



جامعة دمشق

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

إعفاء مزود الخدمة الإلكترونية من مسؤوليته العقدية

استناداً إلى الشرط الاتفاقي

بحث علمي لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إعداد الطالب

باسم السيد

إشراف الدكتورة

هلا الحسن

العام ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م

أَعُوذُ بِاللّٰهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا^١

^١ - الآية (٨٥) سورة الإسراء من القرآن الكريم.

الإهداء

إلى كل من مات دفاعاً عن الحق إلى شهداء سورية

إلى روح أخي الغالي محمد لؤي السيد رحمه الله وتقبله من الشهداء

إلى والدي كل شهيد وجريح ومفقود . . . إلى والدي أطال الله في عمرهما

إلى كل من يملك ذرة حب لبلدي سورية إلى كل شريف في هذا البلد

الشكر

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل الشكر
والعرفان إلى الدكتورة الفاضلة " هلا الحسن " لقبولها
الإشراف على الرسالة ،

وأيضاً لصبرها ولما بذلته من جهد في توجيهاتها
وملاحظاتهما لإنجاز هذا البحث، داعياً الله سبحانه أن
يزيدها من علمه

كما أتقدم بالشكر إلى أعضاء الهيئة التدريسية في كلية
الحقوق بجامعة دمشق وأخص بهم أساتذتي في قسم
القانون الخاص شاكرًا فضلهم لما قدموه من علم عسى الله
أن يجزيهم عنا كل الخير

[^]

المقدمة:

فتحت تكنولوجيا المعلومات آفاقاً واسعة أمام البشرية، ودخلت في مختلف مجالات الحياة الاقتصادية والثقافية والاجتماعية، وهذا ما تجلى في التطور الكبير للشبكة الإلكترونية "الإنترنت"، فهي عالمية الانتشار وسريعة التطور.

وبسبب الازدياد الكبير لعدد مستخدمي الشبكة الإلكترونية، وهيمنة بعض الجهات العامة والخاصة على السوق الإلكترونية، وعلى الخدمات المتعلقة بها، وفرضها لشروطها على المستخدمين وخاصةً فيما يتعلق بالإعفاء من المسؤولية، برزت أهمية دراسة هذه الشروط وتحليلها لحماية مستخدمي الشبكة الإلكترونية من التعسف باستعمال هذه الشروط، وذلك لضعف مركزهم الاقتصادي والقانوني وعدم كفاية القواعد القانونية العامة أحياناً لحمايتهم بسبب صعوبة إثبات المسؤولية، أو تحديد الشخص المسؤول، أو تكييف الإشكاليات القانونية المستجدة وفق النصوص القانونية المتوفرة.

فالإقبال الكبير على التعاملات الإلكترونية وازدياد استخدامات الشبكة الإلكترونية كمرفق حيوي وهام، أدى إلى بروز دور مزودي الخدمات الإلكترونية لتوفير هذه الخدمة، وبرزت معه معوقات عملية تحد من نشاطه، نظراً لحدوث هذه الخدمة من جهة، ولكثرة الأعطال المتعلقة بها من جهة أخرى، لذلك ازداد استخدام الشروط المعفية من المسؤولية

كأداة قانونية يستخدمها المزودون للتهرب من المسؤولية المترتبة عن ذلك.

هذا وقد بات من المعروف أنَّ الوصول إلى الصفحات الإلكترونية أو تصفح المحتوى المنشور على الشبكة أو إرسال البريد الإلكتروني وغير ذلك من المعاملات التي تتم بواسطة الشبكة، يحتاج بالدرجة الأولى إلى مزود متخصص لتقديم الأدوات الفنية والتقنية اللازمة لتمكين المشتركين معه من الدخول إلى الشبكة، الأمر الذي يجعل مستخدمي الشبكة في حاجة ماسة للتعاقد مع هؤلاء المزودين والرضوخ لشروطهم.

فشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يعدُّ من الشروط الاتفاقية الجائزة قانوناً، وبالتالي فإنَّ استخدامه في العقود يعدُّ نتاجاً لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أنَّ استخدام شرط الإعفاء من المسؤولية في العقود النموذجية بشكل عام وفي عقد تزويد الخدمة الإلكترونية بشكل خاص يؤدي غالباً إلى المساس بهذا المبدأ عن طريق فرض المزود لإرادته على المشتركين معه، مما يؤدي لقبول هذا الشرط إذعاناً وليس عن إرادة حرة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنَّ أغلب الأبحاث والمراجع التي تحدثت عن المسؤولية وخاصةً في مجال الخدمات الإلكترونية اهتمت بالمسؤولية التقصيرية فيما يتعلق بالمحتوى غير المشروع المنشور على الشبكة، ومحاولة تحديد المسؤول عن هذا المحتوى، ولم يتطرقوا للمسؤولية

العقدية ومسألة الإغفاء منها إلا بشيء من العجالة، ومن هنا تكمن أهمية اختيار هذا البحث.

أولاً- أهمية البحث:

تبرز أهمية اختيار هذا البحث من خلال النقاط التالية:

- ١- كثرة استخدام الشروط المعفية من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية وكثرة انتشار هذه العقود، والعدد الكبير للمشاركين فيها، بالإضافة لقلّة الأبحاث المتخصصة المتعلقة بهذا الشأن.
- ٢- القصور في بعض القواعد العامة للمسؤولية من جهة حماية المشاركين في الخدمة الإلكترونية وفي مواجهة الإشكاليات المستجدة في مجال تقنية المعلومات.
- ٣- وأخيراً تكمن الأهمية في أنّ شرط الإغفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية يعدّ شرطاً تحكيمياً وأداة قانونية للتهرب من المسؤولية.

ثانياً- صعوبات البحث :

يعدّ البحث في شرط الإغفاء من المسؤولية العقدية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية من الأبحاث التي يكتنفها بعض الصعوبات من حيث أنّ البحث في شرط الإغفاء من المسؤولية مكانه هو في المراجع التقليدية التي تتحدث عن المسؤولية العقدية بشكل عام، أمّا الحديث

عن مزودي الخدمات الإلكترونية وعقودهم ومسؤوليتهم فمكانه في المراجع الحديثة، وبالتالي فإنَّ الصعوبة تكمن في محاولة التنسيق بين هذه المراجع واستخدام المعلومات المستخلصة منها لتطبيقها على موضوع البحث.

ثالثاً_ إشكالية البحث:

تظهر إشكالية البحث في موضوع إعفاء مزود الخدمة الإلكترونية من مسؤوليته العقدية استناداً إلى الشرط الاتفاقي، في البحث عن مدى قانونية إدراج شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية وخصوصاً إذا ما علمنا تأثيره على إرادة المتعاقد المشترك في هذا العقد.

رابعاً_ إشكاليات فرعية:

- ١- تعدد المصطلحات القانونية المتعلقة بالخدمات الإلكترونية وبالقائمين على تقديمها.
- ٢- الإشكالية المتعلقة بمدى جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن عمل تابعي مزود الخدمة الإلكترونية وخصوصاً في حالتي الغش والخطأ الجسيم.
- ٣- إشكالية ضمان علم المشترك بشرط الإعفاء من المسؤولية في ظل غياب أي قيد قانوني بالنسبة لشكل شرط الإعفاء.

٤- أخيراً الإشكالية المتعلقة بالبحث عن انطباق شروط عقد الإذعان على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية وما يترتب على ذلك من أثر لسلطة القضاء على شرط الإعفاء من المسؤولية.

خامساً_ أهداف البحث:

يرمي هذا البحث إلى تحقيق جملة من الأهداف نذكر منها:

- ١- يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على مزودي الخدمات الإلكترونية وعلى مسؤوليتهم وعقودهم باعتبارهم الخطوة الأولى في أي استخدام للإنترنت .
- ٢- تنبيه المشرع لخطورة شرط الإعفاء من المسؤولية، وذلك بمحاولة إيجاد أحكام خاصة تتعلق به، وتطبيقها على العقود النموذجية كعقد تزويد الخدمة الإلكترونية.
- ٣- حماية المشتركين في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية من الشروط التعسفية وخاصةً شرط الإعفاء من المسؤولية، وذلك من خلال محاولة تطبيق قانون حماية المستهلك السوري على المشتركين في هذا العقود.
- ٤- وأخيراً محاولة نفي الصفة الاتفاقية عن شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية من خلال إظهار مدى التعسف باستعمال هذا الشرط.

وقد حاولنا اتباع المنهج الاستقرائي في كتابة هذا البحث من خلال عرض بعض النصوص القانونية وبعض الآراء الفقهية ذات الصلة، ومن ثمَّ محاولة تحليلها واستنتاج الأحكام والآراء لتطبيقها على موضوع البحث، وذلك بالاعتماد على التقسيم الثنائي من خلال عرض مفهوم الإغفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية في الفصل الأول، ثمَّ عرض أشكال شرط الإغفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية وأثر هذا الشرط على العقد المتضمن له في الفصل الثاني من هذا البحث.

وأيضاً حاولنا اتباع منهجية في التقسيم تعتمد على التحليل المنطقي للأفكار، فالحديث عن شرط الإغفاء من المسؤولية وصوره و آثاره مرتبط بتحديد المسؤولية ذاتها، وقبل ذلك بتحديد الشخص المسؤول عنها، وذلك وفق المخطط التالي:

مخطط البحث

مقدمة :

الفصل الأول: الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية

المبحث الأول: مزودي الخدمة الإلكترونية

المطلب الأول: تحديد مزودي الخدمات الإلكترونية ومسؤوليتهم

الفرع الأول: المقصود بمزودي الخدمة الإلكترونية

الفرع الثاني: مسؤولية مزودي الخدمة الإلكترونية

المطلب الثاني: عقد تزويد الخدمة الإلكترونية

الفرع الأول: التعريف بعقد تزويد الخدمة الإلكترونية وخصائصه

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد تزويد الخدمة الإلكترونية

المبحث الثاني: شرط الإعفاء من المسؤولية وشروط صحته

المطلب الأول: ماهية شرط الإعفاء من المسؤولية

الفرع الأول: المقصود بشرط الإعفاء ومبررات انتشاره في العقود الإلكترونية

الفرع الثاني: تمييز شرط الإعفاء عن بعض المفاهيم القانونية

المطلب الثاني: شروط صحة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية

الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة شرط الإعفاء من المسؤولية

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لصحة شرط الإعفاء من المسؤولية

الفصل الثاني: أشكال شرط الإعفاء في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية وآثاره

المبحث الأول: أشكال الإعفاء من المسؤولية في عقود الخدمة الإلكترونية

المطلب الأول: الإعفاء من المسؤولية الشخصية للمزود

الفرع الأول: جواز الإعفاء من المسؤولية الشخصية للمزود

الفرع الثاني: عدم جواز الإعفاء في حالي الغش والخطأ الجسيم

المطلب الثاني: الإعفاء من المسؤولية عن عمل الغير والأشياء

الفرع الأول: الإعفاء من المسؤولية عن عمل الغير

الفرع الثاني: الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء

المبحث الثاني: أثر شرط الإعفاء على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية و

سلطة القضاء اتجاهه

المطلب الأول: أثر صحة وبطلان شرط الإعفاء على عقد تزويد الخدمة

الإلكترونية

الفرع الأول: أثر صحة شرط الإعفاء على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية

الفرع الثاني: أثر بطلان شرط الإعفاء على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية

المطلب الثاني: سلطة القضاء اتجاه شرط الإعفاء في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية

الفرع الأول: سلطة القضاء في استبعاد شرط الإعفاء في عقود الخدمة الإلكترونية

الفرع الثاني: سلطة القضاء في تفسير شرط الإعفاء في عقود الخدمة الإلكترونية

خاتمة : النتائج والتوصيات

الفصل الأول: تزويد الخدمة الإلكترونية والإعفاء من المسؤولية

تتزايد حاجات المجتمع بتزايد التقدم العلمي والتقني في جميع المجالات وخاصة في مجال التجارة الإلكترونية والعديد من الخدمات الأخرى التي تهدف إلى إشباع حاجات الأفراد، ونظراً لصعوبة تقديم معظم هذه الخدمات بشكل مادي عن طريق التواصل المباشر، ظهرت أهمية تقديم تلك الخدمات بشكل غير مباشر، عبر تقديمها بشكل إلكتروني.

وأيضاً مع تعدد استخدامات الشبكة الإلكترونية في مختلف المجالات وازدياد عدد مستخدميها، نشأت شركات متخصصة تعمل في مجال الإنترنت، وتقدم الخدمات المتعلقة بها، وترتبط هذه الشركات مع مستخدميها بعدد من العقود والتي تختلف تسميتها باختلاف الخدمة المقدمة فيها. وقد درجت هذه الشركات على إدراج شرط الإعفاء من المسؤولية في عقودها حتى أضحى من الشروط النموذجية والمألوفة في هذه العقود.

لذلك سنبحث في مزودي الخدمة الإلكترونية وعقودهم في المبحث الأول، ثم ننتقل لدراسة شرط الإعفاء من المسؤولية وشروط صحته في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الأول: مزودي الخدمة الالكترونية

يشهد عصرنا الحالي تطوراً كبيراً في مجال تقنية المعلومات وتبادلها عبر الشبكة الإلكترونية، كما يشهد تنوعاً للخدمات المتاحة عبر هذه الشبكة، وعليه تعددت الجهات العاملة في مجال الإنترنت والمتخصصة بتقديم الخدمات عبر هذه الشبكة.

وبالتالي فإنّ الأفكار تتشابك حول تحديد المقصود بمزودي الخدمات الإلكترونية محل بحثنا، بالإضافة إلى أنّ الحديث عن شرط الإعفاء من المسؤولية مرتبط بتحديد المسؤولية ذاتها والتي يمكن استخلاصها من عقد تزويد الخدمة الالكترونية.

لهذا سنعمل على تحديد المقصود بمزودي الخدمات الإلكترونية ومسؤوليتهم في المطلب الأول، ثمّ سنبحث في عقد تزويد الخدمة الالكترونية من حيث طبيعته القانونية وخصائصه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: تحديد مزودي الخدمات الإلكترونية ومسؤوليتهم

ذكرنا أنَّ التطور التقني والتنوع في الخدمات الإلكترونية أفرز جهات متعددة تعمل على تقديم هذه الخدمات، لذلك نهدف من محاولة تحديد مزودي الخدمات الإلكترونية إلى تخصيص البحث حول فئة معينة من المزودين دون غيرهم ممن يعملون في مجال تقديم الخدمات الإلكترونية.

فقد يقصد بمزود الخدمة الإلكترونية، الجهة التي تقدم خدماتها بشكل إلكتروني، سواء أكانت تعمل في مجال الإنترنت أو الخدمات المتعلقة بها، أو كانت تقوم بأعمال لا صلة لها مباشرة بالإنترنت، وإنَّما تقدم خدمات التعامل معها أو الاطلاع على خدماتها بشكل إلكتروني باستخدام وسيط يؤمن توفير هذه الميزة. وقد يقصد بمزود الخدمة الإلكترونية، الجهة التي تحترف العمل على الإنترنت والخدمات المتعلقة بها دون سواها.

