحكمة التي وقع في اقليمها الخطأ او الضرر.

2.3 اهمية التحكيم في المجال الالكتروني

يشهد التحكيم ازدهارا ملحوظا في العصر الحديث في مجال المعاملات والتجارة الدولية امام عودة للنزعة الفردية وحرية التبادل التجاري وسلطان الارادة واللجوء الي التحكيم ادعى بالنسبة للتجارة الالكترونية حيث تقوم السرعة في الابرار والتنفيذ ولا تتمشى مع بطء وغموض اجراءات القضاء العادي. ويتميز التحكيم الالكتروني باليسر والمرونة حيث لا يلزم انتقال اطراف النزاع او الحضور المادي امام المحكمين بل يمكن سماع المتخاصمين عبر المحادثات التلفزيونية والاتصالات الالكترونية عبر الاقمار الصناعية اضع الي ذلك سرعة اصدار الاحكام نظرا لسهولة الاجراءات حيث يتم تقديم المستندات والاوراق بالبريد الالكتروني ويمكن الاتصال المباشر بالخبراء او تبادل الحديث معهم عبر الانترنت لذلك انتشرت محاكم التحكيم الالكترونية ومن امثلتها محكمة التحكيم الالكترونية التابعة لجامعه مونتريال بكندا او تلك التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية وكذلك في الولايات المتحدة الامريكية.

3.3 الاتفاق علي التحكيم واجراءاته وكيفية اختيار المحكمين

إن التحكيم امر استثنائي ومن ثم لا يمكن التمسك بهذا الاتفاق صريح بين الاطراف عليه وهذا الاتفاق يتم عادة كشارك من شروط العقد او باتفاق مستقل. وبعض الدول لا تشترط شكلا معيناً للاتفاق علي التحكيم ومن ثم يكفي التراضي ولا تلزم الكتابة لصحته (اتفاقية جنيف، 1961) ولكن الاتجاه الغالب يشترط التحكيم مكتوبا والا كان باطلا.

ولاشك ان الكتابة هنا لا تقتصر علي المعني التقليدي لها بل تشمل كل وسائل الاتصال الحديثة الاخرى التي من شأنها اثبات نسبة للمعلومات التي تتضمنها الي شخص معين ويتعين الأخذ بهذا المفهوم الواسع للكتابة امام التطور المعاصر وبصفه خاصة بصدد المعاملات الالكترونية والوسائل الحديثة كثيرة ومتطورة مثل البرقيات والفاكس والمصغرات الفلمية ومخرجات الحاسب ودعاماته واسطوانات الفيديو والشرائط المغنطة والوثيقة الالكترونية والمهم ان تسمح الوسيلة بحفظ المعلومات المتبادلة والابقاء علي مضمونها في وثيقة ذات اثر مادي ويمكن استرجاع هذا المضمون والاحتكام اليه عند الخلاف.

اجراءات التحكيم تتضمن مجموعة من المبادئ المنظمة للإجراءات المتبعة في اتمام التحكيم وتتعلق بالمواجهة والدفاع والاثبات واحترام النظام العام ويضاف الي تلك المبادئ الخاصة بالتحكيم التقليدي قواعد اضافية خاصة بالتحكيم الالكتروني لعل ابرزها كيفية التواصل بين المتخاصمين والمحكمين عن بعد عبر شبكة الانترنت وكيفية تقديم المستندات واهمية الحفاظ علي سرية المعلومات التجارية والصناعية التي تهم الاطراف موضوع النزاع .

القاعدة انه يجوز للأطراف تحديد اجراءات التحكيم ضمن الاتفاق عليه مباشرة ويمكن ان يتم ذلك التحديد بطريق مباشر من خلال الاحالة الي قانون معين او نصوص الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم والغالب ان يتم بيان بعض الاجراءات التي يهتم بها الاطراف مع الاحالة فيما لم يرد به نص الي قانون او اتفاقية معينه ولعل اهم ما يحرص عليه المتخاصمون هو مواجهة المسائل الفنية المرتبطة بالانترنت ووضع ضمانات للمحافظة علي سرية المعلومات المطروحة وكذلك وضعها في صورة مشفرة بحيث لا يمكن الوصول اليها لمن يسمح له بذلك .

تثور مشكلة اذا لم يتفق الاطراف عل تحديد اجراءات التحكيم علي النحو السابق يجري العمل بالنسبة للتحكيم التقليدي علي تطبيق الاجراءات الواردة في قانون مكان التحكيم اي قانون الدولة التي تتعدد محكمة التحكيم علي اقليمها ولكن هذا الحل يصعب اعماله في مجال التحكيم الالكتروني الذي لا يرتبط باقليم معين ويتم اجراءات المعاملات وتنفيذها عبر الانترنت وكذلك الحال بالنسبة لتقديم الخدمات الالكترونية. يمكن للأفراد تحديد مكان التحكيم وبالتالي قانون الاجراءات الواجب التطبيق والإجاز للمحكمن أعمال الاجراءات المتبعة أمام محاكم التحكيم الالكتروني

