ASU

جامعة العلوم التطبيقية

APPLIED SCIENCE UNIVERSITY

مملكة البحرين

جامعة العلوم التطبيقية

كلية الحقوق

مراجعة للإمتحان النهائي لمادة قانون التجارة الإلكترونية .

من عمل الطالبة : زينب جاسم الحايكي ..

زينب الحايكي

ملاحظات مهمة :

- هذه المراجعة لا تغني عن **الكتاب فهو المرجع الرئيسي للطالب** .
- مصدر هذه المادة العلمية هو كتاب:د. علاء الدين محمد ذيب عبابنه ، دراسات في قانون التجارة الإلكترونية البحريني والمقارن، جامعة العلوم التطبيقية ، الطبعة الأولى،البحرين ، ٢٠٠٨
- قد تكون بعض النقاط المهمة سقطت سهواً أوقد كُتبت المعلومة بطريقة خاطئة من غير قصد فألتمس منكم العذر .
- تختلف كمية المواضيع المحددة للإمتحان لكل أستاذ ولكل فصل دراسي فأرجو التأكد من المطلوب المحدد ..
- إن كنت وفقت فهو توفيق من الله وإن كنت أخفقت فهذا تقصير مني .
- هذه القصاصات الورقية مجانية ومن جهدي الشخصي فأرجو حفظ الحقوق ولا مانع من تداولها بشرط عدم إزالة الإسم .
- استقبل ملاحظاتكم واستفساراتكم على
  - البريد الالكتروني:z.al7ayki@gmail.com
  - الإنستغرام : z.al7aykii
- لا أحلل من يقوم بنسب جهدي إليه ..

إخواني وأخواتي إن نلتم الفائدة من مجهودي هذا كل ما أطلبه منكم دعوة صادقة لي ولوالديّ بظهر الغيب .

(اللهم انفعني بما علمتني، وعلمني ما ينفعني، وزدني علماً..)

بسم الله الرحمن الرحيم .

• الإذعان في نطاق العقود الإلكترونية :

عقد الإذعان ← هو عقد يخضع فيه أحد طرفي العقد للشروط التي يستأثر بوضعها الطرف الآخر الذي لا يقبل مناقشتها .

** طبيعة عقد الإذعان ← هو عقد بالمعنى القانوني لأنه يتم بتوافق إرادتين وإن كانت إحدى الإرادتين ضعيفة بالنسبة للأخرى .

موقف المشرع البحريني من عقد الإذعان ← اعتبره عقد كسائر العقود وأضفى عليه بعض الخصوصية حيث إنه نص على أحكام تهدف لحماية الطرف المذعن في العقد .

• خصائص عقد الإذعان :

١- **الضرورة** ← يجب أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تُعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين .

- يجب أن يكون الإيجاب لمدة طويلة فهو إيجاب مستمد من محل هذه العقود (حاجة ضرورية) لا يستغني عنها الناس في كل وقت كالماء والكهرباء .

- لا يُعتبر التعاقد مع المحلات التي تتعامل بأسعار محددة لا تقبل مساومة فيها من قبل عقود الإذعان مادامت السلع التي يرد عليها التعاقد لا تعتبر من الضروريات .

- لا يمكن إعتبار كافة العقود الإلكترونية من عقود الإذعان ، إلا إذا تعلقت هذه العقود بسلع أو مرافق ضرورية للمستهلكين .

٢- **الإحتكار** ← المنتج يحتكر خدمة أو سلعة معينة .

- يجب أن يتمتع الطرف الذي يضع شروط العقد بإحتكار قانوني أو فعلي بالنسبة للسلع أو الخدمات التي يؤديها ، فلا يكون هناك من ينافسه أو تكون المنافسة محدودة .

مثال ← شركة مايكروسوفت تحتكر غالبية برامج الكمبيوتر في العالم .