وأيضاً كما ذكرنا، فإنَّ البحث في إعفاء مزودي الخدمة الإلكترونية من مسؤوليتهم العقدية، يتطلب منا تحديد هذه المسؤولية ولو بإيجاز، للبيان لاحقاً ما يجوز الإعفاء منه، وما لا يجوز تطبيق شرط الإعفاء عليه. لذلك سنتعرف على مزودي الخدمات الإلكترونية في الفرع الأول، ثمَّ نحدد مسؤوليتهم في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: المقصود بمزودي الخدمة الإلكترونية

يثبت الواقع العملي أنَّ تداول المعلومات عبر شبكة الإنترنت يتم من خلال جهود عدة أطراف، والذين تتنوع أدوارهم وأنشطتهم في تشغيلها. فحتى يتمكن مستخدمو الإنترنت من الدخول إلى الشبكة، والوصول إلى ما يريدون من معلومات أو نشرها، فلا بدَّ من وجود عدة أطراف يطلق عليهم عادةً مصطلح مقدمي خدمات الإنترنت، أو الوسطاء في خدمات الإنترنت.^٢

وتظهر إشكالية البحث عن المقصود بمزودي الخدمات الإلكترونية في عدم وجود تعريف دقيق لهم من جهة، وفي تعدد التسميات التي تطلق عليهم من جهة أخرى، وإن كان هناك اتفاق على نوع الخدمة التي يقدمونها، لذلك سنحاول البحث عن المقصود بمزودي الخدمات الإلكترونية من خلال عرضنا للمفهومين الآتيين:

^٢ - أحمد قاسم فرح، النظام القانوني لمقدمي خدمات الإنترنت (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة المنارة، جامعة آل البيت ، المجلد ١٣، العدد ٩، لعام ٢٠٠٧ ، صفحة ٣٢٠ وما بعدها .
منشور على الرابط الإلكتروني التالي: تاريخ آخر زيارة الساعة ١٠ ص ٢٠١٦١٦١٦

أولاً- المفهوم الموسع:

يطلق مصطلح مزود الخدمة الإلكترونية وفقاً لهذا المفهوم على كل من يقدم أي خدمة بشكل إلكتروني - مهما كان شكل هذه الخدمة - سواءً أكان المزود يعمل في مجال تقديم خدمة الإنترنت، أو خدمة التوقيع والتصديق الإلكتروني، أو يعمل في مجال الصرافة، كتقديم خدمة الدفع الإلكتروني، أو التحويل الإلكتروني للأموال النقدية، أو خدمة بطاقات الدفع أو السحب المصرفية (البطاقة الذكية) ^٣.

والملاحظ أنَّ كل ما تمَّ ذكره من خدمات، تقدم عبر تقنيات إلكترونية، وبالتالي تعدُّ خدمات إلكترونية ومقدمي هذه الخدمات هم مزودي للخدمات الإلكترونية.^٤ ويبدو أنَّ المعيار المتبع هنا لتحديد مقدم الخدمة هو معيار يستند إلى وسيلة تقديم هذه الخدمة، وليس إلى موضوعها.

^٣- راجع تعريف ذلك : نبيل ذنون جاسم ومثال مرهون مبارك، معيقات تطبيق الصيرفة الإلكترونية، بحث علمي منشور في مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد ٢٥ ، لعام ٢٠١٠، صفحة ٧، منشور على الرابط الإلكتروني التالي: تاريخ آخر زيارة الساعة ٥٥ م ٢٠١٦/٦/٧

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=53269>

^٤- راجع حول المقصود بالمزود وتمييزه عن المستهلك ، عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، أطروحة ماجستير مقدمة لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس _فلسطين، لعام ٢٠٠٩ ، صفحة ٢٠ . منشور على الرابط الإلكتروني التالي: تاريخ آخر زيارة الساعة ٢ م ٢٠١٦/٦/٦

<https://scholar.najah.edu/sites/default/files/all->

<thesis/consumer protection in electronic contracting comparative st>

= [udy.pdf](#)

والوسائل الإلكترونية كما عرفها قانون الاتصالات السوري هي: " وسائل إلكترونية أو كهربائية أو مغناطيسية أو كهروطيسية أو ضوئية أو رقمية أو أي وسائل مشابهة تستخدم في تبادل البيانات أو المعلومات أو معالجتها أو حفظها أو تخزينها".^٥ وبالتالي فإن أي خدمة تقدم بأحد الوسائل السابقة، يعدّ مقدمها مزود للخدمة الإلكترونية، ومصطلح إلكتروني بدوره واسع الدلالة حيث يتسع ليشمل كل ما سبق ذكره في تعريف الوسائل الإلكترونية.

ويمكن أن نستند في توسيع مفهوم مزودي الخدمات الإلكترونية إلى التعريفات المتباينة التي جاءت في النصوص القانونية السورية ذات الصلة، ففي قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٢ عرّف مقدمي الخدمات على الشبكة في المادة الأولى، بأنّهم: " أي من مقدمي الخدمات الذين يعملون في إطار التواصل على الشبكة ومن أصنافهم : مقدم خدمات النفاذ إلى الشبكة ومقدم خدمات التواصل على الشبكة ومقدم خدمات الاستضافة على الشبكة".

ويقصد بالتواصل على الشبكة كما عرّفه ذات القانون بأنّه : " استخدام الشبكة أو أي منظومة معلوماتية مشابهة لوضع معلومات

= وراجع أيضاً، فلاح فهد العجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الشرق الأوسط ، عمان، الأردن، لعام ٢٠١١ ، صفحة ٥٣ .

^٥ - المادة الثانية من قانون الاتصالات السوري رقم (١٨) لعام ٢٠١٠ .

أو خدمات ليس لها طابع المراسلات الشخصية في متناول عامة الجمهور أو فئة منه بحيث يمكن لأي فرد الوصول إليها بإتباع إجراءات محددة".^٦

فهذا التعريف عام يشمل عدة أصناف من مزودي الخدمات ولا يقتصر على مزود خدمة محدد، فهو يتسع ليشمل مزودي خدمات الإنترنت الذين يقدمون الخدمة الإلكترونية، والمزودين الذين يقدمون خدماتهم على هذه الشبكة، كمزودي خدمات الاستضافة ومزودي خدمات التواصل على الشبكة وغيرهم من المزودين الذين يمكن ظهورهم في المستقبل.^٧

فالمشرع السوري لم يعدد مزودي الخدمات الإلكترونية على سبيل الحصر، وإنما جاء ذكرهم على سبيل المثال، وهذا ما يمكن استنتاجه من عبارة "ومن أصنافهم..." الواردة في التعريف السابق،^٨ وبالتالي فإن كل من يقدم خدماته على الشبكة يعدّ مزوداً لهذه الخدمة.

^٦ - المادة الأولى من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٢ .

^٧ - أروى تقوى ، المسؤولية المدنية في مجال الاتصال الإلكتروني ، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق في جامعة دمشق ، لعام ٢٠١٣ ، صفحة ٦٤ .

^٨ - أروى تقوى ، المرجع السابق ، صفحة ٦٨ .

وعرّف قانون الاتصالات السوري رقم (١٨) لعام ٢٠١٠ في المادة الثانية منه مقدم الخدمة أو مزود الخدمة أو المزود بأنه : " مرخص له بتقديم خدمات اتصالات عمومية بصورة مباشرة أو غير مباشرة ."

والاتصالات كما عرفها ذات القانون هي: " أي نقل أو بث أو إرسال أو استقبال للإشارات أو الرموز أو الأصوات أو المكتوبات أو الصور الثابتة أو المتحركة أو البيانات أو المعلومات و بوسائل إلكترونية".

وهذا التعريف بدوره يتسم بالعمومية، لأنّه يشمل كل من يقدم خدمات اتصالات، فهو يشمل مقدمي خدمات الهاتف الثابت والمحمول، بالإضافة إلى مقدمي خدمة الإنترنت وغيرهم ممن يشملهم التعريف السابق.

وبناءً على ما سبق، فإنّ البائع الذي جاء تعريفه في قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم (٣) لعام ٢٠١٤ في المادة الأولى منه يعدّ مزوداً للخدمة الإلكترونية، فقد عرفه بأنه: "أي شخص طبيعي أو اعتباري يزاول نشاطاً تجارياً، كبيع السلع أو توريدها أو توزيعها أو تأجيرها، أو تقديم خدمة مهما كان نوعها، بوسائل إلكترونية". فرغم أنّ المشرع السوري في هذه المادة لم يطلق عليه تسمية مزود الخدمة الإلكترونية، إلا أنه تضمن مفهومه بتعريفه للبائع.

ثانياً-المفهوم الضيق:

يتم تحديد مزود الخدمة الإلكترونية وفق هذا المفهوم استناداً إلى نوع الخدمة المقدمة وليس إلى الوسيلة التي تقدم بها، فقد درج الباحثون على إطلاق الصفة الإلكترونية على كل ما يتعلق بالشبكات المعلوماتية (الإنترنت)^٩ دون المعنى الحرفي لكلمة إلكتروني، وبالتالي يتم تحديد المزود بالنظر إلى المهام التي يقوم بها.

فالشركات التي تقدم خدمة الإعلان على المواقع الإلكترونية، أو خدمة التوقيع والتصديق الإلكتروني، أو المصارف التي تقدم خدمات معينة بشكل إلكتروني، هي شركات تقدم خدمات بشكل إلكتروني عن طريق التعاقد مع شركات تعمل في مجال تزويد الخدمة الإلكترونية، ولا تقدم الخدمة ذاتها، لأنَّ عملية الولوج إلى الإنترنت تحتاج بالدرجة الأولى إلى من يقدم هذه الخدمة، ومن ثمَّ تستطيع هذه الشركات تقديم خدماتها الإلكترونية بواسطتها.

فمصطلح مزود الخدمة الإلكترونية وفق ما نراه لا يمكن إطلاقه على كل من يقدم خدماته بشكل إلكتروني وفق ما سبق ذكره في المفهوم الواسع للأسباب التالية:

١-إنَّ ما جاء في قانون المعاملات الإلكترونية السوري بشأن تعريفه للبائع في نطاق المعاملات الإلكترونية لا يمكن فهمه على أنَّه مزود

^٩ - أروى تقوى، المسؤولية المدنية في مجال الاتصال الإلكتروني، مرجع سابق، صفحة ٢٤ .

للخدمة الإلكترونية، لأنَّ البائع وفق هذا التعريف هو الذي يباشر نشاطه التجاري بشكل إلكتروني، وهو لا يقدم الخدمة الإلكترونية ذاتها، وإنما يقوم بعمليات البيع أو الشراء أو يقدم خدماته لزيائنه أو عملائه بوسيلة إلكترونية، عن طريق وسيط يؤمن هذه الخدمة.

وأيضاً فإنَّ البائع في تعريف قانون المعاملات الإلكترونية السوري، هو الذي يباشر نشاطاً تجارياً، وهذا النشاط قد يكون بيعاً أو تأجيراً أو توريداً... إلخ، ومزود الخدمة الإلكترونية لا يطلق عليه تسمية البائع، لأنَّ البائع في القانون المدني السوري هو من يلتزم أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخرًا في مقابل ثمن نقدي.^{١٠} أمّا مزود الخدمة الإلكترونية فهو يقدم خدمات، وهذه الخدمات غالباً ما تكون مقابل بدل نقدي يعبر عنه بالاشتراك،^{١١} وهو ما يجعله أقرب لمركز المفاوض.^{١٢}

٢- ما سبق قوله بأنَّ قانون تنظيم التواصل على الشبكة ذكر بعض أصناف مقدمي الخدمات، لا يعني ذلك إطلاق المصطلح بشكل واسع، فالقانون السوري عرّف الأشخاص الذين يقدمون خدمات إلكترونية

^{١٠} - نص المادة (٣٨٦) من القانون المدني السوري .

^{١١} - يمكن أن تقدم الخدمة الإلكترونية مجاناً دون اشتراك، مقابل عرض بعض الإعلانات التجارية على النوافذ الإلكترونية التي يستخدمها المشترك، وفي الحقيقة فإنَّ الخدمة هنا وإن كانت تقدم دون اشتراك ولكنها لا تقدم على سبيل التبرع، لأنَّ المزودين هنا يبيعون اهتمام المشتركين لصالح المعلنين.

^{١٢} - أحمد قاسم فرح ، مرجع سابق ، صفحة ٣٣١ .

معينة على الشبكة، وتختلف تسميتهم باختلاف الخدمات التي يقدمونها، كمزود خدمة النفاذ إلى الشبكة، ومزود خدمة التواصل على الشبكة، ومزود خدمة الاستضافة على الشبكة.^{١٣}

فهذا التخصيص بالتسمية يدلُّ على نوع الخدمة المقدمة من كل ما ذكر، ولو أخذ القانون السوري بالمعيار الشكلي لمفهوم كلمة إلكتروني، لكان أطلق عليهم مصطلح مزودي الخدمات الإلكترونية، لأنَّ كل المزودين الذين ذكرهم القانون هم يقومون بخدمات إلكترونية، وبالتالي اختار لهم التسمية المناسبة للخدمة التي يقدمونها.

فمصطلح مقدمي خدمات إلكترونية أو مقدمي الخدمات على الشبكة أو مقدمي خدمات التواصل على الشبكة، أوسع من مصطلح مزودي الخدمات الإلكترونية، وإن كان كل منهم يقدم خدمة إلكترونية، إلا أنَّ مفهوم مقدمي الخدمات على الشبكة يشمل من يقدمون الخدمة الإلكترونية ذاتها، ومن يقدمون خدماتهم بواسطة الشبكة. فمقدمي الخدمات على الشبكة هم يقدمون خدمات بشكل إلكتروني، أمَّا من

^{١٣} - جاء في المادة الأولى من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري تعريف مقدم خدمات التواصل على الشبكة بأنَّه: "مقدم الخدمات الذي يتيح التواصل على الشبكة وذلك عن طريق موقع الكتروني أو أكثر أو أي منظومة معلوماتية مشابهة".
وأيضاً تعريف مقدم خدمات الاستضافة على الشبكة بأنَّه: "مقدم الخدمات الذي يوفر مباشرة أو عن طريق وسيط البيئة والموارد المعلوماتية اللازمة لتخزين المحتوى بغية وضع موقع الكتروني على الشبكة ويسمى اختصاراً المضيف".

يقدمون إمكانية الوصول إلى الشبكة فهم يقدمون الخدمة الإلكترونية ذاتها.^{١٤}

وأخيراً فقد استخدمنا التسمية العربية كبديل عن مصطلح مزود خدمة الإنترنت،^{١٥} لأنَّ مصطلح إنترنت هو بالأصل مأخوذ عن اللغة الإنكليزية **Internet** وهو يعني الشبكة البينية أو الشبكة العالمية

^{١٤} - الملاحظ أن الفرق بين مقدمي خدمات الكترونية وبين مقدمي الخدمات الإلكترونية يتجلى في لام التعريف ولام التعريف هنا تفيد التقيد . وقد ميَّز القرار الوزاري الكويتي رقم ٧٠ لعام ٢٠٠٢ بشأن أسس وضوابط التراخيص لمقدمي خدمة الإنترنت في المادة الأولى منه بين مقدمي خدمة الإنترنت ومزودي خدمة الإنترنت ، فمقدمي خدمة الإنترنت يشمل مقاهي الإنترنت ومراكز التسلية ومحلات ومراكز خدمات الكمبيوتر وأية هيئات أو جهات أو مراكز عامة أو خاصة تقدم خدمات الإنترنت بجميع أنواعها ، سواء كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل . أما مزودي خدمة الإنترنت تشمل شركات الإنترنت الرئيسية أو الفرعية المرخصة من قبل وزارة المواصلات لتقديم خدمات الإنترنت للمستخدمين، بما في ذلك المشتركين من مقدمي خدمة الإنترنت .