القاعدة في اختيار المحكمن هي احقية اختيار الاطراف ويتم ذلك غالبا في الاتفاق علي التحكيم او ضمن الشرط المدرج في العقد او في وقت لاحق وقد يعهد المتعاقدان الي طرف ثالث للقيام بتعيين محكمة التحكيم وقد يحيل الاطراف الي القواعد المنظمة لمؤسسة التحكيم وبالتالي اختيار المحكمن من بين المدرجين داخل قائمة تلك المؤسسة وقد تتم الاحالة الي محكمة تحكيم معينه وتتولى سكرتاريتها تعيين الاعضاء وقد تترك للأفراد حرية اختيار المحكمن ولا تتدخل مؤسسة التحكيم الا عند اختلاف الاطراف . ويجوز للأطراف رد المحكم عن طريق ارسال اعلان كتابي الي السكرتارية او أي وسيلة اخرى مناسبة مالم يتفق الاطراف علي شكل محدد لذلك (منصور ، 1968).

4. القانون الواجب التطبيق

نظرا لان التعامل عبر الانترنت يتمتع بطبيعة عالمية بفضل ثورة المعلوماتية والاتصالات لذلك فان عملية ابرام العقد الالكتروني ينتابها الكثير من الغموض في القانون الواجب التطبيق حال المنازعة حول العقد هل هو قانون الموجب او قانون القابل في العقد او قانون الوسيط او القانون الخاص بدولة تنفيذ العقد لدرجة ان البعض يذهب للمطابقة بضرورة وجود قانون موحد مستقل عن القوانين الوطنية التقليدية يتضمن هذا القانون الموحد قواعد يجب اتباعها عند حل المنازعات المتعلقة بوجود العقد الالكتروني او تنفيذ التزامات اطرافه نظرا لوجود عنصر اجنبي دائما في مثل هذه العقود اما في العقود التي لا يوجد فيها عنصر اجنبي فلا مجال فيها عنصر اجنبي فلامجال فيها للبحث عن القانون الواجب التطبيق وفي هذا الصدد حاولت بعض المؤسسات عند تقديم سلعتها عبر الانترنت ان تحدد القانون الواجب التطبيق علي المنازعات التي يمكن ان تنشأ بصدد هذا التعاقد باعتبار أن ذلك شرطا في العقد فاذا قبله الطرف الموجه اليه رسالة المنشئ (الموجب) فيكون قبولا للعقد بشروطه وبذلك يتم تطبيق القانون المشار اليه في رسالة البيانات بين طرفي العقد بمعنى ان تحديد القانون الواجب التطبيق يخضع في ذلك لحرية اطراف العقد الالكتروني وهذا الاسلوب يفضله المتعاملون في مجال التجارة الدولية (الافي، 2002).

بيد ان الامر ليس بهذه السهولة فالأمر في البحث عن القانون الواجب التطبيق عند المنازعة حول وجود العقد الالكتروني يكتنفه كثير من الصعوبات وتتجاذبه اتجاهات عديدة حول ما يمكن الاخذ به او الاحتكام اليه هل هو قانون وجود العقد ام قانون شكل العقد ام قواعد القانون النموذجي ام قواعد قانونية مختلطة تتناسب مع كل واقعة وبحسب المقتضى لابد ان تعترف بأن الامر شائك نظرا لدخوله في دائرة تنازع الاختصاص القانوني ورغم صعوبته في مجال قواعد القانون الدولي الخاص فهو أشد صعوبة في مجال التعامل الدولي عبر العقود الالكترونية التي تتعدد أطرافها وتتنوع أماكن وجود محل هذه العقود ونحاول استخلاص القواعد المطبقة في هذا المجال في القوانين التقليدية او القوانين الوطنية التي صدرت بخصوص هذا التعامل القواعد النموذجية الدولية.

1.4 قانون المسؤولية العقدية الالكترونية "قانون التراضي"

يذهب البعض الي أن القانون الي يحكم تنفيذ التزامات المتعاقدين هو قانون التعبير عن الارادة اي قانون التراضي كما انه يحدد ما اذا كانت الارادة الظاهرة هي التي يعتد بها أم الارادة الباطنة كما يبين كيفية تلاقي الايجاب والقبول بخاصة المتعاقدين الغائبين كما في العقد الالكتروني. وهذا التوجه يجد سندا له في نص المادة (19) من القانون المدني المصري التي تأخذ بمبدأ وحدة العقد في سريانه اثناء التكوين والتنفيذ بمعنى أن قانون العقد يطبق علي كل مراحل العقد وهذا الاتجاه بساير ما نصت عليه الفقرة الاولى من نص المادة الثامنة من اتفاقية روما المتعلقة بالتزامات العقدية لسنة 1980م والتي تنص علي أن وجود العقد وصحته أو أحد النصوص العقدية يكون خاضعا لقانون تكوين العقد (سلامة، 1996).