- إذا كان الإيجاب موجهاً من شركة ماء أو كهرباء أو شركة تحتكر سلعة ضرورية بواسطة الإنترنت وصادفه قبول من جانب المستهلك فعندئذٍ يمكن اعتبار هذا العقد من العقود الإلكترونية .

٣- **إيجاب عام بقالب نموذجي** ← يكون الإيجاب في عقود الإذعان عام فهو ليس إيجاب موجهه إلى شخص معين وإنما موجه إلى الجمهور كافة أو إلى فريق غير محدد منهم .

- شروط العقد تكون بصورة محددة من قبل المحتكر الذي يعرضها للجمهور بصفة دائمة .

- عقد الإذعان يتم نهائياً بمجرد قبول أي شخص لهذه الشروط ولا يستطيع محتكر السلعة أو الخدمة التحلل من العقد برفض التعاقد وإلا قامت مسؤوليته التعاقدية .

- الإيجاب المعروض يكون بصورة قالب نموذجي واحد وصيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تقبل المناقشة .

• الحماية التشريعية في إطار القواعد العامة للعقود الإلكترونية ← أعطى المشرع المستهلك حماية خاصة غير الحماية التقليدية .

- في العقود التقليدية يكون العقد شريعة المتعاقدين فلا يستطيع أحد الأطراف أن يغير أو يعدل في العقد بإرادته المنفردة .

• الحماية الخاصة بالعقود الإلكترونية ← الحق في التبصير / الحق في الرجوع

- الحق في التبصير والحق في الرجوع من الضمانات المعطاة للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد ومنها العقود الإلكترونية .

- هاتين القاعدتين توفران حماية للمستهلك أكبر من الحماية التي قد توفرها النظرية التقليدية لعقود الإذعان .

• الحق في التبصير ← يجب على المتعاقد (صاحب المنتج) أن يمد الطرف الآخر بالمعلومات الضرورية اللازمة لمساعدته في إتخاذ قرار التعاقد من عدمه .

- الإلتزامات التي تقع على البائع :

١- الإلتزام بتعريف المؤسسة المصدرة للعرض .

٢- تقديم معلومات عن الثمن .

٣- الإلتزام ببيان خصائص السلعة .

٤- الإلتزام بتوضيح شروط البيع (مايخص المسؤولية التعاقدية والشروط الخصوصية) .

- خلا قانون التجارة الإلكترونية البحريني من قواعد خاصة بحماية المستهلكين ولم يأخذ بالإلتزام بالتبصير.

• حق الرجوع في العقود الإلكترونية ← هو حق مُنح للمستهلك بالعدول عن إتمام العقد خلال مدة زمنية معينة أو عند إستلام البضاعة دون أن يتحمل أية مسؤولية عن ذلك .

- حماية المستهلك من المبادىء الهامة في التجارة الإلكترونية حيث إن المستهلك قد يتعرض لعمليات الغش في ظل تعامله مع شبكة الإنترنت ويتصور وقوع المستهلك في التجارة الإلكترونية ضحية للغش ولعوامل التسرع والضغط والإبهار .

- الحق في الرجوع هو حق مقرر في بيوع المسافة للمستهلك فيملك بموجبه الحق في فسخ العقد بعد إبرامه خلال مدة معينة وقد أُعطي هذا الحق بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية .

- حق الرجوع حق حديث نسبياً ، ظهر نتيجة إنتشار بيوع المسافة .

** تعريف المستهلك :

- التعريف الموسع (يُطلق ويُوسع في مفهوم المستهلك) ← هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يُبرم تصرفاً قانونياً للحصول على سلعة أو خدمة بقصد أن يكون هو أو ذويه المستعمل النهائي للسلعة أو الخدمة وتمتد نفس الصفة إلى المهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه .

- المهني إذا تعاقد خارج نطاق إختصاصه المهني يُعتبر مستهلكاً تجب له الحماية القانونية .

مثال ← صاحب المصنع الذي يقوم بشراء أجهزة حاسب آلي تدخل في نشاطه المهني يُعتبر مستهلكاً ، بينما لو قام بشراء مواد كيماوية لتصنيعها فإنه لا يعتبر مستهلكاً .