^{١٥} - مما لا شك فيه أن اللغة عربية هي لغة غنية بالمفردات ، إلا أنَّ الترجمة الحرفية للمعاني أحياناً لا تعطي ذات المقصود من المصطلح ، وأيضاً فإنَّ استبدال المصطلح الأجنبي ببديل عربي يمكن ألا يحقق المطلوب منه بدقة ، فكلمة **computer** باللغة الإنكليزية تم استبدالها في القانون السوري بكلمة حاسوب ، وكلمة حاسوب بدورها ممكن أن تأخذ أكثر من معنى إلا أنها الأقرب للمقصود بكلمة كمبيوتر. راجع حول ذلك ، عايد رجا الخلايلة ، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية (المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان _الأردن، لعام ٢٠٠٩، صفحة ٢٨ وما بعدها .

ونحن استخدمنا مصطلح (مزودي الخدمة الإلكترونية) كبديل عن **internet service provider** لأنه الأقرب للمعنى ، وحتى كلمة الكترونية هي أيضاً ليست من أصل عربي ولكننا حاولنا التوفيق بين المعاني الشائعة والمتداولة وبين مصدرها اللغوي مع اللغة العربية.

للمعلومات،^{١٦} ولم نشأ استخدام الترجمة الحرفية لكلمة **Internet** أو استخدام لفظ إنترنت، لأنَّ المعنى باللغة العربية هو الأقرب للمقصود بمزود الخدمة الإلكترونية، والمشرع السوري ذاته لم يستعمل مصطلح إنترنت في القوانين المتعلقة بالشبكة، وإنما أطلق عليها غالباً اسم الشبكة الإلكترونية أو الشبكة المعلوماتية.^{١٧}

وأخيراً فإنَّ القانون السوري أطلق على مزود خدمة الإنترنت تسمية مزود خدمة النفاذ إلى الشبكة **internet service provider** وعرفه بأنَّه: "مقدم الخدمات الذي يتيح للمستخدمين لديه النفاذ إلى الشبكة والوصول إلى المعلومات والخدمات المتوفرة عليها".^{١٨}

^{١٦} - راجع حول تعريف الإنترنت ، إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، لعام ٢٠٠٨ ، صفحة ١١ و ١٢ . وأيضاً عايد رجا الخلايلة ، مرجع سابق ، صفحة ٤٨ .

^{١٧} - من هذه القوانين التي استبدل فيها المشرع السوري لفظ (إنترنت) بألفاظ عربية رديفة : قانون المعاملات الإلكترونية ، وقانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية ، وقانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة . والملاحظ أن هذه القوانين تتعلق بالإنترنت كما درجت تسميتها إلا أن القانون السوري فضل التسمية العربية لها وهي الشبكة الإلكترونية أو بما معناها . وقد تمَّ استخدام مصطلح مزود خدمات الشبكة الإلكترونية في منظمة الإسكوا ، راجع حول ذلك: وسيم حرب، ورشة عمل حول إرشادات الإسكوا لتنسيق التشريعات السيبرانية في المنطقة العربية، الإرشاد الثاني، لعام ٢٠١٢ . والإسكوا هي منظمة تابعة للأمم المتحدة والتنمية وتخص دول غرب آسيا.

منشور على الرابط الإلكتروني: آخر زيارة الساعة ٣ م ٢٠١٦/٦/٦

<http://css.escwa.org.lb/ictd/2002/d1-2.pdf>

^{١٨} - المادة الأولى من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري .

فمزود الخدمة الإلكترونية **ISP** ^{١٩} يطلق عليه تسميات كثيرة منها متعهد الوصول أو متعهد الخدمة أو مزود الخدمة. ^{٢٠} وهو الشركة التي توفر لعملائها إمكانية الوصول إلى الإنترنت من خلال تقديم خدمات فنية، تتمثل في ربط المشتركين بالمواقع أو بالمستخدمين الآخرين بالشبكة عن طريق تقنيات الاتصال التي يعتمدها المزود. ^{٢١} ويتم ذلك من خلال إبرام عقد الاشتراك بالخدمة الإلكترونية، الذي يمكن المشترك من الدخول إلى الشبكة والوصول إلى المادة المعلوماتية الموجودة عليها. ^{٢٢} وهذا العقد يحدد حقوق والتزامات أطرافه ، ومن خلاله يتم تحديد المسؤولية المترتبة على الإخلال بهذه الالتزامات، ومن يستفيد

^{١٩} - (ISP) اختصار (internet service provider) ويعني مزود الخدمة الإلكترونية أو مزود خدمة الإنترنت.

^{٢٠} - راجع حول ماهية مقدمي خدمة الإنترنت ، عبد الفتاح محمود كيلاني ، مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الإنترنت ، دراسة مقدمة إلى مجلة كلية الحقوق جامعة بنها ، مصر ، بدون تاريخ ، صفحة ٤٧٤ . منشورة على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٣ م ٢٠١٦/٦/١٥

<http://www.flaw.bu.edu.eg/flaw/images/part2.pdf>

^{٢١} - راجع حول ذلك أكمل يوسف السعيد يوسف، المسؤولية الجنائية لمقدمي المواد الإباحية للأطفال عبر الإنترنت، بحث علمي مقدم لمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، لعام ٢٠١١، صفحة رقم ٦ . منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة ٤ م ٢٠١٦/٦/٢٠

<http://www1.mans.edu.eg/faclaw/arabic/megala/documents/50/9.pdf>

^{٢٢} - عبد المهدي كاظم ناصر، المسؤولية المدنية لوسطاء الإنترنت ، بحث علمي منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، العدد الثاني ، المجلد الثاني ، لعام ٢٠٠٩ ، صفحة ٢٣١. منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٤ م ٢٠١٦/٦/٢٠

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=13003>

من هذه الخدمات يطلق عليه اسم المستخدم أو المشترك كما جاء في قانون الاتصالات السوري،^{٢٣} أو المستهلك كما ورد في قانون المعاملات الإلكترونية السوري.^{٢٤}

^{٢٣} - يُعرّف المستخدم في قانون الاتصالات السوري في المادة الثانية بأنه: " أي شخص يستعمل أو يستفيد من خدمات الاتصالات العمومية " .

ويعرف المستخدم من ذات القانون بأنه: " أي شخص يحصل على خدمات اتصالات بموجب عقد اشتراك مع مشغل أو مقدم خدمة " .

^{٢٤} - يُعرّف المستهلك في قانون المعاملات الإلكترونية السوري في المادة الأولى بأنه: " أي شخص يشتري أو يستأجر سلعة أو يستفيد من خدمة، بوسائل إلكترونية، وذلك لأغراض لا تدخل في نشاطه الاقتصادي الاحترافي " . راجع حول المقصود بالمستهلك ، عبد الله ذيب عبد الله محمود ، مرجع سابق، صفحة ٨ وما بعدها .

الفرع الثاني: مسؤولية مزودي الخدمة الإلكترونية.

رأينا أنَّ مزود الخدمة الإلكترونية هو الذي يوفر لعملائه خدمة الدخول إلى الشبكة من خلال إبرام عقد تزويد الخدمة الإلكترونية، أو ما شاعت تسميته بعقد الاشتراك في خدمة الإنترنت، وذلك من خلال توفير الوسائل الفنية والتقنية لتأمين هذه الخدمة،^{٢٥} ومن أجل استمرارها وسلامتها من الانقطاع والاختراق، وهو بذلك يتحمل مجموعة من الالتزامات والتي يترتب على الإخلال بها قيام مسؤوليته العقدية.^{٢٦}

ويعدُّ البحث في مسؤولية مزودي الخدمات الإلكترونية من الموضوعات الهامة، إلا أننا لن نتعرض لها بشكل موسع، لأنَّها تحتاج إلى أبحاث متخصصة، إلا أنَّ المنهجية العلمية للبحث في موضوع شرط الإعفاء من المسؤولية مرتبطة بتحديد المسؤولية ذاتها، لهذا فضلنا التحدث ولو باقتضاب عن مسؤولية مزود الخدمة الإلكترونية في هذا الفرع.

^{٢٥} - يقصد بالوسائل الفنية الأجهزة الإلكترونية والكهربائية التي يستخدمها المزود في عمله كالحواسيب وأجهزة التبريد وغيرها ، أما الوسائل التقنية فتشمل أنظمة الحماية والبرامج الإلكترونية المستخدمة لإتاحة الدخول إلى الشبكة وتوصيل المشتركين بالعناوين الإلكترونية المراد زيارتها.

^{٢٦} - الأصل أن مسؤولية مزود الخدمة الإلكترونية هي مسؤولية عقدية استناداً إلى عقد تزويد الخدمة الإلكترونية ، إلا أنَّه يتصور أحياناً مساءلته وفق قواعد المسؤولية التقصيرية وذلك عندما يتعلق الضرر بالغير ، كمسؤوليته عن الضرر المتسبب للغير نتيجة نشر محتوى ضار على الشبكة مع علمه بهذا المحتوى أو تلقية إنذاراً قضائياً لحجب هذا المحتوى . راجع حول مسؤولية مزود خدمة الإنترنت التقصيرية ، عبد المهدي كاظم ناصر ، مرجع سابق، صفحة ٢٣٧ .

وتجدر الإشارة هنا إلى أنَّ مسؤولية مزود الخدمة الإلكترونية هي مسؤولية عقدية، لارتباط المشترك مع المزود بعقد تزويد الخدمة الإلكترونية. وبالتالي فإنَّه لقيام المسؤولية العقدية لمزودي الخدمة الإلكترونية لابدَّ من وجود عقد صحيح بين مزود الخدمة الإلكترونية وبين المشترك،^{٢٧} فإذا لم يوجد مثل هذا العقد أو كان العقد باطلاً، كانت المسؤولية تقصيرية، وبالإضافة لذلك، فإنَّه يجب توافر باقي أركان المسؤولية العقدية من الخطأ المتمثل بعدم التنفيذ، والضرر الناجم عن عدم التنفيذ، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أولاً- الخطأ العقدي لمزود الخدمة الإلكترونية:

يرتبط مزود الخدمة الإلكترونية مع عملائه بعقد الاشتراك في الخدمة الإلكترونية، وإنَّ إخلاله بأحد التزاماته الناشئة عن هذا العقد، يوجب مسؤوليته العقدية إذا ما توافرت باقي أركانها.^{٢٨}

فالخطأ العقدي يعرفُ بأنَّه الإخلال بتنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، ويأخذ صورة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، ويلحق به حالة التنفيذ المعيب للالتزام.^{٢٩} وبما أنَّ الخطأ العقدي هو الإخلال بالالتزامات

^{٢٧} - أروى نقوى، المسؤولية المدنية في مجال الاتصال الإلكتروني، مرجع سابق، صفحة ٢٨٤-٢٨٥

^{٢٨} - عبد المهدي كاظم ناصر ، مرجع سابق ، صفحة ٢٣٥ .

^{٢٩} - محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام _ المصادر الإرادية _، الجزء الأول، الطبعة

الحادية عشر، منشورات جامعة دمشق ، مطبعة دار الكتاب، لعام ٢٠٠٥-٢٠٠٦، صفحة ٣٧١

الناجمة عن العقد، فإنَّ عرض بعض هذه الالتزامات يمكننا من التعرف على بعض صور هذه الأخطاء.

فمزود الخدمة الإلكترونية يلتزم بما نصَّ عليه عقد تزويد الخدمة الإلكترونية وبما هو من مستلزمات هذا العقد.^{٣٠} وعليه فإنَّ الالتزام الرئيسي لمزود الخدمة الإلكترونية هو تمكين المشتركين من الوصول إلى الشبكة الإلكترونية، والدخول إليها من خلال التقنيات الفنية التي يملكها،^{٣١} والتزامه بذلك هو التزام بتحقيق نتيجة،^{٣٢} ويلتزم أيضاً بضمان جودة الخدمة المقدمة منه واستمرارها،^{٣٣} وعليه التزام بتركيب وتشغيل أنظمة الرقابة الكفيلة لحظر أو منع الوصول إلى المواقع التي تقدم المواد الإباحية أو المخالفة للعادات أو التي تثير الطائفية أو تشجع على الإرهاب.^{٣٤}

^{٣٠} - جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٤٩) من القانون المدني السوري: " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام " .

^{٣١} - أحمد قاسم فرح ، مرجع سابق ، صفحة ٣٢٩ .

^{٣٢} - أروى نقوى، المسؤولية المدنية في مجال الاتصال الإلكتروني، مرجع سابق ، صفحة ٩٤ .

^{٣٣} - أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الإنترنت ، دار الكتب القانونية ، مصر المحلة الكبرى، لعام ٢٠٠٥ ، هامش رقم (٩٣) صفحة ٥٨ .

^{٣٤} - رغم أنَّ عمل مزود الخدمة الإلكترونية يقتصر على الجانب الفني والتقني ، ورغم عدم التزامه بمراقبة المحتوى المنشور على الشبكة، إلا أنَّ ذلك لا يمنعه من اتخاذ الوسائل التقنية اللازمة لمنع وصول مشتركه إلى هذه المواقع المسيئة، متى ورد إليه أمر بذلك من السلطة القضائية المختصة، أو أبدى بعض المشتركين الرغبة بذلك. الفقرة (ب) و (ج) من المادة الثالثة من قانون تنظيم=

ويلتزم مزود الخدمة الإلكترونية بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بطريقة الاستفادة والانتفاع من الخدمة، وهو التزام يؤكد حسن النية في تنفيذه لالتزامه الأصلي والمتمثل في تمكين المشتركين من الدخول إلى الشبكة والوصول إلى المواقع الإلكترونية والاطلاع على مضمونها.^{٣٥}

وكذلك يعدُّ من التزامات المزود، تقديم خدمة المساعدة الفنية والمساعدة بالخط الساخن **hotline**،^{٣٦} ويلتزم بتقديم العناية اللازمة لمنع اختراق الشبكة من

=التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري ، وأيضاً فإن التزام المزود بذلك سببه أن لا يكون المزود أداة تستخدم بيد السيئين من مستخدمي الإنترنت للإضرار بالغير . فالتزامه هذا ليس التزاماً مطلقاً فهو مرتبط بمدى اطلاعه على المحتوى غير المشروع . راجع حول موقف الفقه من مسؤولية مقدم خدمة الإنترنت ، عبد الفتاح محمود كيلاني ، مرجع سابق ، صفحة ٤٧٥ وما بعدها .

^{٣٥} - نبيلة إسماعيل رسلان ، المسؤولية في مجال المعلوماتية والشبكات ، منشورات دار الجامعة الجديدة ، مصر _ الإسكندرية ، لعام ٢٠٠٧ ، صفحة ١٥ _ ١٦ .

^{٣٦} - يرى البعض أن خدمة الخط الساخن تقع خارج النطاق العقدي بالنسبة للمزود ، بحيث تكون مجرد خدمة يعلن عنها المزود و يحدد بمفرده نطاقها ، ويرى آخرون أن هذه الخدمة تدخل في الإطار العقدي باعتبارها عنصراً في العقد الرئيسي . ونرى أنَّ هذه الخدمة تعد جزءاً من التزامات المزود وتدخل في الإطار العقدي كما ذهب إليه الرأي الأخير ، لأنَّ هذه الخدمة تعد من مستلزمات العقد وليست ميزة يقدمها المزود . فالمزود يتحكم بالتقنيات الفنية المشغلة للشبكة الإلكترونية بشكل منفرد ، وخصوصية تقديم الخدمات على الشبكة وتعقيدها تجعل طلب المساعدة الفنية جزءاً من تمكين المشتركين من استخدام الشبكة وتعدُّ جزءاً من تنفيذ العقد . راجع حول ذلك ، أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، صفحة ٥٧ .