ويهب البعض الآخر الي نقد الاتجاه السابق علي اساس ان اسناد التراضي الي قانون العقد يجعلنا نقرب العقد فنجعل النهاية تحكم البداية لان قانون العقد يسري علي الاثار وأنه يفترض أن هناك عقد سبق ابرامه واللاحق لا يحكم السابق لا صحة اثار العقد تفترض صحة وجود العقد واذا كان قانون الوجود هو الذي تم اختياره من جانب اطراف العقد فان هذا الاختيار لا يعول عليه الا اذا ابرام العقد صحيحا كما ان الاستناد الي نص المادة 19 مدني مصري يهدمه ان نص المادة في الالتزامات العقدية وليس في تكوين العقد أو وجود التراضي فانعقاد العقد يخضع لقانون قاضي العقد الذي يفصل في النزاع (فهيمى، 1985).

وفيما يتعلق بنص المادة الثامنة في اتفاقية روما المشار اليها فان الفقرة الثانية قد اوردت استثناء علي التعاقد بين الحاضرين الثابت في الفقرة الاولى حيث لا ينطبق علي العقد محل الدراسة وهو تعاقد بين غائبين وما يتم عملا انه يتم الاتفاق علي بعض البنود كمواصفات السلعة المطلوبة علي الويب اما الثمن فيمكن ان يتم في زمن لاحق قد يكون من خلال البريد الالكتروني او سيله اتصالات اخرى دون ان يقابل ذلك قبول صريح من العميل وهنا قد ينشأ نزاع بين الطرفين هل هناك قبول أم لا هل اكتمل التراضي بين العميل والمورد وهل السكوت هنا يعد قبولا، وما الحكم فيما لو كان قانون دولته لا يعتبر هذا السكوت قبولا وهل يمكن الاحتكام الي قانون يجله العميل؟ اما الفقرة الثانية من المادة الثامنة من اتفاقية روما ذهبت الي أنه في حال المنازعة من قبل أحد الطرفين في العقد الالكتروني حول رضائه يتم الرجوع الي قانون محل اقامته لتحديد ما اذا كان تصرفه او سكوته الملايس يدل علي الرضا ام لا.

و علي اي حال فانه يمكن التفرقة بين حالين:

الاولى: انه تم اختيار قانون العقد من جانب الافراد ليحكم تكوين العقد في هذه الحال يكون هو القانون الواجب التطبيق لان اطراف العقد ابرموه وفقا لأحكامه وهذا يفترض العلم به الثانية: إذا لم يتم الاطراف بتحديد او اختيار قانون يحكم العقد فيتم تطبيق قانون محل اقامة الافراد لأنه غالبا ما يقوم الافراد بتكييف تصرفاتهم طبقا للبيئة القانونية التي يمارس نشاطه فيها،

2.4 قانون شكل العقد

يتم البحث عن قاعدة الاسناد التي تحكم شكل العقد فهناك قاعدة اسناد للمتعاقد بين حاضرين حيث يكون العقد صحيحا بين أطرافه وفقا لقانون محل ابرام العقد او الذي يحكم موضوع العقد بينما قاعدة الاسناد التي تحكم التعاقد بين غائبين يكون العقد صحيحا طبقا لقانون اي طرف في العقد. وقد جاء نص المادة 13 من قانون المعاملات المدنية السوداني علي ان العقود ما بين الاحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز ايضا ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين او قانونهما الوطني المشترك. وايد ذلك النص القانون المدني المصري في المادة 20 والنص بعموميته يحكم حالتي التعاقد بين حاضرين وبين غائبين علي عكس ما يتم تطبيقه في مجال العقود الالكترونية وهو بهذا خرج علي مبدأ أن قانون محل الابرام هو الذي يحكم شكل العقد فقاضي العقد يمكن أن يرجع الي قانون موضوع العقد علي اساس ان ذلك يضمن وحدة العقد وتفاذي تجزئة العقد محل النزاع.

يدعم ماسبق نص المادة التاسعة من القانون المدني المصري حيث تذهب الي ان شكل العقد يكون صحيحا عندما يستوفي الشروط القانونية التي تحكم العقد او محل الابرام والقاضي يمكن له الرجوع الي قانون العقد او الي قانون البلد الذي أبرم فيه دون التعويل علي ارادة اطرافه ,ولكم من المسلم به أن أطراف العقد يمكن لهم ادراج بعض الشروط في العقد صراحة او ضمنا فيمكن الشراء علي ان شكل العقد يخضع لقانون العقد وبذلك يكون القانون الواجب التطبيق علي شكل العقد هو قانون الارادة.بيد ان الارادة المفترضة لأطراف العقد لا يمكن الاخذ بها في مجال العقود الالكترونية لأنها ارادة مصطنعة لا تعبر عن حقيقة اختيار الافراد كما أن القضاء الفرنسي أكد علي ان قانون العقد لا يحكم شكل العقد الا اذا كانت ارادة صريحة في الاخذ به (سلامه،1996).

وازاء ذلك فان هناك ضرورة للبحث عن هذا القانون الواجب التطبيق علي شكل العقد الالكتروني فالواجب علينا شطر البحث حول طبيعة العقد ما اذا كان تعاقدا بين حاضرين ام بين غائبين واذا كنا قد تناولنا ذلك سابقا ورأينا ان البعض يذهب حول العقد هو تعاقدا بين غائبين من حيث المكان وتعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان ومنهم من يذهب الي القول بأنه تعاقدا بين غائبين زمانا ومكانا ومنهم من يعتبره تعاقدا بين حاضرين.