- التعريف الضيق (يضيق ويضع ضوابط) ← كل شخص طبيعي يبرم عقداً لا يدخل في نطاق نشاطه المهني .

- يُستبعد المهني من نطاق حماية المستهلك ولو أبرم تصرفات خارج نطاق إختصاصه ، طالما إن التصرف له صلة مباشرة مع النشاط المهني .

- مثال ← صاحب المصنع الذي يتعاقد لشراء برنامج معلومات لإدارة مصنعه لا يُعتبر مستهلكاً ، أما إذا اشترى البرنامج لأولاده في المنزل فإنه يُعتبر مستهلكاً .

• عقود المسافة ← أي عقد يتعلق بسلع أو خدمات تم إبرامه بين مورد ومستهلك ضمن بيوع مسافة منظمة أو خدمات مُدارة من قبل المزود والذي من أجل إبرام العقد يقوم بإستعمال خاص لواحدة أو أكثر من وسائل الإتصال حتى اللحظة التي يتم فيها إبرام العقد .

• الحق في الرجوع ← إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ويكون بأن يرد المستهلك المنتج الذي تم تسليمه إليه ما دام توفر المبرر المعقول .

- المستهلك في عقود المسافة لا يمكنه الحكم الدقيق على السلعة محل التعاقد لذلك أُعطي رخصة الرجوع عن العقد خلال مدة يحددها القانون .

- المستهلك له حرية تامة في رد المبيع ولا يتعرض لأي مسؤولية ولا يُطالب بإثبات أن ضرراً قد أصابه لأنه يستعمل في هذه الحالة حقاً أقره القانون .

** مبررات الحق في الرجوع :

١- إن نظرية عيوب الإرادة يصعب تطبيقها في مجال التجارة الإلكترونية .

- تم الأخذ بهذا الحق لحماية رضا المستهلك وحمايته من التسرع في إبرام العقد عن طريق منحه مدة للتفكير والتروي بعد توقيع العقد يجوز فيها العدول عنه ، مما يقلل من عيوب الإرادة حيث إن وقع المستهلك في غلط أو غبن مع تغرير فإن إعادة السلعة خلال مدة الرجوع دون إبداء أسباب أسهل عليه من إثبات الغلط أو الغبن .

٢- في البيع عن بعد بإستخدام الوسائل الحديثة كالتلفون والإنترنت وغيرها لا يستطيع المشاهد أن يرى المبيع رؤية حقيقية ، فالبضائع تُعرض في مناخ تسطع فيه الأضواء وتغلفه الأصوات وتزينه الألوان مما يوهم المشتري أن السلعة المعروضة للبيع ذات نوعية وجودة خاصة أو تحريضه على سلع غير ضرورية .

** الطبيعة القانونية للحق في الرجوع ← هو عقد صحيح نافذ مكتمل الوجود ويمكن وصفه بإنه عقد غير لازم بطبيعته بالنسبة للتشريعات التي قامت بتنظيمه .

** نطاق الحق في الرجوع ← الحق في الرجوع ليس حقاً مطلقاً فقد وردت عليه إستثناءات ، فلا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية :

١- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل إنتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك . (المستهلك يتنازل عن حقه في الرجوع)

٢- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها وتكون قابلة للتلف أو الفساد لإنتهاء صلاحيتها .

٣- عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية أو نقلها آلياً .

٤- السلع التي تعتمد على تقلبات السوق والتي لا تخضع لسيطرة المزود (شراء الذهب / ألعاب اليانصيب) .

٥- عقود توريد الخدمات التي يبدأ تنفيذها بالإتفاق مع المستهلك قبل إنتهاء المدة المقرر ممارسة حق الرجوع خلالها .

٦- الخدمات المالية و المصرفية وتعاملات الأسهم المستقبلية .