الغير، وبالحفاظ على المحتوى المخزن لديه والعمل على إتلافه فور انتفاء الحاجة إليه، وبالحفاظ على خصوصية مشتركيه وحماية بياناتهم الشخصية.^{٣٧}

وعليه، فالمزود عندما لا يقدم الخدمة الإلكترونية بالسرعة أو الجودة المتفق عليها، أو عندما يقوم بإيقافها دون مبرر، أو يقصر بتقديم خدمة المساعدة الفنية، أو لا يلتزم برغبة المشتركين بحجب بعض المواقع الإلكترونية، أو يقوم بعمل من شأنه الإخلال بالثقة المتبادلة بين الطرفين، بشكل لا يتناسب مع مبدأ حسن النية في تنفيذه للعقد، فإن ذلك يشكل خطأً من شأنه أن يثير مسؤوليته العقدية إذا ما توافرت باقي أركانها.

ومن الأمثلة على ذلك قيام مزود الخدمة الإلكترونية بإجراء عمليات الصيانة للأجهزة المشغلة للشبكة، مما يترتب عليه توقف الخدمة مؤقتاً دون إبلاغه لمشتركيه عن ذلك بمدة كافية، أو أن يقوم باستخدام موظفين غير أكفاء أو لا يتمتعون باللباقة الكافية للرد على استفسارات المشتركين الذين تختلف مستوياتهم العلمية أو الثقافية أو الاجتماعية، وذلك بهدف مساعدتهم في تجاوز بعض الصعوبات التقنية، يكون قد قصر بواجب حسن النية المفروض عليه في تنفيذه للعقد.^{٣٨}

^{٣٧} - المادة الثالثة من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري.

^{٣٨} - تنص الفقرة الأولى من المادة (١٤٩) من القانون المدني السوري على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ". راجع حول التزامات مزود خدمة =

ويشير الخطأ العقدي في نطاق مسؤولية مزود الخدمة الإلكترونية إشكاليات فيما يتعلق في إثبات هذا الخطأ، أو في تحديد مصدره، نظراً للطابع الفني والتقني لعمل مزود الخدمة الإلكترونية، ونظراً لاشتراك عدة جهود في توصيل هذه الخدمة إلى المشتركين، فإنه يصعب تحديد مصدر هذا الخطأ.^{٣٩}

فرداءة خدمة الإنترنت مثلاً قد تعود إلى ضعف في شبكة الاتصالات والمسؤول عنها مزود خدمة الربط المادي للاتصالات _ وهو في سورية الشركة العامة للاتصالات _ أو قد يعود ذلك إلى ضعف التقنيات المستخدمة من قبل المزود أو قدمها، أو أن يكون المشترك ذاته هو مصدراً للخطأ عن طريق عدم خبرته أو قدم أجهزته، وبالتالي فإنه يصعب تحديد المسؤول عن ارتكاب الخطأ.

ونرى بما أن الالتزام الرئيسي لمزود الخدمة الإلكترونية هو توصيل الخدمة الإلكترونية للمشاركين بالشروط المتفق عليها، فإن هذا الالتزام يصنف من الالتزامات بتحقيق نتيجة، وعليه فإن عدم تحقق هذه النتيجة يعد سبباً كافياً لثبوت مسؤولية مزود الخدمة، وعلى المضرور

=الدخول إلى الشبكة ، أروى تقوى، المسؤولية المدنية في مجال الاتصال الإلكتروني، مرجع سابق، صفحة ٩٧.

^{٣٩} - عبد المهدي كاظم ناصر، مرجع سابق ، صفحة ٢٣٠ .

إثبات أن العقد يتضمن التزاماً معيناً لمصلحته وأن هذا الالتزام لم ينفذ، دون أن يكون ملزماً بإثبات خطأ مزود الخدمة الإلكترونية.^{٤٠}

ورغم أن المضرور معفى من إثبات الخطأ العقدي المفترض في هذه الحالة، إلا أن هذا الافتراض يمكن للمزود التخلص منه بإدراج شرط الإعفاء من المسؤولية في العقد، أو بنسبة الخطأ إلى السبب الأجنبي، وبالتالي يضطر المضرور إلى أن يعود إلى دائرة الإثبات، لإثبات غش أو خطأ المزود الجسيم في الحالة الأولى، ليتخلص من شرط الإعفاء من المسؤولية كما سنرى لاحقاً، أو أن يثبت أن السبب في حدوث الضرر هو خطأ مزود الخدمة الإلكترونية وليس السبب الأجنبي في الحالة الثانية.^{٤١}

هذا، ويثبت الواقع العملي أن المشترك قد يفقد حقه في المطالبة بالتعويض في كلتا الحالتين، لصعوبة إثبات الغش أو الخطأ الجسيم المرتكب من قبل المزود، أو إثبات عدم وجود السبب الأجنبي، وذلك لعدم دراية المضرور بآلية عمل المزود وطابعه التقني، فهو إما أن تأتية الخدمة، أو لا ، وغالباً ما تتم الإجابة على تساؤل المشترك عن

^{٤٠} - نبيلة إسماعيل رسلان ، مرجع سابق، صفحة ١١. وأيضاً: محمد وحيد الدين سوار، المصادر الإرادية، مرجع سابق ، صفحة ٣٧٤ .

^{٤١} - يرى البعض أنه في الالتزامات بتحقيق نتيجة لا يجوز إدراج شرط الإعفاء من المسؤولية في العقود التي تتضمنها، ونرى أنه إذا كان الشرط يهدف إلى عدم تنفيذ الالتزام فهو باطل، أما إذا كان يهدف إلى الإعفاء من المسؤولية المترتبة عن عدم تحقق النتيجة دون غش أو خطأ جسيم فإنه شرط صحيح. انظر حول ذلك ما سيأتي ذكره في الصفحة ٧٤ من هذا البحث.

سبب انقطاع الخدمة، بأنَّ السبب هو عطل فني بالشبكة دون أن يتمكن من معرفة المقصود بذلك، وهل سبب هذا العطل هو خطأ مزود الخدمة الإلكترونية، أو وجود أسباب أخرى سنأتي على ذكرها لاحقاً.

ثانياً- الضرر في نطاق مسؤولية مزود الخدمة الإلكترونية:

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية لمزود الخدمة الإلكترونية أن يرتكب خطأً في تنفيذه لالتزامه، بل يجب أن يترتب على هذا الخطأ إلحاق ضررٍ بالمشاركين. ويعرّف الضرر بأنّه الإخلال بمصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية،^{٤٢} فالضرر قد يأخذ صورة الضرر المادي أو الضرر الجسدي أو الضرر الأدبي، إلا أنَّ حدوث الضرر الجسدي كنتيجة لخطأ مزود الخدمة الإلكترونية مستبعد من نطاق البحث، لأنَّ خدمة الإنترنت هي خدمة غير مادية، ويتم تقديمها عن بعد من قبل المزود، وهذه الخدمة بحد ذاتها لا تشكل خطراً على السلامة الجسدية للمستخدمين.^{٤٣} أمّا الضرر الأدبي فهو مرتبط غالباً بمضمون المحتوى غير المشروع المنشور على الشبكة، والمبدأ هو عدم مسؤولية مزود

^{٤٢} - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، صفحة ٧١٤ .

^{٤٣} - قد يحدث أحياناً أن يصاب أحد الأشخاص بضرر جسدي بسبب تعرضه للتجهيزات الكهربائية أو التقنية التي يستخدمها مزود الخدمة في عمله، إلا أن مسؤوليته هنا هي تقصيرية تقوم على أساس الخطأ المقرض في جانبه أو تقصيره في حراسة الأشياء والآلات التي تتطلب عناية خاصة.

الخدمة الإلكترونية عن الأضرار المتعلقة بالمحتوى غير المشروع، لأنه لا يملك السيطرة الحقيقية على ذلك.^{٤٤}

وأخيراً فإنّ الضرر المادي أو المالي هو الأكثر شيوعاً في نطاق مسؤولية مزود الخدمة الإلكترونية، لأنّ إخلال مزود الخدمة الإلكترونية بالتزاماته السابقة يؤدي في أغلب الأحيان لحدوث ضرر مادي بالمستخدمين. فاستخدام الخدمات الإلكترونية في مختلف المجالات الاقتصادية واعتماد بعض المشروعات التجارية عليها أدى إلى تأثرها بهذه الخدمة بشكل كبير، ومن الأمثلة العملية على ذلك - وهي الأكثر انتشاراً- حالة انقطاع الخدمة أو رداؤها. فشركات الصرافة وتحويل الأموال وشركات الطيران ومقاهي الإنترنت وسوق الأوراق المالية (البورصة) مثلاً تعتمد بشكل أساسي في عملها على الشبكة الإلكترونية، ومن البديهي القول بأنّ انقطاع الخدمة بخطأ من المزود يؤدي إلى إحداث الضرر بالمستخدمين، مما قد ينجم عنه تعطيل العمل والتسبب بخسائر اقتصادية كبيرة إذا ما استمر هذا الانقطاع لفترة طويلة من الزمن.

^{٤٤} - عدم مسؤولية مزود الخدمة الإلكترونية عن مضمون المحتوى غير المشروع من حيث المبدأ مرهون بكونه وسيطاً بأدواته الفنية والتقنية لتقديم خدمة الإنترنت ، أما إذا تجاوز دوره ذلك وأصبح منتجاً أو مورداً للمعلومات ، فيكون مسؤولاً عن مضمونها. راجع: عبد المهدي كاظم ناصر، مرجع سابق، صفحة ٢٣٤ . وأيضاً ، أروى تقوى ، المسؤولية المدنية للمواقع الإلكترونية الإعلامية ، بحث علمي منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٣٠ ، العدد الأول ، لعام ٢٠١٤ ، صفحة ٤٥٧ .

ويجب على المضرور إذا ما أراد الحصول على التعويض أن يثبت حدوث الضرر بشروطه،^{٤٥} وعليه أن يثبت مدى ارتباط هذا الضرر بالخطأ المرتكب من المزدود. وهذا ما سنأتي على ذكره في الركن الثالث من أركان المسؤولية .

ثالثاً - العلاقة السببية:

تعدُّ علاقة السببية ركناً مستقلاً من أركان المسؤولية المدنية،^{٤٦} وهي ركن منطقي من أركانها، لأنَّه ليس من العدل مساءلة شخص عن خطئه، إذا لم يكن هذا الخطأ هو السبب في إحداث الضرر.^{٤٧} فلا يكفي لثبوت مسؤولية المزدود إثبات المشترك ارتكاب المزدود لخطأ بحقه، وحدث ضرر لحق به، بل يجب أن يكون هذا الضرر نتيجة لذلك الخطأ.

^{٤٥} - هذا باستثناء حالة افتراض الضرر، فإنَّ المضرور يعفى من إثباته ، كحالة الشرط الجزائي والفوائد التأخيرية .

^{٤٦} - يرى بعض الفقه السوري بأنَّه يمكن استنتاج ركن السببية من نص المادة ١١٢٢٢ من القانون المدني السوري والتي تنص على أنَّه : " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول " ومن خلال هذا النص يمكن استخلاص ركن السببية وخصائصها. راجع أيمن أبو العيال وفواز صالح ، القانون المدني مصادر الالتزام ، منشورات جامعة دمشق ، مركز التعليم المفتوح برنامج الدراسات القانونية ، مطبعة جامعة دمشق ، لعام ٢٠١٣-٢٠١٤ ، صفحة ١٩٧ .

^{٤٧} - محمد وحيد الدين سوار ، مصادر الالتزام الإرادية ، مرجع سابق ، صفحة ٣٨٠ .

فكما رأينا أنَّ خطأ مزود الخدمة الإلكترونية غالباً ما يسبب ضرراً للمستخدمين، إلا أنَّ ذلك مرهون بكون هذا الخطأ هو السبب الرئيسي في حصول الضرر، وعليه فإنَّ انتفاء السببية بين الخطأ والضرر يعني مزود الخدمة الإلكترونية من المسؤولية، وعلى المتضرر أن يثبت إضافةً إلى خطأ مزود الخدمة الإلكترونية، أنَّ هذا الخطأ هو السبب في وقوع الضرر.

فمثلاً حالة الانقطاع المؤقت للخدمة الإلكترونية نتيجةً لخطأ مزود الخدمة الإلكترونية قد يسبب ضرراً للمشاركين، إلا أنَّ ما يصيب المشترك من ضرر بسبب إغلاق السلطات العامة لمتجره (مقهى الإنترنت) لمخالفته القوانين والأنظمة، لا صلة له بخطأ مزود الخدمة الإلكترونية، وبالتالي فإنَّ المزود لا يسأل عنه رغمَّ خطئه بتوقفه عن تأمين الخدمة الإلكترونية، وذلك لانعدام صلة السببية بين خطئه والضرر الحاصل، فسبب الضرر هو إغلاق المتجر وليس خطأ مزود الخدمة الإلكترونية.

١ - نفي علاقة السببية:

يمكن لمزود الخدمة الإلكترونية في إطار دفعه لمسؤوليته العقدية أن يدفع بانتفاء العلاقة السببية من خلال إثباته أنَّ خطأه ليس من شأنه أن يؤدي إلى إحداث الضرر وفقاً للمجرى الطبيعي للأمر، وهي مسألة

قد يلجأ فيها القاضي إلى الخبرة الفنية،^{٤٨} وذلك بإثبات وجود السبب الأجنبي. فلا يكفي لمزود الخدمة الإلكترونية ليتخلص من مسؤوليته أن يثبت انعدام الخطأ في جانبه، لأنَّ عدم التنفيذ هو الخطأ ذاته.

ويقصد بالسبب الأجنبي كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق بالدائن، والسبب الأجنبي هو القوة القاهرة أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير.^{٤٩}

٢ - إشكالية السببية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية:

الإشكالية التي تثيرها علاقة السببية في العقود المتعلقة بالبيئة الإلكترونية بشكل عام، تكمن في صعوبة تحديدها. فالأضرار في مجال الحاسوب والإنترنت تعدُّ من المسائل الصعبة والمعقدة بالنظر إلى تعقيدات صناعة الحاسوب والإنترنت، وتطور إمكانياتها وتسارع هذا التطور، إضافةً إلى تعدد وتنوع أساليب الاتصال بين الأجهزة الإلكترونية، وتعدد المراحل التي تمر بها الأوامر المدخلة حتى تخرج وتنفذ النتيجة المراد الحصول عليها.^{٥٠} ونظراً لاشتراك عدة جهود في

^{٤٨} - أيمن أبو العيال وفواز صالح ، مرجع سابق ، صفحة ١٩٨ .

^{٤٩} - تنص المادة (١٦٦) من القانون المدني السوري على : " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك " .

^{٥٠} - عايد رجا الخلايلة ، مرجع سابق ، صفحة ١٦٢ .