وتوافق الباحثة مع من يذهب الي انه تعاقدا بين حاضرين لان تبادل الرسائل البيانات الخاصة بعملية الانعقاد بين طرفي العقد تتم في نفس التوقيت ونفس المكان والفروق الزمانية والمكانية غير متواجدة من خلال العقد الذي يتم عبر شبكة الويب علي الانترنت, فالانفصال الجغرافي غير متواجد كما ان الفروق الزمنية بين الايجاب والقبول حتي وان غاب الرد في نفس الزمن كما في العقد بالبريد الالكتروني الا انه يتحقق نوع من الالتقاء الافتراضي المتزامن عبر شبكة الانترنت الذي يبقى الموجب علي ايجابه لحين الارتباط بالقبول وبذلك فان المتعاقدين يضمهما مجلس حكمي افتراضي مثله مثل التعاقد الذي يلتقي فيه المتعاقدين ماديا.(سلامه،2005).

ومن ثم لا يمكن القول او التسليم بأن التعاقد الذي يتم عبر شبكة الانترنت او حتي البريد الالكتروني بأنه تعاقدا بين غائبين. (الاهواني،1994).

رغم ما تأخذ به اتفقيه فيينا 1980م للبيع الدولي للبضائع حيث اعتبرت التعاقد الذي يتم بهذه الوسيلة تعاقدا بين غائبين وكذلك ما يأخذ به الفقه بأنه تعاقدا بين غائبين من طبيعة خاصه.(الزرق،2019).

وتأسيسا علي ما سبق فانه لابد من تحديد مكان ابرام العقد حتي يمكن تطبيقه علي شكل العقد وبداية هناك صعوبة في هذا رغم محاولات بعض الجهات بصياغة قواعد نموذجية لضبط وتنظيم عملية التعاقد عبر الانترنت وتحديد القانون الواجب التطبيق علي شكل العقد اثناء النزاع القضائي او التحكيمي حيث ان التحكيم الالكتروني لا يستلزم انتقال اطراف النزاع من محل اقامتهم وانما تتم المرافعات امام لجان او محاكم التحكيم من خلال الهاتف او الاقمار الصناعية بل وتقدم المستندات المطلوبة في الدعوى من خلال البريد الالكتروني ويتم الاتصال بالخبراء علي عناوينهم الالكترونية او بالحديث المباشر معهم من خلال شبكة الويب فيكون الحكم اسرع وقد أنشأت بعض المؤسسات محاكم تحكيم الكترونية كما في جامعه مونتريال بكندا والمنظمة العالمية للملكية الفكرية (TRIPS) (الالفي،2002).

وصعوبة تحديد مكان إبرام العقد لامكانية تحديد القانون الواجب التطبيق علي شكل العقد في العقد الإلكتروني يقوم علي طبيعته غير المادية لوسيلة التعاقد التي لا تعترف بالحدود الجغرافية بين الدول وقد رأينا سابقا انه يتم الاخذ برسائل البيانات التي تؤكد استلام القبول من قبل الموجب وبذلك ينقذ العقد منذ لحظة انتاج اثر القبول حينما يرتبط بعلم الموجب والمستفيد هو الذي يجب ان يتحمل المخاطر المرتبطة بإبرام العقد لذلك فان قانون الموجب سواء كان هو المورد او العميل هو الذي يحكم شكل العقد (سلامه، 2005).

3.4 القانون الواجب التطبيق علي شكل العقد في قانون (UNCITARL)

لم ينص القانون النموذجي علي القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بشكل العقد ولا حتي تكوين العقد وكل ماجاء به تحديد مسائل فنية تتعلق بزمان ومكان ارسال واستلام رسائل البيانات ايجابا او قبولا لكن يمكن الي حد ما ان تساهم هذه المسائل الفنية في تحديد القانون الواجب التطبيق.

حيث جاء انه يقع ارسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي ارسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ كما ان تحديد وقت استلام هذه الرسائل يتحدد في الحالات الآتية:

1- اذا كان المرسل اليه قد عين نظام معلومات لغرض الاستلام يتم الاستلام عند :-

أ- وقت دخول رساله البيانات نظام المعلومات المعين

ب- وقت استرجاع المرسل اليه من نظام تابع له وليس النظام الذي تم تعيينه

2- اذا لم يعين المرسل اليه نظام معلومات يتم الاستلام من النظام التابع ولو كان المكان الذي يوجد به هذا النظام مختلفا عن المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات قد استلمت فيه.

كما نص علي أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي هو مقر عمل المرسل اليه فاذا كان للمنشئ او المرسل اليه اكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل هو المقر الذي يتصل اتصالا وثيقا بالعقد المعني او مقر العمل الرئيسي حالة عدم وجود معاملة فاذا لم يكن لهما مقر عمل يعتمد محل اقامتهما المتعاد عند التعامل. (قانون الاونيسترال، 1996).