٧- البيوع التي تمت بواسطة ماكينات البيع الآلية .

** أحكام الحق في الرجوع ← يستطيع المستهلك إرجاع المنتج خلال ١٠ أيام من تسلم السلعة / ١٠ أيام من لحظة إبرام العقد وبعض التشريعات نصت على أسبوع عوضاً عن ١٠ أيام .

- يجوز الإتفاق على تعديل المدة .

• مبدأ التكافؤ الوظيفي ← هو المساواة بين الكتابة في الشكل الإلكتروني وفي الشكل التقليدي ، وفي قوة الدليل المستمد منها طالما انها استطاعت أن تؤدي الوظيفة أو المهمة التي يتطلبها المشرع وهي تمييز الشخص وتحديد هويته ، وأن يتم تدوينها وحفظها بطريقة تحافظ على قوامها من التحريف .

** الإطار العام لمبدأ التكافؤ الوظيفي ← المشرع البحريني أعطى السندات والتواقيع الإلكترونية ذات الأثر المُعطى للسندات والتواقيع الخطية ، وأكد على إنه يُراعي في تقدير حجية السجل الإلكتروني في الإثبات عند النزاع في سلامته :

١- مدى الثقة في الطريقة التي تم بها إنشاء او حفظ أو بث السجل الإلكتروني .

٢- مدى الثقة في الطريقة التي تم بها توقيع السجل الإلكتروني .

٣- مدى الثقة في الطريقة التي استعملت في المحافظة على سلامة المعلومات التي تضمنها السجل الإلكتروني .

٤- أية أمور أخرى ذات علاقة بسلامة السجل الإلكتروني .

(كل تقنية تسمح بتمييز الشخص وتحديد هويته وتدلل بلا غموض على موافقته على مضمون التصرف القانوني وتكون جديرة بصورة كافية في المحافظة على المعلومات الواردة ضمن رسالة البيانات تُعتبر مستوفية للشروط المطلوبة في التوقيع ويمكن الإعتماد عليها كدليل في الإثبات وهي مسألة موضوعية تضخع لتقدير المحكمة) .

التوقيع الإلكتروني ← هو معلومات في شكل إلكتروني تكون موجودة في سجل إلكتروني أو مثبتة أو مقترنة به منطقياً ويمكن للمُوَقِع إستعمالها لإثبات هويته .

• وظائف التوقيع الإلكتروني :

١- **تحديد شخصية المُوَقِع** ← تتوافر في التوقيع الإلكتروني إمكانية تحديد شخصية مصدره ، ويصلح للتعبير عن إرادة صاحبه ورضائه بالتعاقد والإلتزام به .

٢- **التعبير عن إرادة المُوَقِع وإلتزامه بمضمون ما جاء في السند** ← للتوقيع الإلكتروني القدرة في التعبير عن إرادة صاحبه في الموافقة على مضمون السند والرضا بالتعاقد والإلتزام به .

• الكتابة الإلكترونية ← كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تُثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك .

- الكتابة شرط أساسي في السند حيث إنها تثبت الواقعة القانونية الموقعة من الشخص المنسوبة إليه .

- لا يُشترط في الكتابة شكل من الأشكال ولا أي شرط من الشروط .

- يكفي في العبارات المكتوبة الدلالة على المعنى المقصود ليصلح بينة في مواجهة من وقعها حتى يقوم بها الدليل .

- لا يُشترط استخدام وسيلة معينة في كتابة المحرر العرفي طالما إنه خلا من الشطب والمحو والتحشير .

- يمكن أن تكون الكتابة على دعامة مادية (الورق والخشب) أو على دعامة غير مادية (أجهزة الحاسب الآلي) .

** الشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية (السجل) :

١- **إمكانية الإحتفاظ بالمعلومات والرجوع إليها** ← يجب أن يتوافر في المحرر الكتابي العناصر المادية التي تسمح بحفظ بيانات التصرف القانوني عليه بأحرف أو رموز لها دلالة مفهومة لأطراف التصرف .