توصيل هذه الخدمة إلى المشتركين، فإنّه يصعب تحديد مصدر هذا الخطأ.^{٥١}

فمثلاً قد يعود سبب انقطاع الخدمة الإلكترونية إلى عطل في جهاز المودم المستخدم من قبل المشترك وهو خطأ المضرور، أو إلى عطل بشبكة الاتصالات السلكية المسؤولة عن الربط المادي لشبكة الاتصالات بين الشركة المزودة للخدمة الإلكترونية والمستخدمين معها، وهذا هو خطأ الغير، أو قد يعود انقطاع الخدمة إلى الأحوال الجوية التي تسببت بإتلاف الأسلاك وانقطاع الاتصالات وهي القوة القاهرة، وأخيراً قد يعود هذا الانقطاع إلى خطأ المزود الشخصي، عن طريق آلاته المستخدمة في تقديم الخدمة الإلكترونية، أو عماله الذين يعملون عليها.

ولمّا كانت علاقة السببية في سورية تستند إلى نظرية السبب المنتج أو الفعال كما يرى ذلك بعض الفقه وذهبت إليه أحكام القضاء،^{٥٢} فإنّ ذلك يصعب تطبيقه في نطاق العقود الإلكترونية، لأنّه في الأصل يصعب تحديد الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر، فالأمر يزداد

^{٥١} - عبد المهدي كاظم ناصر، مرجع سابق ، صفحة ٢٣٠ .

^{٥٢} - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية: "إذا اجتمع السبب العارض والمنتج وجب التوقف عند السبب المنتج وإهمال السبب الآخر " . قرار رقم ٤١٥٥ لعام ٢٠٠٨ ، مجلة المحامون ، العددان ٣-٤ ، لعام ٢٠١١ ، صفحة ٥٠٧ .

صعوبة في البحث عن السبب المنتج أو الفعال بين هذه الأسباب والاعتداد به.

ويدعو البعض إلى عدم التقيد بنظرية السبب المنتج في إطار المسؤولية المدنية الإلكترونية بشكل عام، لأنه إذا تعذر على المحكمة تحديد السبب المنتج، فلا مانع من البحث عن حل آخر يراعي خصوصية الضرر الإلكتروني، وإن تطلب ذلك الاعتداد بجميع الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر.^{٥٣}

فالضرر قد يرجع إلى عوامل بعيدة أو خفية تنتج عن اختراق الأجهزة الإلكترونية عن بعد، واستغلال هذا الاختراق وتوظيفه من قبل الدخلاء في ارتكاب هذه الإساءات، وقد يرجع إلى عيوب في أجهزة الحاسوب ذاتها، أو عيوب خفية في برامجها أو إلى سوء استخدامها . وبالتالي إذا ما حاولنا التقيد بالسبب المنتج فإن ذلك يتطلب الكثير من المعرفة الفنية بآلية التشغيل، بالإضافة لكثير من الوقت ليتم الاطلاع على عمل كل جهة مسؤولة عن توصيل الخدمة الإلكترونية للمستخدمين خلال فترة الانقطاع، ونرى أنه يمكن الأخذ بهذا الرأي لمحاولة إيجاد حلول عادلة ريثما يتم تنظيم ذلك بقوانين قانونية أو نصوص تشريعية.

^{٥٣} - عايد رجا الخلايلة ، مرجع سابق ، صفحة ١٦٦ وما بعدها .

المطلب الثاني: عقد تزويد الخدمة الإلكترونية

رأينا سابقاً أنَّ مزود الخدمة الإلكترونية هو الجهة المسؤولة عن تمكين المشتركين من الدخول إلى الشبكة الإلكترونية واستخدامها، ويتم ذلك من خلال إبرام عقد تزويد الخدمة الإلكترونية، أو ما يسمى بعقد الاشتراك بخدمة الإنترنت.

فعقد تزويد الخدمة الإلكترونية هو من العقود التي محلها تقديم الخدمات على الشبكة، أو كما تسمى بالعقود المحيطة بالبيئة الإلكترونية، وهي العقود الخاصة بتجهيز خدمات الإنترنت وتقديمها وكيفية الاستفادة منها، وتبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة والمستفيدين منها. ونظراً لأنَّ شرط الإعفاء من المسؤولية هو كثير الاستخدام في هذه العقود، فإنَّ ذلك قد يؤثر على طبيعة هذا العقد من حيث وصفه بأنه عقد إذعان أم، لا.

لذلك سنبدأ بتعريف عقد تزويد الخدمة الإلكترونية، وبذكر بعض خصائصه في الفرع الأول، ثمَّ ننتقل للبحث في طبيعته القانونية في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: التعريف بعقد تزويد الخدمة الإلكترونية وخصائصه

يعدُّ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية من العقود المحيطة بالبيئة الإلكترونية، وبالتالي فهو الأكثر انتشاراً بين العقود المتعلقة بالاتصالات وخدمات الشبكة، ورغم أهمية هذه العقد إلا أنَّ المشرع السوري لم يضع له أحكاماً خاصة تتعلق به. فإذا ما دققنا في القوانين السورية وخصوصاً تلك المتعلقة بالاتصالات، فإننا لا نجد فيها تعريفاً لعقد تزويد الخدمة الإلكترونية، لهذا سنحاول تعريفه من خلال عرض بعض التعريفات الفقهية له أولاً، ثمَّ نذكر بعض خصائصه ثانياً.

أولاً- تعريف عقد تزويد الخدمة الإلكترونية:

عرّف بعض الفقه عقد تزويد الخدمة الإلكترونية بأنّه: " ذلك العقد الذي يحقق الدخول إلى شبكة الإنترنت من الناحية الفنية من خلال برنامج الاتصال والذي يحقق الاتصال ما بين جهاز الكمبيوتر وشبكة الإنترنت " .^{٥٤}

وهذا التعريف منتقد لسببين: الأول أنّه عرف العقد بأنّه يحقق الدخول إلى شبكة الإنترنت، بينما الدخول إلى الإنترنت لا يتم بمجرد إبرام العقد، فالدخول إلى الإنترنت يتطلب من المشترك نشاطاً إيجابياً يتمثل بإدخال كلمة المرور بهاتفه النقال أو بجهاز الحاسوب لديه، ومن ثمَّ

^{٥٤} - أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، صفحة ٥٥ .

إجراء الاتصال بالشبكة الإلكترونية . فالعقد يسمح فقط للمشاركين إمكانية الدخول إلى الشبكة إذا ما أرادوا ذلك.

أمّا السبب الثاني فيمكن في أنّه حصر خدمة الاتصال بالإنترنت بين جهاز الكمبيوتر للمستخدم وبين الشبكة، بينما الخدمة الإلكترونية يمكن أن توفر خدمة الاتصال أيضاً بين الهواتف المحمولة أو أي أجهزة إلكترونية أخرى تعتمد تقنية الاتصال بالشبكة الإلكترونية.^{٥٥}

كما عرّفه بعضهم عقد تزويد الخدمة الإلكترونية بأنّه: " تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية يكون محله قيام مزود خدمة الإنترنت بتمكين المشترك من الدخول إلى شبكة الإنترنت والاستفادة منها من خلال إتاحة الوسائل كافة التي تمكن المشترك من الدخول إلى الشبكة والتجول فيها وإجراء التصفح للمواقع والتعامل معها عن طريق توفير جهاز المودم والخط الواصل معه لإمكانية ربط المودم مع جهاز الحاسوب والأقمار الصناعية التي يتم من خلالها بث إشارات رقمية يتم تحويلها للشكل الذي نجد شبكة الإنترنت عليه".^{٥٦}

^{٥٥} - من هذه الأجهزة الإلكترونية التي تعتمد تقنية الاتصال بالشبكة الإلكترونية مثلاً أجهزة تحديد المواقع المتوفرة غالباً في السيارات الحديثة والتي تستخدم تقنية (GPRS) وأيضاً ساعات اليد الذكية التي يمكن الاتصال بواسطتها بالشبكة الإلكترونية وغيرها من الأجهزة التي يمكن اختراعها لاحقاً .

^{٥٦} - محمد فواز المطالقه ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، لعام

والملاحظ أنَّ هذا التعريف قد احتوى على زيادة في الألفاظ وطول في الصياغة، فتعريف العقد بأنَّه تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية هو إضافة يمكن الاستغناء عنها، لأنَّه مادام المعرّف يوصف بالعقد، وبالتالي فهو تصرف قانوني فلا حاجة لذكر ذلك، أما الانتقاد الآخر فهو أنَّه عرّف عقد تزويد الخدمة الإلكترونية من خلال شرح آلية عمل وتقديم هذه الخدمة وهذا الأمر وإن كان يعرفنا على آلية تقديم هذه الخدمة، إلا أنَّه يخرج عن منهجية التعريف بكونه جامعاً مانعاً.

وأخيراً فقد عُرّف عقد تزويد الخدمة الإلكترونية أو عقد الدخول إلى شبكة الإنترنت بأنَّه: "العقد الذي يلتزم بموجبه مورد منافذ الدخول إلى الشبكة بتمكين مستخدميها من الدخول إليها من الناحية الفنية من خلال تزويده بالوسائل التي تؤمن هذا الدخول".^{٥٧}

ويبدو أنَّ هذا التعريف هو الأقرب للدقة، فعقد تزويد الخدمة الإلكترونية هو العقد الذي يبرم بين مزود الخدمة الإلكترونية من جهة، والمستخدم من جهة أخرى، ويتاح من خلاله للمستخدمين إمكانية الدخول إلى شبكة الإنترنت والانتفاع بها. فهو عقد تقديم خدمات بوسيلة إلكترونية، موضوعها بيانات أو معلومات تنساب عبر شبكة الاتصال عن بعد.^{٥٨}

^{٥٧} - عبد المهدي كاظم ناصر ، مرجع سابق ، صفحة ٢٣١ .

^{٥٨} - عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية ، الكتاب الأول ، دار الفكر الجامعي ، مصر الإسكندرية ، لعام ٢٠٠٤ ، صفحة ٢٢ .

ثانياً_ خصائص عقد تزويد الخدمة الإلكترونية:

١- يعدُّ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية من العقود الملزمة للجانبين،^{٥٩} لأنه ينشأ التزامات متقابلة، فمزود الخدمة الإلكترونية مدينٌ بتقديم الخدمة الإلكترونية للمشارك بالشروط المتفق عليها، ودائناً بحقه في قبض الاشتراك، والمشارك مدينٌ بدفع الاشتراك للمزود، ودائناً بحقه في الحصول على الخدمة الإلكترونية.^{٦٠}

٢- أيضاً فإنَّ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية هو من عقود المدة، فالزمن في عقد تزويد الخدمة الإلكترونية يعدُّ عنصراً رئيسياً في تحديد الالتزامات العقدية.^{٦١} وهو من العقود المتجددة، لأنه يعتمد على مبدأ التجديد التلقائي له دون الحاجة إلى إجراءات تعاقد جديدة، وعليه فإنَّ المشترك يبقى ملتزماً به طالما لم يبد الرغبة بإنهائه.

٣- يعدُّ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية من طائفة العقود الإلكترونية وفق التشريع السوري، وذلك وفقاً لما جاء في قانون المعاملات الإلكترونية السوري الذي عرّف العقد الإلكتروني بأنه: " اتفاق بين

^{٥٩} - أحمد قاسم فرح ، مرجع سابق ، صفحة ٣٣١ .

^{٦٠} - خالد ممدوح إبراهيم ، التقاضي الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، مصر _ الإسكندرية ، لعام ٢٠٠٨ ، صفحة ٦٦ .

^{٦١} - أروى تقوى، المسؤولية المدنية في مجال الاتصال الإلكتروني، مرجع سابق، صفحة ٨٥

طرفين أو أكثر يجري انعقاده أو تنفيذه كلياً أو جزئياً، بوسائل إلكترونية".^{٦٢}

فقانون المعاملات الإلكترونية السوري وسع مفهوم العقد الإلكتروني ليشمل بالإضافة إلى العقود التي تلاقى فيها الإيجاب والقبول على الشبكة الإلكترونية، أضاف إليها العقود المنفذة كلياً أو جزئياً بوسائل الكترونية، ولو كان انعقادها قد تمّ بالوسائل التقليدية.^{٦٣}

وعليه فإنّ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية يعدّ من طائفة العقود الإلكترونية وفق التشريع السوري، ومبرر ذلك أنّ العقد يوجد بتلاقي الإيجاب والقبول، وينتهي بتمام تنفيذه، وإنّ تدخل الوسائل الإلكترونية في إيجاد العقد أو في تنفيذه يجعله من طائفة العقود الإلكترونية.^{٦٤} لكن رغم أنّ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية يعدّ من العقود الإلكترونية، إلا أنّه يفترق عنها بعدة أمور، أهمها:

^{٦٢} - المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية السوري .

^{٦٣} - جاء في المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (٨٥) لعام ٢٠٠١ تعريف للعقد الإلكتروني بأنّه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية ، كلياً أو جزئياً". وبالتالي فإنّه وفقاً للقانون الأردني فإنّ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية لا يعدّ من طائفة العقود الإلكترونية إذا تمّ إبرامه بالوسائل التقليدية كما هو الحال عليه في سورية، بخلاف ما إذ تمّ إبرامه إلكترونياً. فالمعيار في القانون الأردني لتحديد العقود الإلكترونية هو وسيلة إبرام العقد دون الوسيلة المنفذة به .

^{٦٤} - أروى نقوى، المسؤولية المدنية في مجال الاتصال الإلكتروني، مرجع سابق، صفحة ٩٠

أ_ يتم إبرام العقد الإلكتروني بين غائبين بوسيلة إلكترونية، وهذا أهم ما يميز هذا العقد عن العقود التقليدية.^{٦٥} بينما يتم إبرام عقد تزويد الخدمة الإلكترونية عادة في سورية بشكل تقليدي عن طريق زيارة الراغب في التعاقد إلى أحد مراكز مزودي الخدمات الإلكترونية، وتزويدهم بالبيانات اللازمة، ومن ثم الموافقة على إبرام العقد بالشكل المعد مسبقاً من قبل المزود.

ب _ يتم تنفيذ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية دائماً على الشبكة، أمّا العقود الإلكترونية الأخرى فهي إمّا أن يتم تنفيذها على الشبكة الإلكترونية، كعقود شراء البرامج الإلكترونية، أو يتم تنفيذها خارج الشبكة كعقود تسليم البضائع.^{٦٦}

ج _ يمكن في بعض الأحيان تصور حدوث مفاوضات بين أطراف العقد الإلكتروني في المرحلة التي تسبق إبرامه، بينما لا يوجد مثل هذه المفاوضات في المرحلة التي تسبق إبرام عقد تزويد الخدمة الإلكترونية، لأنّه غالباً ما يكون معد مسبقاً من قبل مزود الخدمة الإلكترونية، ولا يقبل المناقشة فيه.

^{٦٥} - أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق ، صفحة ٤٨ . وأيضاً: منصور الصرايرة ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية ، دراسة في التشريع الأردني ، بحث علمي منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٥ ، العدد الثاني لعام ٢٠٠٩ ، صفحة ٨٢٧ .

^{٦٦} - منصور الصرايرة ، مرجع سابق ، صفحة ٨٢٩ .