ولعل النص يشير من بعيد رغم عدم ارتباطه بالمسألة الي التعويل علي قانون موطن انعقاد العقد فاذا لم يوجد يكون هو موطن الإقامة وهو ما تأخذ به القوانين التقليدية يشجع ذلك ان نفس القانون النموذجي يرى عدم المساس بالقانون الوطني الساري علي تكوين العقد الذي يعطي للتكوين الورقي للعقود الدقة القانونية واقتصر القانون النموذجي علي اعطاء نفس الدقة للرسائل الإلكترونية 2 في اشارة منه الي تطبيق القوانين الوطنية التقليدية علي شكل العقد الإلكتروني.(قانون الاونيسترال، 1996).

5. قانون المسؤولية التصيرية الإلكترونية

تجمع النظم القانونية علي خضوع دعوى المسؤولية لقانون الدولة التي وفيها الفعل الضار المنشئ للالتزام بالتعويض ويعبر المشرع السوداني (القانون المعاملات المدنية، 1984) عن ذلك المبدأ بنصه علي ان يسري علي الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام ولكن يشترط لأعمال ذلك المبدأ ان تكون الواقعة موضوع المسؤولية غير مشروعه في كل من القانون المحلي وقانون القاضي الذي يفصل في دعوى المسؤولية ويقرر المشرع ذلك بنصه علي ان قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام لا يسري علي الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعه في السودان وان كانت تعد غي مشروعه في البلد الذي وقعت فيه ويحدث كثيرا في النشاط الالكتروني ان يقع الفعل في دولة والضرر في دولة اخرى يري البعض تطبيق مكان وقوع الفعل الضار بينما يذهب الرأي الراجح الي تطبيق قانون الدولة التي حدث فيها الضرر

ومن الأمثلة علي ذلك الاعتداء علي البيانات واسرار الحياة الخاصة والحقوق الشخصية حيث يقع الفعل في الدولة التي يوجد بها مركز المنشأة التي تقوم بالمعالجة الالكترونية بينما يوجد المضرور بالدولة الاخرى. مشروعه وتحميله عليها ويجري البث او الاستدعاء او تفرغ المادة المعتدي عليها في دولة اخرى بينما يوجد المؤلف او صاحب الحق في دولة ثالثة انقسمت الآراء وتعددت الاتجاهات بين قانون دولة التحميل وقانون دولة الاستدعاء وقانون دولة المضرور وقانون الدولة التي تطلب فيها الحماية ولعل الاتجاه الاخير هو السائد لان هذه الدولة هي التي يغلب ان يقيم فيها المضرور ويقع فيها الضرر اضعف الي ذلك ان اغلب التشريعات تعتبر قانون حماية الملكية الادبية والفنية من قوانين البوليس التي يتم تطبيقها مباشرة علي اعتبار انها من القواعد ذات الطبيعة الامرة التي تعمل بعيدا علي منهج التنازع ولعل ماي يخفف من ذلك الاتجاه العالمي نحو توحيد حماية الملكية الفكرية اعمالا لاتفاقية الجات ونفس الحكم بالنسبة للمصنفات الادبية التي يبيث من خلال التلفزيون العابر للحدود حيث يثور التنازع بين قانون كل من دولة الارسال ودوله البث ودولة القمر الصناعي ودولة المضرور والدولة المطلوب الحماية منها التي يمكن ان تكون احدي هذه الدول (منصور، 1968).

1.5 القانون الموضوعي الالكتروني الدولي

ان منهج تنازع القوانين لا يتناسب مع طبيعة التجارة الدولية فقاعدة الاسناد تحدد قانونا داخليا لدولة معينه ليحكم علاقة ذات طابع دولي والقواعد القانونية المحلية موضوعه اصلا لتنظيم العلاقات الوطنية الداخلية ومن ثم فهي لا تصلح لتنظيم روابط التجارة الدولية وتبدو بذلك الحقيقة بوضوح عبر المعاملات الالكترونية التي تتجاوز الحدود السياسية من خلال شبكة الانترنت التي يصعب التعرف علي المتعاملين فيها واماكن تواجدهم الجغرافي لذا كانت الحاجة لقواعد موضوعية تتميز بخصوصية فنية ومصطلحات تقنية قابلة للتطور لمواكبة التقدم السريع في عالم التجارة الالكترونية وتشكل تلك القواعد القانون الموضوعي الالكتروني الدولي الذي يتضمن تنظيمها وحلولا مباشرة ذات طبيعة خاصة للعلاقات الالكترونية الدولية.

ويستمد هذا القانون مصادره من الممارسات التعاقدية الإلكترونية والاعراف والعادات والممارسات المستقرة في الأوساط المهنية لذلك العالم الرقمي للمعلومات والاتصالات والقواعد والاحكام التي تم تدوينها من قبل الهيئات والمؤسسات المهمة بسيادة اخلاقيات قويمة في التعامل عبر الانترنت هذا بالإضافة الي القواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدولي والتوجيهات الأوروبية وتوصيات الامم المتحدة الصادرة في هذا الصدد(منصور،1968).