- يجب أن يتمتع المحرر بالقدرة على الحفاظ على المعلومات بشكل مستمر بحيث يمكن تقديمها إلى القضاء للإطلاع عليها عند نشوب الخلاف حول وجودها أو تحديد المقصود بها .

- يجب أن يتم تدوين المحرر وحفظه في ظروف تدعو إلى الثقة حيث إن ذلك يُعتبر من الأمور الضرورية للإعتراف للكتابة الإلكترونية بنفس الحجية المعترف بها للكتابة التقليدية.

- الكتابة الإلكترونية مستهدفة للأخطار منذ تدوينها وتسجيلها على نظام معلوماتي ونقلها حتى نهاية المدة المحدودة لحفظها.

- الكتابة الإلكترونية معرضة للإنتقال من دعامة لأخرى وهو ما يهدد التحريف والتبديل في العمل القانوني ، لذلك حرص المشرع على اشتراط أن يتم ذلك بطريقة جديرة بالحفاظ على الكتابة في صورتها الأولى التي دونت فيها لأول مرة .

٢- **إمكانية الإحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به** ← حتى يكتسب السند الإلكتروني الحجية الكاملة في الإثبات يجب التأكد من سلامة المعلومات الواردة في السجل الإلكتروني دون أن يمسها أي تغيير في شكلها الأصلي الذي نشأت عليه .

- يتم الإحتفاظ بمعلومات السند الإلكتروني بإدخال المعلومات والنصوص والتوقيع آلياً في الحاسب الآلي وتخزينه على اسطوانة مغناطيسية .

** الكتابة الإلكترونية تختلف عن الكتابة التقليدية من عدة نواحي :

- الكتابة التقليدية تتمثل في كيان مادي ملموس فيسهل قراءتها بالعين المجردة / أما الكتابة الإلكترونية تكون مسجلة على دعامة مغناطيسية ولا يمكن قراءتها أو الإطلاع عليها إلا من خلال عرضها على شاشة الحاسب الآلي ثم طبعها على ورق بواسطة الطابعة الملحقة بالحاسب الآلي .

- تتميز الكتابة التقليدية بصفة الدوام أو الثبات فهي تكون بطريقة نهائية فيسهل كشف أي تلاعب أو تزوير فيها / أما الكتابة الإلكترونية فهي تفقد صفة الدوام والثبات لأنها قابلة للمحو والتعديل والتلف دون ترك أثر ملحوظ يكشف التلاعب بها

خاصة إذا قام بها مهني متخصص في المجال المعلوماتي ، كما يمكن أن تتلف بسبب عطل فني في الأجهزة .

(التطور التقني أدى إلى عدم إمكانية تعديل النص عن طريق إستخدام برامج حاسب آلي تسمح بتحويل النص إلى صورة ثابتة لا يمكن الدخل فيها أو تعديلها مما يعني إمكانية حفظ السندات الإلكترونية في صيغتها النهائية بشكل لا يقبل التعديل والتبديل) .

٣- دلالة المعلومات الواردة في السجل الإلكتروني على من أنشأه وتاريخ و وقت إرساله وتسلمه .

• التوقيع الإلكتروني ← هو معلومات في شكل إلكتروني (حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد) تكون موجودة في سجل إلكتروني أو مثبتة أو مقترنة به منطقياً ويمكن للمُوَقِع إستعمالها لإثبات هويته وتمييزه عن غيره .

** يتمثل الفارق بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني في :

١- التوقيع التقليدي يقتصر على أنواع معينة كالإمضاء والبصمة والختم / بينما التوقيع الإلكتروني يمكن أن يأتي في صور متعددة كالصور والأرقام أو الرموز أو الإشارات لها طابع يميز الشخص صاحب التوقيع .

٢- التوقيع التقليدي يتم عبر وسيط مادي (دعامة ورقية في الغالب) / أما التوقيع الإلكتروني ينتج كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني من حلال أجهزة الحاسب الآلي وعبر الإنترنت .

** الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني :

١- يجب أن يتميز بشكل فريد بإرتباطه بالشخص صاحب العلاقة ← لضمان عدم قيام أي شخص آخر بإنشاء نفس التوقيع الإلكتروني بحيث يكون هذا التوقيع منفرداً ومرتبطاً بالشخص صاحب العلاقة ارتباطاً وثيقاً معنوياً ومادياً فلا يمكن إنشاؤه من قبل أي شخص آخر .

٢- أن يكون كافياً للتعريف بشخص صاحبه ← حيث إنه يدلل على موافقة صاحبه على مضمون التصرف القانوني ويكون حجة عليه ويمكن الإعتماد على المعلومات الوارادة في رسالة البيانات كدليل في الإثبات .

٣- سيطرة صاحب التوقيع على منظومة التوقيع ← لابد أن تكون منظومة أحداث التوقيع تحت سيطرة المُوَقِع سواء عند إنشاء التوقيع أو عند استعماله ولا يُسمح للغير بفك رموزه أو التوقيع بدلاً عنه .

٤- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالسند ارتباطاً وثيقاً ← يجب أن يكون التوقيع الإلكتروني مرتبطاً بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توثيقه دون إحداث تغيير في التوقيع .

- الإرتباط بالمحرر لا يسمح لصاحب التوقيع بتعديل التوقيع إلا خلال فترة زمنية معينة وبعد القيام بإخبار كافة الأطراف الذين أقام معهم علاقات قانونية حفاظاً على حقوقهم .

• الاستثناءات التي ترد على مبدأ التكافؤ الوظيفي ← المشرع البحريني لم يعطي الحجية الكاملة للسندات الإلكترونية بشكل مطلق ، حيث استثنى بعض العقود والتصرفات من نطاق تطبيق مبدأ التكافؤ الوظيفي فلم يعطِ بعض السندات الإلكترونية أي حجة فاستثنى التصرفات التي تتطلب شكلية خاصية مثل :

١- كافة المسائل التي ينعقد فيها الإختصاص للمحاكم الشرعية .

٢- مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين (الزواج / الطلاق / الحضانة / التبني/ الميراث / إنشاء الوصايا وتعديلها) .

٣- المعاملات والتصرفات التي يشترط القانون للإعتداد بها أن تكون مثبتة في محررات رسمية .

٤- السندات القابلة للتداول .

٥- سندات الملكية .

↑ المشرع ذكر هذه التصرفات على سبيل المثال لا الحصر .

- العلة من استثناء المشرع هذه التصرفات ← لأن هذه التصرفات تتم بشكلية خاصة وفقاً للقوانين المنظمة لها .

مثال ← عقد الرهن التأميني لا يمكن إجراؤه إلا بورقة رسمية .

• الترجيح بين السندات الخطية والإلكترونية ← لم ينص المشرع البحريني على هذه الحالة ولكن يمكن الوصول لذلك بالإستناد إلى قواعد العدالة بإعتبارها مصدر احتياطي في التشريع البحريني ، فيتمتع القاضي بسلطة واسعة في الترجيح بين السند الإلكتروني والسند الورقي .

• المصطلحات :

Record, entry, booking	**قيد**
Draw	**سحب**
Confer, deliberate, circulation	**تداول**
Commercial paper	**ورقة تجارية**
Importation	**استيراد**
Commission	**عمولة**
Shop, store	**متجر**
Creditor	**دائن**
Debtor	**مدين**
Purchase	**شراء**
Electronic Document	**وثيقة إلكترونية**
Commercial foundation	**المحل التجاري**
Electronic acceptance	**قبول إلكتروني**
Bank	**مصرف**
Merchant ,trader	**تاجر**
data interchange	**تبادل بيانات**

تم بحمد الله ،، والله ولي التوفيق ..

١٥/ ديسمبر / ٢٠١٨ م ..