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد تزويد الخدمة الإلكترونية

رأينا أنَّ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية هو العقد الذي يستطيع من خلاله المشتركون الدخول إلى الشبكة الإلكترونية واستخدامها بالشكل الذي يناسب كل منهم، وهو كسائر العقود الأخرى من حيث أنَّه تصرف يهدف لإحداث أثر قانوني، إلا أنَّ تحديد طبيعة هذا العقد من حيث كونه عقد إذعان، أم أنَّه من عقود المناقشة الحرة، يتطلب منا عرض شروط عقد الإذعان ومحاولة تطبيقها عليه، وأهمها وجود شروط لمصلحة مزود الخدمة، كشرط الإعفاء من المسؤولية، وبالتالي تبرز أهمية تحديد هذه الطبيعة.

وتظهر الفائدة من تحديد الطبيعة القانونية لعقد تزويد الخدمة الإلكترونية، في تحديد نوع الحماية الواجب توفيرها للمتعاقد. فقد بات معروفاً وفق القواعد العامة أنَّ عقد الإذعان يعطي للمتعاقد المذعن حق الرجوع إلى القضاء لإعفائه منها أو لتعديلها، كما يجعل الشك يفسر استثناءً لمصلحته.^{٦٧}

فالمبدأ العام في غالبية العقود يقوم على أساس المساومة بين أطرافها، ليتحدد مضمون العقد في نهاية الأمر نتيجة لهذه المساومة،^{٦٨}

^{٦٧} - أروى تقوى المسؤولية المدنية في مجال الاتصال الإلكتروني، مرجع سابق، صفحة ٨٩ .

^{٦٨} - خوله كاظم محمد راضي ، الإيجاب في عقود الإذعان، بحث علمي مقدم لجامعة بابل-العراق، منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة، لعام

وهذه العقود هي عقود المناقشة الحرة، والتي تكون إرادة الأطراف حرة في مناقشة شروط العقد.^{٦٩}

أمّا عقد الإذعان فهو العقد الذي يطرح فيه أحد الأطراف إرادته بشكل مستقل بحيث لا يقبل فيها أي مناقشة للطرف المقابل بأي شكل من الأشكال، ومن ثمّ فإنّ إرادة الطرف الآخر تنحصر في قبول إبرام العقد من عدمه.^{٧٠} ففي هذا العقد على حد قول أحد الفقهاء "فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة أو مفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع، فهو في حاجة إلى التعاقد لذا فهو لا يستطيع أن يدع".^{٧١}

ولمعرفة ما إذا كان عقد تزويد الخدمة الإلكترونية من عقود الإذعان، سنبدأ بعرض الشروط الواجب توافرها بالعقد حتى يوصف بأنه عقد الإذعان والتي درج الفقهاء على وضعها وهي :

٢٠١٤، صفحة ٣٨١ . منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٣م ٢٠١٦/٦/١٧ .

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=90495>

^{٦٩} - خوله كاظم محمد راضي ، المرجع السابق ، صفحة ٣٨٥ .

^{٧٠} - منصور حاتم محسن و إيمان طارق مكي ، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد ، بحث علمي مقدم لجامعة بابل _ العراق ، منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة، لعام ٢٠٠٩، صفحة ٢٠٠. منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٥م ٢٠١٦/٦/١٧

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=37045>

^{٧١} - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، صفحة ١٩١ .

١- أن يكون الإيجاب موجهاً إلى الجميع وبالشروط نفسها وعلى نحو مستمر ولمدة غير محددة.^{٧٢}

٢- أن يكون الموجب في مركز اقتصادي متفوق، لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي، أو لكون المنافسة محدودة بالنسبة إليه، بحيث يجعله تفوقه قادراً من الوجهة العملية على فرض شروطه على المتعاقد الآخر.^{٧٣}

٣- تعلق العقد بسلعة ضرورية أو مرفق ضروري بحسب ما وصلت إليه المدنية الحديثة.^{٧٤}

٤- انفراد الموجب بالتحكم بوضع شروط العقد وتفاصيله دون أن يكون للطرف الآخر دوراً في هذا الأمر وكذلك دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو إلغائها أي شيء منها أو تعديلها وهي غالباً في مصلحة الموجب.^{٧٥}

ومن خلال هذه الشروط يمكننا تحديد طبيعة عقد تزويد الخدمة الإلكترونية أولاً، ومن ثم أثر شرط الإعفاء على هذه الطبيعة ثانياً.

^{٧٢} - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، صفحة ١٩٢ .

^{٧٣} - محمد وحيد الدين سوار ، مصادر الالتزام الإرادية ، مرجع سابق ، صفحة ٨٠ .

^{٧٤} - أيمن أبو العيال وفواز صالح ، مرجع سابق ، صفحة ٦٠ .

^{٧٥} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٧٤ .

أولاً- مدى انطباق شروط عقد الإذعان على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية:

تعدُّ الشروط السابقة تطبيقاً للمفهوم التقليدي لعقود الإذعان، وبالتالي فإذا ما أردنا تطبيقها على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية، يتبين أنَّ هذا العقد تتوافر فيه هذه الشروط من حيث أنَّه غالباً ما يكون مضمونه محدداً سلفاً من قبل الشركة المزودة للخدمة الإلكترونية في قالب نموذجي، ويحتوي على شروط لمصلحة مزود الخدمة الإلكترونية.

فمزودي الخدمات الإلكترونية كثيراً ما يدرجون في عقود الاشتراك لديهم، شرط الإعفاء من المسؤولية المترتبة عن انقطاع الاتصال بالشبكة،^{٧٦} كما تتسم صياغة هذه الشروط بالنظر لمسائل دقيقة يعسر فهمها ومناقشتها من قبل المشترك، نظراً لطريقة صياغتها الفنية والقانونية، وتدفع المشترك غالباً إلى ترك قراءتها عموماً، وإذا أقدم على قراءتها فليس من المؤكد أن يدرك جميع مقاصدها.^{٧٧}

كذلك فإنَّ الإيجاب الصادر عن مزودي الخدمات الإلكترونية يمثل إيجاباً موجهاً إلى الجميع وبشروط التعاقد ذاتها. فالشركات التي تقدم الخدمات الإلكترونية توفر عبر مواقعها الإلكترونية معلومات بشكل عام عن طبيعة الخدمات المقدمة منها، إلا أنَّ هذه المعلومات تنحصر عادةً في المزايا التي تقدمها هذه الشركات دون المعلومات الهامة المتعلقة بالعقد، مثل بيان شروط العقد وحالات الإعفاء من المسؤولية. لذلك فإنَّ

^{٧٦} - أروى تقوى، المسؤولية المدنية في مجال الاتصال الإلكتروني، مرجع سابق، صفحة ٢٨٩ .

^{٧٧} - منصور حاتم محسن و إيمان طارق مكي ، مرجع سابق ، صفحة ٢٠٣ .

المشترك عليه أن ينفذ شروط العقد التي لا يملك اختيارها ولم يدرك جميع نتائجها، فيكون قبوله حينها مجرد إذعان لإرادة المزود نتيجةً لحاجته إلى العقد.

وأيضاً فإنَّ الخدمة الإلكترونية تعدُّ اليوم من الخدمات الضرورية التي لا غنى عنها، وهي في ذلك تقترب من خدمة الهاتف من حيث عدد المشتركين فيها والمستخدمين لها.

أمَّا بالنسبة لشروط الاحتكار، فمنهم من يرى أنَّ الموجب أي مزود الخدمة الإلكترونية الذي يقوم بتزويد الخدمة الإلكترونية للبيوت والمكاتب والإدارات والمصانع، إذا كان لوحده محتكراً لهذه الخدمة فسوف يكون إبرام عقد الاشتراك مع هذه الشركة قبولاً لعقد الإذعان، أمَّا في حالة وجود أكثر من شركة تقدم الخدمة نفسها وتتنافس فيما بينها لتقديم الخدمة للجمهور، فليس من المعقول أن تكون من عقود الإذعان وذلك لعدم توفر عنصر الاحتكار.^{٧٨}

ونرى أنَّ وجود عدد من مزودي الخدمات الإلكترونية في السوق يمكن الوصول إليهم بسهولة لا يعني أنَّ أحداً منهم يقترح شروطاً أفضل من غيره، مما يعني أنَّ المشترك في هذه الحالة ليس له الخيار إذا ما أراد الحصول على الخدمة الإلكترونية، إذ يجب عليه أن يخضع للشروط الموحدة التي يقترحها الطرف القوي.

^{٧٨} - خوله كاظم محمد راضي، مرجع سابق، صفحة ٣٧٧ وما بعدها .

هذا بالنسبة للمفهوم التقليدي لعقود الإذعان، إلا أنَّ النظرية الحديثة لعقود الإذعان قلصت الشروط اللازم توافرها ليعدَّ العقد إذعاناً إلى شرط واحد فقط، وهو أن الطرف القوي في العقد يقوم مسبقاً بإعداد شروط العقد، ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم، ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا توقيع هذه العقود دون الحق في مناقشتها أو تعديلها.^{٧٩}

فمفهوم عقد الإذعان لم يعد اليوم محصوراً في العقود التي يكون فيها أحد الطرفين محتكراً لسلعة أو لخدمة ضرورية، وإنَّما يتسع ليشمل كل حالة يتم فيها إعداد شروط العقد من قبل أحد الطرفين بشكل مسبق، ليتم إبرام العقد على أساسها على نحو متكرر مع كل من يريد التعاقد مع هذا الطرف.

فالمفهوم التقليدي لعقود الإذعان اقتصر نطاقه على حدود ضيقة لم تعد تتناسب مع ضرورات حماية المستهلك في مواجهة الشركات الكبرى التي أصبحت لا تتعامل إلا من خلال شروط معدة سلفاً، بحيث لا يكون بوسع المستهلك تعديل مضمونها أو مناقشتها.^{٨٠} وهذا ما دعا المشرع اليوم إلى سن تشريعات خاصة لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية، وذلك لعدم كفاية نظرية الإذعان التقليدية لحمايتهم.^{٨١} كذلك

^{٧٩} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٨٠-٣٨١ . وراجع أيضاً: منصور حاتم

محسن وإيمان طارق مكي ، مرجع سابق ، صفحة ٢٠٣ .

^{٨٠} - منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكي ، مرجع سابق ، صفحة ٢٠٢ .

^{٨١} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٨٩ وما بعدها .

فإنَّ عدم اشتراط الاحتكار في عقود الإذعان يتفق مع ما نصَّ عليه القانون المدني السوري في هذا الصدد.

فالقانون المدني السوري لم يتعرض لتعريف عقد الإذعان، ولم يستلزم وجود الاحتكار للقول بتوافر صفة الإذعان، بل اكتفى بالقول بأنَّه: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررّة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"،^{٨٢} فهو لم يشترط الاحتكار بنوعيه القانوني والفعلي، كما أنَّه لم يتطلب تعلق عقد الإذعان بسلع أو خدمات تعدّ ضرورية بالنسبة للمستهلكين.

وبالتالي فإنَّ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية يعدُّ من عقود الإذعان وفق هذا الرأي، وذلك لأنَّ المشترك لا يملك التفاوض على بنود هذا العقد، فليس أمامه إلا أن يبرم العقد أو يرفضه، وكون شروط العقد هي موجهة للكافة دون التمييز بين أي شخص، وموضوع العقد يتعلق بتقديم خدمة مهمة بالنسبة للمشاركين تعدُّ من ضروريات الحياة في الوقت الحاضر، فالأرجح عدّه من عقود الإذعان.

ثانياً- تأثير وجود شرط الإعفاء على طبيعة عقد تزويد الخدمة الإلكترونية:

ذكرنا أنَّ من شروط عقد الإذعان أن يحتوي هذا العقد على شروط تعسفية، فلولا هذه الشروط لما كان بالإمكان وصف العقد بأنَّه عقد

^{٨٢} - المادة (١٠١) من القانون المدني السوري .

إذعان لعدم الفائدة من ذلك، ومن هنا يبرز أثر شرط الإعفاء من المسؤولية على طبيعة عقد تزويد الخدمة إلكترونية لأنَّ هذا الشرط يمكن وصفه بأنَّه شرط تعسفي وغالباً ما يرد في هذه العقود.^{٨٣}

فالشرط التعسفي هو الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل المزود نتيجة لتعسف هذا الأخير في استعماله لسلطته الاقتصادية، وبغرض الحصول على ميزة لصالحه، ومن خصائصه أنَّه شرط يترتب عليه عدم التكافؤ بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة العقدية، وهو شرط غير خاضع للمفاوضات الفردية بين المزود والمشتري، كذلك يختص بكونه شرط مكتوب بصفة مسبقة، ودون أن يكون للمشتري أي تأثير في محتوى العقد.^{٨٤} ويترتب عليه عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.^{٨٥} وهذه الخصائص كلها متوفرة في شرط الإعفاء من المسؤولية المدرج في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية.

وينبغي عدم الخلط بين العقد النموذجي وعقد الإذعان، فالعقد النموذجي ليس بالضرورة أن يكون من عقود الإذعان إذا لم يحتوي

^{٨٣} - ناصر متعب بنيه الخرينج ، الاتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي دراسة مقارنة مع القانون الأردني ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط ، عمان _الأردن ، لعام ٢٠١٠ ، صفحة ٩٠ ، منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٢٠١٦/٦/٧ .

<http://elibrary.medi.u.edu.my/books/2014/MEDIU6241.pdf>

^{٨٤} - عبد الله ذيب عبد الله محمود ، مرجع سابق ، صفحة ٧٢ .

^{٨٥} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٧٨ .

على شروط تعسفية، فهو وسيلة من وسائل إبرام العقد، وخصوصاً في المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت. فالعقد النموذجي هو عبارة عن صيغة كاملة بحد ذاتها يستطيع الطرفان من خلالها الاعتماد عليها بشكل كامل دون الحاجة إلى صيغة كتابية أخرى وبما يناسب مقتضيات التعامل بينهما. إلا أنَّ العقد النموذجي يمكن أن يكون عقد إذعان إذا اشتمل على شروط تعسفية لمصلحة الموجب كشرط الإغفاء من المسؤولية، ودون أن يكون للمتعاقد الآخر الحق في مناقشته مع توفر باقي شروط عقد الإذعان.^{٨٦}

فلو افترضنا أنَّ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية جاء في نموذج موحد وهو بمثابة الإيجاب الموحد والموجه إلى الكافة، إلى جانب تعلق محل هذا العقد بسلعة ضرورية، وانفراد مزود الخدمة الإلكترونية بوضع شروط العقد دون قبوله للمساومة فيها، إلا أنَّ المزود لم يدرج في العقد شرط الإغفاء من المسؤولية أو أي شرط تعسفي آخر، فإنَّ ذلك يعني أنَّ العقد لم ينحاز إلى جانب أحد المتعاقدين، الأمر الذي يتعذر معه وصفه بأنَّه عقد إذعان، ويمكن استنتاج ضرورة توافر الشروط التعسفية في العقد ليوصف بأنَّه عقد إذعان من أحكام القانون المدني السوري

^{٨٦} - عبد الله ذيب عبد الله محمود ، مرجع سابق ، صفحة ٧٦ .

المتعلقة بسلطة القضاء اتجاه عقد الإذعان،^{٨٧} والتي سنأتي على ذكرها لاحقاً.