ويتسم هذا القانون بالطابع الطائفي والنوعي حيث يخاطب طائفة من المتعاملين في المجال الإلكتروني وله قضاءه الافتراضي الذي يعقد جلساته ويصدر احكامه عب الدوائر المغلقة للاتصالات ويتم تبادل الوثائق والمذكرات والدفاع بالبريد الإلكتروني وهو قانون تلقائي النشأة تابع من المجتمع الإلكتروني ولم يأت عن طريق رسمي او شكلي ولا يحتاج تطبيقه الي تدخل السلطة العامة وهو قانون عبر دولي موضوعي يحكم المعاملات التي تتصل بأكثر من دولة ويقدم الحل للمسألة محل النزاع مباشرة وينظم العلاقات والرابط الإلكترونية. ولكن القانون الموضوعي الإلكتروني ليس نظاما قانونا بالمعني الدقيق لعدم وجود مجتمع منظم متماسك يجمع كل المتعاملين في العالم الإلكتروني ولا تتوافر لقواعد هذا القانون صفة الالتزام ولا تتضمن الجزاء الذي يكفل احترامها بل لابد من تدخل الدولة لإقامة التوازن بين المتعاملين في هذا الوسط اضعف الي ذلك ان القانون الموضوعي يعجز عن تغطية كافة المنازعات لكترونية ولابد من الرجوع الي النظم الموضوعية لتكملة النقص فيه وتقوية نقاط ضعفه (سلامة،2005).

تري الباحثة:

انه لاشك في أن هذه التجارة الإلكترونية تتميز بثلاث خصائص أساسية:

- فكرة النشاط التجاري التي تعد الركيزة الأساسية لها.
 - حلول الدعامات غير المادية محل الدعامات الورقية في تحرير العقود وتوقيعها، عدم وجود علاقة مباشرة بين طرفي العقد، فلا يكون هناك مجلس للعقد بالمعني التقليدي، لأن مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس افتراضي.
 - فكرة اللا حدود حيث لا تنقيد العلاقات القانونية بين الأطراف بمكان معين أو بدولة معينة.
- إن هذه الخصائص التي تتميز بها عقود التجارة الإلكترونية أثارَت العديد من الصعوبات القانونية تتعلق بمدى ملاءمة تطبيق منهج قاعدة التنازع في مجال العقود الدولية على عقود هذا النوع من التجارة، وخاصة في ما يتعلق بالاختصاص القانوني.

ولقد عرفت الأنظمة القانونية المحلية والدولية التجارة الإلكترونية بعدة تعريفات، ونبدأ بمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الذي عقد خلال نهاية شهر أبريل 2017م، اجتماعاً كبيراً ضم وفوداً حكومية ورجال أعمال ومنظمات المجتمع المدني، حول موضوع فرص وتحديات التجارة الإلكترونية تبني من جهته في تقرير صادر في العام 2015م الذي صاغته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية سنة 2011م، وهو لا يختلف كثيراً عن ما سبق، ونصه كما يلي: بيع أو شراء سلع أو خدمات بواسطة الشبكات المعلوماتية عبر صيغ خاصة لإصدار واستلام الطلبات، السلع والخدمات يتم طلبها عبر هذه الصيغ، ولكن الأداء والتسليم لا يتم بالضرورة على الشبكة.

هنالك صعوبات قانونية تواجه القانون واجب التطبيق لعقود التجارة الإلكترونية، وهي صعوبات تطبيق منهج قاعدة تنازع القوانين على عقود التجارة الإلكترونية، إذ تتبع معظم الأنظمة القانونية نظاماً ثنائياً في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود بين الأطراف ذات الطابع الدولي، ويفرق بين الحالتين، الحالة الأولى تتمثل في وجود اتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة، وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً، والحالة الثانية تتمثل في عدم وجود اتفاق بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق في حال نشوب نزاع بين طرفي العقود تناوله فيما يلي:

2.5 تطبيق مبدأ قانون الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية

تسرى قاعدة قانون الإرادة على العقود الدولية المبرمة عبر الانترنت أيا كان نوعها، ومن ذلك العقود المبرمة بين مستخدمي الشبكة وشركاء تقديم الموقع، وشركاء تزويد خدمات الاشتراك في الشبكة، وكذلك العقود المبرمة عبر الشبكة بين التجار والمستهلكين.

ففي مجال المعاملات الإلكترونية، فإن اتفاق الأطراف له أهميته في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق، ففي المادة رقم 2/6 من قانون رقم 2 لسنة 2002م الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية لحكومة دبي، نصت على أنه "يجوز أن تتفق الأطراف الذي لها علاقة بإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين أو معالجة أي سجلات إلكترونية، على التعاقد بصورة مغايرة لأي من الأحكام الواردة في الفصل الثاني حتى الفصل الرابع من هذا القانون.

ومن القوانين المتخصصة التي تعترف بحق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي قد تنشأ بينهم في مجال التجارة الإلكترونية، فإن قانون النزاعات الاونيسترال بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في سنة 1996م. بالرغم من أن إرادة الأطراف صريحة في تحديد قانون العقد، إلا أن هناك صعوبات متعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد، ومنها صعوبة التحقيق من وجود إرادة المتعاقدين وتظهر الصعوبة في عقود التجارة الإلكترونية حين يتم التعبير عن الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية، أي يقوم الحاسوب المبرمج ببث رسائل مشوبة بالخطأ بشكل يستحيل توقعه من الشخص الذي يعمل الحاسوب لحسابه، وهذا ما يطرح من يتحمل هذا الخطأ في التعاقد الإلكتروني؟ هل الحاسوب أم الشخص الذي يعمل الحاسوب لحسابه؟ كذلك تبدو الصعوبة حينما تصدر الإرادة من شخص ليست له صلاحية تمثيل المتعاقد الأصلي (النيابة) وإذا تم التلاعب في مضمون الرسالة الإلكترونية أو تغيير محتواها، خاصة إذا علمنا أن شبكات الاتصال معرضة للاختراق والتدخل من جانب الغير. وهنا تثار مشكلة القانون الواجب التطبيق في تحديد هوية الأطراف وفي جدية التعاقد وإثباته.

ومن الصعوبات القانونية المعاصرة لاختيار قانون العقود الإلكترونية، اختلاف الأنظمة القانونية في تقدير الأدلة الإثبات. فقد اثبتت الدراسات التي قامت بها لجنة الاتحادات الأوروبية في إطار برنامج نظم التبادل الإلكتروني للبيانات التجارية والمعنية بالقواعد القانونية أدلة الإثبات اختلاف النظم القانونية في تقدير الأدلة، فهناك دول تتبنى قواعد إثبات مرنة نسبياً، حيث لا تضع طرماً محددة للإثبات تقيد بها القاضي والخصوم، وهناك نظم قانونية أخرى تعتمد منهاجاً صارماً وتضع طرماً للإثبات تشكل عقبة حقيقية تعترض تطوير تبادل البيانات إلكترونياً، وقد أوصت اللجنة الحكومات بإعادة النظر في القواعد التي تعوق استخدام السجلات الإلكترونية كأدلة إثبات بغية تفادي ما يحول دون قبولها أمام القضاء وتوفير الوسائل الملائمة لتمكين المحاكم من تقييم مصداقية البيانات الواردة في تلك السجلات.

3.5 الاختيار الضمني

الاختيار الضمني هو اختيار حقيقي ولكنه غير معلن، يستخلصه القاضي من ظروف الحال، ويؤكد ذلك ما ذهب إليه اتفاقية لاهي لعام 1986م في المادة 1/7 حين نصت أن اتفاق الأطراف في ما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريحاً أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد أو من سلوك الأطراف أو بالنظر إليهما معاً. وكذلك اتفاقية روما لعام 1980م في المادة 1/3 نصت على أن يسري على العقد القانون الذي تختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد. أما العلامات والمؤشرات التي تساعد القاضي على معرفة اتجاه الإرادة الضمنية للمتعاقدين بخصوص قانون العقد، فهي مثلاً قرينة وجود نص في العقد يجعل الاختصاص بشأن المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولة معينة، أو يتم إبرام عقد يرتبط بعقد آخر سبق إبرامه وتم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق عليه وأيضاً قد ينظر إلى اللغة التي كتب بها العقد، أو العملة التي اتفق على الوفاء بها، أو قد يتجه القاضي إلى النظر إلى جنسية المتعاقدين أو بمحل إقامتهم أو ينظر إلى مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه.

ولكن بعض العناصر التي أقرها الفقه والقضاء باعتبارها ضوابط الاستخلاص الإرادة الضمنية تتضح عدم أهميتها في مجال التجارة الإلكترونية، فقد صارت اللغة الإنجليزية هي اللغة الرسمية في مجال الروابط العقدية التي تتم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، وفي حالة استخدام لغة أخرى غير اللغة الإنجليزية فإنها تترجم إليه إلى اللغة الإنجليزية بواسطة برامج موجودة في الحواسيب الآلية، كما يظهر عدم فعالية معيار العملة التي يتم الوفاء بها، وأيضاً معيار مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه.

وفي مجال عقود التجارة الإلكترونية فإن العقد إذا كان يتصل بدولتين أو أكثر في نفس الوقت (قانون مكان الإبرام وقانون محل التنفيذ مثلاً) وكان قانون أحدهما يتضمن أحكاماً لتنظيم مثل هذا النوع من مثل العقود الإلكترونية خلافاً لقانون الدولة الأخرى الذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام، فمن المنطقي والطبيعي تطبيق قانون الدولة التي يتضمن قانونها أحكاماً لمثل تلك العقود وصفة قانون الإرادة (وهذان، 2013).

6. الخاتمة

اسفرت هذه الدراسة المعنونة (الطبيعة القانونية والتفاوض الإلكتروني) عن عدد من النتائج والتوصيات أهمها:

1. إن التفاوض الإلكتروني لا يختلف في جوهره عن التفاوض بالصور التقليدية، فإن الذي يميزه هو الوسيلة المستخدمة فقط.
2. يتميز التفاوض الإلكتروني بأنه عملية تبادلية، فهو يقوم على الأخذ والعطاء، من خلال تعاون الأطراف فيما بينهم على تقريب وجهات النظر المختلفة.
3. طبيعة المسؤولية القانونية في هذه المرحلة تتجاذبها ثلاثة اتجاهات، اتجاه مهجور ينظر إليها على أنها مسؤولية عقدية، واتجاه ثاني يرى أعمال مادية والاتجاه الثالث يرى أنها مسؤولية تقصيرية، وقد أيد هذا الأخير جملة من أحكام الفقه والقضاء.