وأخيراً تجب الإشارة إلى أنَّ الشروط لا تكون تعسفية حتى وإن أحدثت إخلالاً في الالتزامات التعاقدية إلا إذا كانت على حساب المشترك، بمعنى أنَّ الشروط التي تكون فيها منفعة للمشارك على حساب المزود لا تكون تعسفية، إذ لا ينظر إلى الاختلال في الالتزامات التعاقدية إلا من جانب المشترك فقط دون المزود.^{٨٨}

^{٨٧} - تنص المادة (١٥٠) من القانون المدني السوري على سلطة القضاء في إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية، وذلك يفيد بضرورة وجود الشروط التعسفية بعقد الإذعان، إذ أنَّه لولا هذه الشروط لما كان من فائدة لإعطاء القاضي مثل هذه السلطة .

^{٨٨} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٧٩ .

المبحث الثاني: شرط الإعفاء من المسؤولية وشروط صحته

تعدُّ العقود الالكترونية بشكل عام وعقود تزويد الخدمة الالكترونية بشكل خاص من العقود التي غالباً ما تحتوي على شروط تهدف إلى رفع المسؤولية عن مزودي أو مقدمي هذه الخدمات، وهو ما يسمى بشرط الإعفاء من المسؤولية حتى بات هذا الشرط مألوفاً في مثل هذا النوع من العقود. وبالتالي فإن التساؤل يدور حول المقصود بالإعفاء من المسؤولية وعن سبب انتشار هذا الشرط في مثل هذا النوع من العقود.

بالإضافة إلى أن شرط الإعفاء من المسؤولية ليس مطلقاً وتحكمه مجموعة من الضوابط التي تهدف إلى تنظيم استخدامه وتقييده وإلى ضمان علم المتعاقد بوجوده.

لذلك سنبحث في ماهية شرط الإعفاء من المسؤولية في المطلب الأول، ثم ننتقل للبحث في شروط صحة هذا الشرط في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: ماهية شرط الإعفاء من المسؤولية

يمثل شرط الإعفاء من المسؤولية تعديلاً في أحكام المسؤولية العقدية، لأنَّ أحكامها في معظمها اتفاقية، وتخضع لإرادة أطراف العلاقة العقدية، وعليه يجوز تعديلها تشديداً أو تخفيفاً أو إعفاءً . بخلاف قواعد المسؤولية التقصيرية الآمرة و التي أغلبها من النظام العام، فيعدُّ باطلاً كلُّ اتفاق يخالف تلك الأحكام وهذا ما نصت عليه المادة (٢١٨) من القانون المدني السوري والتي جاء فيها:

"١-يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة.

٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطأه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

٣- ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع " .

ويتضح من النص السابق أنَّ القانون أجاز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، وبالتالي سنبحث في المقصود بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ومبررات انتشاره في مجال عقود الخدمات الإلكترونية في الفرع الأول، ومن ثمَّ نفرق شرط الإعفاء من المسؤولية عن الأنظمة القانونية المشابهة له في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: المقصود بشرط الإعفاء ومبررات انتشاره في العقود الإلكترونية

كثيراً ما يحدث عند إبداء الرغبة بالاشتراك في الخدمة الإلكترونية، أن يطلب من المشتركين التوقيع على إقرار مذكور ضمن بنود العقد، يتم فيه إعفاء مقدم تلك الخدمات من أي مسؤولية يلتزم بها نتيجة الضرر الذي قد يتعرض له المشتركون قبل نشوء هذا الحق . والهدف من هذا الاشتراط هو تخلص مقدمي الخدمات من الآثار الناجمة عن تعرض المشتركين لديهم للضرر، وهو ما يسمى بشرط الإعفاء من المسؤولية، لهذا سنبين المقصود بشرط الإعفاء من المسؤولية أولاً، ومبررات انتشاره ثانياً.

أولاً _ المقصود بشرط الإعفاء من المسؤولية:

يقصد بشرط الإعفاء من المسؤولية كما عرّفه البعض بأنّه: " الاتفاق المبرم مسبقاً بين الدائن والمدين قبل حدوث الضرر، ويقضي بعدم مسؤولية المدين في حال حدوث الضرر".^{٨٩} أو هو شرط إخلاء المسؤولية، كما ترد صياغته عادةً في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية.

^{٨٩} - دمانة محمد، شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون، بحث علمي منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد ٥ جوان، الجزائر، لعام ٢٠١١، صفحة ٢٤١. منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٢٠١٦/١٦/٢٠١٦

فالإعفاء من المسؤولية هو أحد الشروط الاتفاقية الجائزة في العقد، والتي يمكن تصورها كبند من بنوده، أو كاتفاق مستقل يلحق بالعقد.^{٩٠}

ولم يمنع القانون المدني السوري الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية من حيث المبدأ، استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة. فالعقد وليد إرادة المتعاقدين، والإرادة هي التي تحدد نطاقه ومضمونه، وبالتالي الآثار التي تترتب عليه. ونظراً لأنَّ للمتعاقدين الحرية في تنظيم الالتزامات التي يربتها العقد، وبما أنَّ المسؤولية العقدية هي إحدى آثار العقد، فلذلك يجوز للمتعاقدين تنظيم أحكام تلك المسؤولية أو تعديلها، سواء بالتشديد أو بالتخفيف أو حتى بالإعفاء منها، وذلك في حدود القانون والنظام العام.^{٩١}

ثانياً_ مبررات انتشار شرط الإعفاء من المسؤولية في العقود الإلكترونية:

لم يعد استخدام الشبكة الإلكترونية اليوم قاصراً على باحثي الجامعات أو موظفي المؤسسات العامة، بل امتدَّ ليشمل الأفراد والمشروعات التجارية الخاصة، فبعد أن كان استخدام الإنترنت في المجال التجاري محظوراً من قبل،^{٩٢} ازداد نطاق استخدام الشبكة الإلكترونية في مختلف المجالات، وتتنوعت العقود المبرمة بواسطتها أو لأجلها، وبالتالي ازدادت معها انتشار

^{٩٠} - ناصر متعب بنيه الخرينج، مرجع سابق، صفحة ٥٦ .

^{٩١} - نبيلة إسماعيل رسلان ، مرجع سابق ، صفحة ٣٢ .

^{٩٢} - أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، صفحة ٤ .

شروط الإعفاء من المسؤولية بشكل ملحوظ في هذه العقود،
ويعود ذلك للمبررات التالية:

١ - المبررات الاقتصادية:

تعدُّ الدوافع الاقتصادية سبباً هاماً لانتشار شروط الإعفاء من المسؤولية بشكل عام، فقد اتسع نطاق استخدام هذه الشروط مع انطلاق الثورة الصناعية في مطلع القرن التاسع عشر بسبب قيام المشروعات الكبرى، وزيادة نشاط التجارة الداخلية والخارجية، فأصبحت الشركات هي التي تسيطر على المعاملات المالية بين الأشخاص وعلى خدماتهم، خصوصاً في مجال عقود النقل.^{٩٣} وفي أواخر القرن العشرين شهد العالم تطوراً هائلاً في وسائل الاتصال المختلفة، وخاصة في مجال التقنيات الإلكترونية التي دخلت جميع مجالات الحياة بما فيها المجال التجاري، حيث ظهر ما يسمى بالتسوق الآلي أو التجارة الإلكترونية أو تجارة الإنترنت.^{٩٤}

^{٩٣} - دمانة محمد ، مرجع سابق ، صفحة ٢٤١ .

^{٩٤} - للمزيد حول مفهوم التجارة الإلكترونية راجع: إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، صفحة ١٩. يمكن تعريف التجارة الإلكترونية بأنها عمليات البيع والشراء أو تقديم الخدمات باستخدام الوسائط الإلكترونية الرقمية Digital Media راجع حول هذا التعريف: إسلام مأمون حسين مأمون، المعوقات التي تحد من نجاح التجارة الإلكترونية في مصر، رسالة ماجستير في إدارة الأعمال مقدمة للأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، لعام ٢٠١٠-٢٠١١، صفحة ١٤.

وأمام ازدياد الطلب على الخدمات الإلكترونية، فقد نشأت شركات متخصصة بتقديم هذه الخدمات، وهذه الشركات بدورها تسعى بالدرجة الأولى إلى تحقيق الربح، ومن البديهي القول بأن فكرة الربح تتعارض مع فكرة المسؤولية. فمع الازدياد الكبير لعدد المشتركين في هذه الخدمات، فإن احتمال تعرض هذه الشركات للمساءلة القانونية لأسباب مختلفة يتسع نطاقه، ولذلك تحاول هذه الشركات تفادي عقبة المسؤولية بإدراج شرط الإعفاء منها، لتجنب عدداً كبيراً من الدعاوى، وبالتالي تفادي إنفاق مبالغ كبيرة كتعويضات للمتضررين . فالدافع الاقتصادي يهدف لتحقيق أكبر قدر من الربح بأقل التكاليف،^{٩٥} لذلك تستخدم تلك الشركات كافة الوسائل الممكنة لتحقيق هذه الغاية.

٢ - المبررات التقنية:

تعد آلية عمل مقدمي الخدمات الإلكترونية بشكل عام ذات طابع تقني معقد، فنظراً لحدثة هذه التقنيات ولتطور صناعتها بشكل مستمر وكثرة أعطالها التقنية، فإنها قد تتعرض لمخاطر داخلية متعلقة بأنظمة التشغيل لديها كقدمها أو سوء استخدامها أو تعطلها، بالإضافة إلى مخاطر خارجية تتمثل بإمكانية اختراقها أو العبث بالبيانات المخزنة

يمكن الوصول له عن طريق الموقع الإلكتروني للأكاديمية: آخر زيارة الساعة ٨ م ٢٠١٦/٥/١٣

عليها.^{٩٦} لذلك فإنَّ مقدمي الخدمات الإلكترونية يسارعون إلى اشتراط الإعفاء من المسؤولية في عقودهم التي تبرم مع المشتركين تقادياً لتحملهم مسؤولية هذه الأعطال التقنية.

٣- مبررات عملية:

كثيراً ما تشكل أحكام المسؤولية المدنية عائقاً في وجه الشركات الكبرى لانتشار فروعها في أغلب دول العالم، فبالإضافة لما ذكر عن الدوافع الاقتصادية والمشكلات التقنية التي دفعت المزودين لاشتراط الإعفاء من المسؤولية، فإنَّ هناك مشكلات تتعلق بالعنصر البشري.

فهذه الشركات تستخدم في إنجازها لعملها عدداً كبيراً من الكوادر البشرية كالفنيين والعمال والمستخدمين، الأمر الذي قد يترتب عليه كثرة حدوث أخطاء منهم، ويعود سبب هذه الأخطاء إمّا لعدم كفاءتهم الفنية أو بسبب طبيعتهم البشرية. ولذلك تلجأ الشركات عادةً لهذا النوع من الشروط تقادياً لتحمل المسؤولية عن هذه الأخطاء،^{٩٧} ولكن هذه الشركات لا تستطيع التهرب دائماً من المسؤولية على الرغم من وجود شرط الإعفاء من المسؤولية إذا ما توافرت مسؤوليتها كمتبوع عن أعمال تابعيها.

^{٩٦} - رغم أنَّ التعدي على بيانات المشتركين أو اختراق الشبكة يقع من الغير إلا أنَّ ذلك لا يعدُّ سبباً أجنبياً يبرأ ذمة المزود ، لأنَّ من التزامات المزود اتخاذ التدابير اللازمة لحماية هذه البيانات، ومنها استخدام أجهزة حديثة وأنظمة حماية متطورة كفيلة لمنع مثل هذا التعدي على الشبكة .

^{٩٧} - محمد وحيد الدين سوار ، مصادر الالتزام الإرادية، مرجع سابق ، صفحة ٣٩٧ .

٤ - الحاجة إلى التكنولوجيا:

وأخيراً فإنَّ الحاجة الماسة للحصول على التقنيات الحديثة بشكل عام وعلى الخدمات الإلكترونية بشكل خاص، دفعت المشتركين للقبول بمثل هذه الشروط دون تردد، وهذا القبول بدوره شجع المزودين على إدراج هذه الشروط في عقودهم، لذا فهم يقبلون هذه الشروط في أغلب الأحيان إذعاناً.^{٩٨}

^{٩٨} - خوله كاظم محمد راضي، مرجع سابق، صفحة ٣٨١ .

الفرع الثاني: تمييز شرط الإعفاء عن بعض المفاهيم القانونية

ذكرنا سابقاً أنَّ الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية هو عبارة عن بند في العقد يهدف إلى رفع آثار المسؤولية عن المدين، وبالتالي فلا تترتب هذه الآثار في ذمته على الرغم من توافر جميع أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية تجمع بينهما.

وعليه فإنَّ مزود الخدمة الإلكترونية بموجب هذا البند لا يكون ملزماً بدفع التعويض للمشاركين، الأمر الذي يجعله متشابهاً مع بعض الآثار الناجمة عن بعض العقود والاتفاقات، كالتأمين من المسؤولية، والاتفاق على الإعفاء من الالتزام أو التعويض أو التعويض الاتفاقي. ففي كل هذه الأحوال يتخلص المدين من عبء دفع التعويض إلى المضرور، لكن هذا التشابه في الآثار لا يلغي وجود بعض الفروقات الجوهرية بين كل من شرط الإعفاء وهذه الأنظمة، وهذا ما سنأتي على ذكره وفق الآتي.

أولاً- الفرق بين الإعفاء من المسؤولية والإعفاء من الالتزام:

تقضي القاعدة العامة بأن " العقد شريعة المتعاقدين " وبالتالي فإن للمتعاقدين الحرية في تحديد أو استبعاد أي من الالتزامات التعاقدية ما لم تتعلق هذه الالتزامات بقواعد آمرة.^{٩٩}

وبناءً عليه يجوز للمتعاقدين في غير حالة القواعد الآمرة أن يحددا مدى التزاماتهم، فاللمدین أن يتفق مع دائنه على تضيق دائرة التزامه، فيعفى بذلك من المسؤولية عن كل إخلال يخرج عن حدود هذه الدائرة . وهذه الاتفاقات صحيحة، ولا يحد منها إلا القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة . وبهذه النقطة يشترك شرط الإعفاء من المسؤولية مع الإعفاء من الالتزام من حيث الأثر المترتب على كل منهما وهو عدم التعويض في حدود ما تمّ الإعفاء منه.

ويرى البعض أنّ الإعفاء من الالتزام ينفي وجود الالتزام، بينما الإعفاء من المسؤولية يبقي الالتزام قائماً، وإنّما يكون المدين غير مسؤول إذا لم يتم بتنفيذه، وهنا يستندون إلى أنّ الالتزام المدني يتضمن عنصري المسؤولية والمديونية، فالتعديل يصيب عنصر المسؤولية في حالة الإعفاء من المسؤولية، بينما يصيب العنصرين معاً في حالة

^{٩٩} - مثلاً نصت المادة (٤١٣) من القانون المدني السوري على أنه : " ١- يجوز للمتعاقدین باتفاق

خاص أن يزيّد ضمان الاستحقاق، أو أن ينقصا منه، أو يسقط هذا الضمان .

٢- ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي .

الإعفاء من الالتزام.^{١٠٠} إلا أنَّ هذا الرأي يدفعنا للتساؤل الآتي: بما أنَّ شرط الإعفاء من المسؤولية يصيب عنصر المسؤولية في الالتزام، فهل يصبح الالتزام حينها التزاماً طبيعياً ؟

نرى أنَّ شرط الإعفاء من المسؤولية لا يمس الالتزام بعنصره المديونية والمسؤولية، لأنَّه رغمَّ وجود شرط الإعفاء من المسؤولية يبقى الدائن محتفظاً بحقه في إجبار المدين على التنفيذ، وهو ما يتنافى مع فكرة الالتزام الطبيعي.^{١٠١}

وبالتالي فإنَّ شرط الإعفاء من المسؤولية يمنع ترتب آثار المسؤولية والمتمثلة في التعويض رغم توافر جميع شروطها، فالالتزام قائم والمسؤولية موجودة، إلا أنَّها لن تنتج أثرها لسبق الاتفاق على ذلك.