4. ومن الصعوبات القانونية المعاصرة لاختيار قانون العقود الإلكترونية، اختلاف الأنظمة القانونية في تقدير الأدلة الإثبات.
5. من صعوبات القانونية التي تواجه القانون واجب التطبيق لعقود التجارة الإلكترونية، صعوبات تطبيق منهج قاعدة تنازع القوانين على عقود التجارة الإلكترونية
6. إن خاصية اللحدود التي تتميز بها عقود التجارة الإلكترونية حيث لا تنقيد العلاقات القانونية بين الأطراف بمكان معين أو بدولة معينة. أثارت العديد من الصعوبات القانونية التي تتعلق بمدى ملاءمة تطبيق منهج قاعدة التنازع في مجال العقود الدولية على عقود هذا النوع من التجارة، وخاصة في ما يتعلق بالاختصاص القانوني.

7. التوصيات

- 1- ضرورة إخضاع العملية التفاوضية لعلاقة عقدية، والابتعاد عن الارتباط التبادلي المجرد، لتكفل لكل طرف الحماية القانونية الفعالة.
- 2- افتقار قانون التجاره الالكترونية لتعريف المفاوضات الالكترونية، واهماله لاحكام المسؤولية الناتجة عن التفاوض الالكتروني
- 3- تعريف المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية "تبادل الاقتراحات والافكار والآراء بين أطراف النزاع وبوسائل إلكترونية من أجل الوصول إلى تسوية معينة لنزاع حاصل نتيجة عقود التجارة الدولي
- 4- ضرورة التدخل التشريعي لتنظيم مرحلة هامة في حياة العقد (التفاوض)، التي تركت لاجتهاد الفقه وتقدير القضاء بجميع جوانبه سواء في العقود التقليدية أو الحديثة لتحقيق الاستقرار في التعامل.
- 5- وفي الأخير تبقى الإشكالية المطروحة حول ضرورة إعطاء الصيغة القانونية لمرحلة التفاوض من خلال تأطيرها في قانون خاص بها؟ ما نأمل القيام به في أبحاث مستقبلية.

المصادر والمراجع

- إبراهيم، خالد ممدوح(2006). إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة . القاهرة. دار الفكر الجامعي، ص37 ص 280 ص214 ص216، ص243.
- ابن منظور (1300 هـ). لسان العرب، الجزء الخامس، ط1. بولاق. مصر. المطبعة الميبرية. ص171، 170.
- اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي (1961)، والقانون الألماني والفرنسي
- الالفي، جبر (2002). التعاقد الالكتروني في ميزان الشرع الاسلامي، مؤتمر احكام تقنية المعلومات جمعوية الحاسبات. الرياض. ص174-175.
- الأهواني، حسام الدين (1994). المفاوضات في الفترة التعاقدية. بحث منشور ضمن اعمال معهد قانون الاعمال الدولي بجامعة القاهرة. ص54.

- جمال، سمير حامد (2006). التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة القاهرة، ط الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ص،96،95.
- حسين، محمد عبدالظاهر. (2001). الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد. القاهرة. المؤسسة الفنية للطباعة والنشر. ص103،95،91،90.
- الزرقدي. احمد السعيد (2019). أصول التجارة الالكترونية، ص99، ص155.
- سلامة، احمد عبدالكريم،(1996). نظريه العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجاره الدولي، فاروق الاباصيري، ص65، القاهرة، دار النهضة العربيه ص33،
- سلامه، احمد عبدالكريم (2005). الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق ام تلاق. بحث قدم الي مؤتمر القانون والكمبيوتر. كلية الشريعة والقانون. الامارات. ص29
- فهمي، محمد كمال (1985). اصول القانون الدولي الخاص. الاسكندرية. مؤسسه الثقافة الجامعية، ص583.
- قانون الاونسيترال،1996
- قانون المعاملات الإلكترونية الموحد الأمريكي (1999) مسترجع من : <http://www.law.upenn.edu/bull/ulc/ucite/ucita200.html>
- قانون المعاملات المدنية 1984 المادة 13-15 والمادة 120
- قانون المعاملات والتجارة الالكترونية السوداني الفصل الثاني المادة 3.
- قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لأمارة دبي رقم (2) لسنة 2002م
- قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لأمارة دبي رقم (2) لسنة 2002م.
- متولي، رضا وهدان،(2013). النظام القانوني للعقد الالكتروني والمسئولية عن الاعتداءات الالكترونية،دراسة مقارنة في القوانين الوطني وقانون الاونسيترال النموذجي والفقہ الاسلامي، المنصورة، دار الفكر والقانون، ص28.
- منصور، محمد حسين(2009). المسئولية الإلكترونية، الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة، ص45،44
- منصور، محمد حسين (1967). نقض مدني جلسة س18، ص334، فبراير 1967م، ص52، 53.
- منصور، محمد حسين (1968). نقض مدني جلسة 18/3/1968م، ص19 ص642
- المؤمني، بشار طلال(2004). مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، اربد. الأردن. عالم الكتاب. ص46.