ويرى آخرون أنَّ الإعفاء من الالتزام يعني عدم قدرة الدائن على إجبار المدين على التنفيذ العيني، بينما يكون المدين ملزماً بالتنفيذ العيني في ظل شرط الإعفاء. وبعبارة أخرى فإنَّ في الإعفاء من الالتزام لا يكون المدين ملتزماً بتنفيذ الالتزام ولا يكون مسؤولاً عنه، أمَّا

^{١٠٠} - محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة ، لعام ١٩٩٠، صفحة ١٢٥ .

^{١٠١} - محمد حاتم البيات وأيمن أبو العيال ، النظرية العامة للالتزام _ أحكام الالتزام ، منشورات جامعة دمشق _ كلية الحقوق ، مطبعة الروضة ، لعام ٢٠١١ _ ٢٠١٢ ، ، صفحة ٢٤ . وأيضاً فإنَّ عنصر المسؤولية يتعلق بسلطة إجبار المدين على التنفيذ (المؤيد القانوني) وهو متوفر حتى في ظل وجود شرط الإعفاء من المسؤولية .

في الإعفاء من المسؤولية فإنَّ المدين يبقى مسؤولاً عن تنفيذ الالتزام وإن كان غير مسؤول عن الأضرار المترتبة عن عدم التنفيذ.^{١٠٢}

يتبين مما سبق أنَّ الفرق الجوهرى بين الإعفاء من المسؤولية والإعفاء من الالتزام يكمن في وجود الالتزام أساساً ولا يتعلق بالتنفيذ، لأنَّ التنفيذ هو مسألة لاحقة على وجود الالتزام وهو أثر له، فشرط الإعفاء من الالتزام إذا تعلق بالتزامات رئيسية في العقد، أو بالتزامات ثانوية قد منع المشرع الاتفاق على خلافها، فهو يعد شرط باطل،^{١٠٣} لتعلقه بإرادة المدين المحضة في الحالة الأولى،^{١٠٤} ولمخالفته لقاعدة أمرة في الحالة الثانية.

ففي الإعفاء من الالتزام لا نكون أمام التزام، وبالتالي لا تنفيذ ولا مسؤولية. أمَّا في الإعفاء من المسؤولية، فإنَّ الالتزام هنا قائم، والتنفيذ جائز، إلا أنَّه لا توجد مسؤولية عن الخلل في التنفيذ إذا لم يصل إلى

^{١٠٢} - ناصر متعب بنيه الخرينج ، مرجع سابق ، صفحة ٣٦ .

^{١٠٣} - إن اشتراط الإعفاء من أحد الالتزامات الرئيسة في العقد لا يعد دائماً شرطاً باطلاً إذا توافرت في العقد شروط عقد آخر واتجهت إرادة الطرفين إلى هذا العقد الأخير . فمثلاً في عقد البيع ، إذا اشترط فيه الإعفاء من دفع الثمن - وهو من الالتزامات الرئيسة في العقد - فإن الشرط لا يعد باطلاً، لأنَّ العقد يصبح حينها عقد هبة ، بشرط اتجاه نية الطرفين إلى ذلك وتوافر باقي شروطه ، والأساس القانوني لذلك ، هو نظرية تحول العقد التي نص عليها القانون المدني السوري في المادة (١٤٥) .

^{١٠٤} - المادة (٢٦٧) من القانون المدني السوري . راجع حول ذلك: طلبه وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون _ دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة_ مصر، دون تاريخ، صفحة ١٤٣ .

حد الجسامة أو العمد. بخلاف ما إذا تمَّ الاتفاق على الإعفاء من بعض الالتزامات الثانوية أو تحديد نوعها، فإنَّه اتفاق صحيح، وبالتالي يمكن المطالبة بالتنفيذ العيني لما تضمنه مضمون هذا الاتفاق.^{١٠٥}

وأخيراً فإن الإعفاء من الالتزام لا يعدُّ إعفاءً أو تعديلاً في المسؤولية، ذلك لأنَّ إلقاء التزام معين على أحد طرفي العلاقة العقدية لا يعني تعديل في أحكام المسؤولية، وإنما هو تعديل في الالتزامات على خلاف القواعد المكملّة وهو جائز، ولكنه لا يمس المسؤولية.

ثانياً- الفرق بين الإعفاء من المسؤولية والإعفاء من التعويض:

يرى البعض أنَّ هناك فرقاً بين الإعفاء من التعويض والإعفاء من المسؤولية، فالإعفاء من التعويض يدخل في نظام التعويض الاتفاقي، أمّا الإعفاء من المسؤولية فهو مسألة سابقة على التعويض، ذلك أنَّ عدم التعويض هو أثر من آثارها، وليست هي مسألة الإعفاء من المسؤولية ذاتها، أي أنَّه إذا ثبت شرط الإعفاء، فلن يكون هناك تعويض يبحث عنه.

إلا أننا نرى أنَّه لا فرق من الناحية العملية بين الإعفاء من المسؤولية والإعفاء من التعويض، لاتحاد الأثر المترتب على كل منهما، ففي كلا الشرطين يكون المدين ملتزماً بتنفيذ العقد، ولا يترتب على عدم التنفيذ، حق المضرور بالمطالبة بالتعويض.

^{١٠٥}- ناصر متعب بنيه الخرينج ، مرجع سابق ، صفحة ٣٥ .

ثالثاً- التمييز بين شرط الإعفاء من المسؤولية والتعويض الاتفاقي:

يعرف التعويض الاتفاقي بأنه: " اتفاق يقدر فيه الطرفان مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو تأخر في تنفيذه".^{١٠٦} ويتفق التعويض الاتفاقي مع شرط الإعفاء من المسؤولية، في أنهما تعديل اتفاقي على ما تقضي به القواعد العامة التي أوردها المشرع ، كما يتوافقان في أنهما يعدان اتفاقين باطلين في حالتي الغش والخطأ الجسيم.^{١٠٧}

لكن يختلف التعويض الاتفاقي عن شرط الإعفاء من المسؤولية، في أن الأول يعد اتفاقاً إيجابياً والآخر سلبياً، فالتعويض الاتفاقي يتناول قيمة التعويض ولا يتناول مسؤولية المدين، أي أنه لا يشترط أن يكون التعويض مساوياً للضرر الواقع، فقد يفوق تقديره قيمة الضرر أو ينقص عنه.^{١٠٨} في حين أن شرط الإعفاء من المسؤولية يتناول المسؤولية

^{١٠٦} - حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين _ نابلس ، لعام ٢٠١١ ، صفحة ١٩ . منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٧/٦/٢٠١٦

[https://scholar.najah.edu/sites/default/files/all-](https://scholar.najah.edu/sites/default/files/all-thesis/the_compensation_for_delay_in_the_execution_of_debtor.pdf)

[thesis/the_compensation_for_delay_in_the_execution_of_debtor.pdf](https://scholar.najah.edu/sites/default/files/all-thesis/the_compensation_for_delay_in_the_execution_of_debtor.pdf)

^{١٠٧} - نص المادة (٢١٨) والمادة (٢٢٦) من القانون المدني السوري .

^{١٠٨} - تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٢٥) من القانون المدني السوري على : " ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه " ويفهم من ذلك أن سلطة القاضي بتخفيض التعويض الاتفاقي تكمن عند المبالغة الكبيرة في تقديره ، أمّا حينما تكون المبالغة معقولة فإن القاضي يحكم به كما تمّ تقديره=

ذاتها، ولا مجال للبحث في التعويض حينها لعدم تحقق المسؤولية أصلاً.

وأيضاً فإنَّ المشرع منح القاضي سلطة إنقاص التعويض الاتفاقي إذا كان مبالغاً فيه، وهذه السلطة من النظام العام.^{١٠٩} بينما لا يملك القاضي التعديل في شرط الإعفاء من المسؤولية إذا لم يجد فيه شرطاً تعسفياً وكان ضمن عقد يحتوي على شروط الإذعان.^{١١٠}

كما يختلفان في أنَّ التعويض الاتفاقي يؤدي غالباً إلى تنفيذ العقد بشكل دقيق، بسبب خوف المدين من قيمة التعويض الاتفاقي والذي غالباً ما يكون مبالغاً فيه، واحتمال عدم استجابة القاضي لطلبه بإنقاصه.^{١١١} بخلاف شرط الإعفاء من المسؤولية الذي يؤدي غالباً إلى التراخي في تنفيذ العقد، وذلك لاطمئنان المدين إلى نتيجة فعله إذا لم

=وبذلك دليل على أنَّه لا يشترط في التعويض الاتفاقي أن يكون مساوياً للضرر . وأيضاً ما نصت عليه المادة (٢٢٦) من القانون المدني السوري على أنَّه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً" وهذه المادة صريحة الدلالة على عدم اشتراط التساوي بين التعويض الاتفاقي والضرر

^{١٠٩} - طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني - دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية ، فلسطين - نابلس ، لعام ٢٠٠٧ ، صفحة ٧٦ . منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٧م ٢٠١٦/٦/٦

<http://elibrary.medi.u.edu.my/books/2014/MEDIU5107.pdf>

^{١١٠} - المادة (١٥٠) من القانون المدني السوري .

^{١١١} - طارق محمد مطلق أبو ليلي ، مرجع السابق ، صفحة ١٤ .

يبلغ هذا الفعل حداً من الجسامة أو الغش.^{١١٢} وأخيراً فإنَّ الإغفاء من المسؤولية يكون دائماً في مصلحة المدين، فيما يكون في حالة التعويض الاتفاقي في مصلحة أحد الطرفين.

رابعاً- شرط الإغفاء والتأمين على المسؤولية:

نصت المادة (٧١٣) من القانون المدني السوري على تعريف عقد التأمين من المسؤولية بأنَّه: " عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك لقاء قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن ". وقد عرفه البعض بأنَّه " تقادي خسارة مالية تنتج عن خطر من المتوقع حصوله ".^{١١٣}

ومن خلال هذا التعريف يتبين أنَّ شرط الإغفاء من المسؤولية يلتقي مع التأمين منها في تخلص المدين من عبء دفع التعويض إلى الشخص المضروب، فالشخص الذي يلجأ إلى إبرام عقد التأمين من المسؤولية مع شركة التأمين يهدف من وراء ذلك إلى نقل عبء دفع التعويض على عاتق هذه الشركة، أما بالنسبة إلى الشخص الذي يلجأ

^{١١٢} - محمد وحيد الدين سوار ، مصادر الالتزام الإرادية ، مرجع سابق ، صفحة ٣٩٦ .

^{١١٣} - محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام غير الإرادية ، الجزء الثاني ، الطبعة العاشرة ، مديرية الكتب والمطبوعات في جامعة دمشق ، لعام ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤ ، صفحة ٢٥٩ .

إلى اشتراط الإغفاء من المسؤولية يهدف إلى التخلص نهائياً من دفع التعويض إلى الشخص المضرور. فالتشابه يكمن في أنَّ المسؤول في الحالتين لا يتحمل عبء التعويض، فالمؤمن في حالة التأمين من المسؤولية هو من سيدفع التعويض، فيما لن يدفع المسؤول شيئاً في حالة شرط الإغفاء، لسبق اشتراط ذلك.^{١١٤}

ويتشابه النظامان أيضاً في أنَّه لا يجوز الاتفاق على التأمين من المسؤولية أو الإغفاء منها في حالة الخطأ العمد، فالخطأ العمد يكون بمثابة الغش، وهو ما لا يجيزه القانون.^{١١٥} بينما يجوز الاتفاق على الإغفاء أو التأمين من المسؤولية عن خطأ الغير ولو كان متعمداً.^{١١٦}

ورغم هذا الالتقاء بين شرط الإغفاء من المسؤولية والتأمين عليها، إلا أنَّ هناك جملة من الفروق تفصل بينهما.

ففي التأمين من المسؤولية يحصل الشخص المضرور على حقه في التعويض، ويكون حقه مضموناً، بينما في الإغفاء منها يحرم المضرور من هذا الحق.^{١١٧} وبعبارة أخرى فإنَّ التأمين من المسؤولية يسمح لمرتكب الخطأ بتنفيذ التزامه بالتعويض عن طريق إلقاء عبء

^{١١٤} - محمد وحيد الدين سوار ، مصادر الالتزام غير الإرادية ، مرجع سابق ، صفحة ٢٦٠ .

^{١١٥} - المادة (٢١٨) والمادة (٧٣٤) من القانون المدني السوري .

^{١١٦} - المادة (٢١٨) والمادة (٧٣٥) من القانون المدني السوري ، راجع: ناصر متعب بنيه الخرينج ، مرجع سابق ، صفحة ٣٧ .

^{١١٧} - محمد وحيد الدين سوار ، مصادر الالتزام غير الإرادية ، مرجع سابق ، صفحة ٢٦٠ .

التعويض على عاتق المؤمن، في حين أنَّ الإعفاء من المسؤولية يهدف للتخلص من التعويض.^{١١٨} فالتأمين يؤكد المسؤولية ولا ينفیها، فيما يهدف شرط الإعفاء إلى براءة ذمة المسؤول في مواجهة المضرور.^{١١٩}

وأيضاً فإنَّ الاتفاق على التأمين من المسؤولية يبرم بين المسؤول من جهة، وشركة التأمين من جهة أخرى، لمصلحة شخص ثالث وهو المستفيد، بينما يتم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية بين الدائن والمدين في العلاقة التعاقدية، وهو دائماً في مصلحة المدين ذاته. وأخيراً يختلفان في أنَّ التأمين من المسؤولية جائز في كل من المسؤولية التقصيرية والعقدية،^{١٢٠} أما الإعفاء من المسؤولية فلا يكون إلا في المسؤولية العقدية، لأنَّ المسؤولية التقصيرية تعدُّ من النظام العام.^{١٢١}

بعد الحديث عن شرط الإعفاء من المسؤولية وعن مبررات انتشاره في العقود الالكترونية، وتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية التي تتشابه معه، ننتقل للبحث في شروط صحة هذا الشرط، والتي يمكن استخلاصها من الأحكام والمبادئ القانونية العامة.

^{١١٨} - محمد وحيد الدين سوار ، مصادر الالتزام الإرادية ، مرجع سابق ، هامش الصفحة ٣٩٤ .

^{١١٩} - ناصر متعب بنیه الخرينج ، مرجع سابق ، صفحة ٣٨ .

^{١٢٠} - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، صفحة ٨٣٠ .

^{١٢١} - نص الفقرة الثالثة من المادة (٢١٨) من القانون المدني السوري .

المطلب الثاني: شروط صحة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية

يعدُّ شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية خروجاً عن القواعد العامة في واجب تنفيذ الالتزام العقدي تنفيذاً عينياً أو بمقابل عن طريق التعويض، وبالتالي فإنَّ ذلك الأمر يتطلب في صياغته ضوابطاً من الناحية الشكلية للتأكد من علم المشترك بوجوده، ومن الناحية الموضوعية تتعلق بمضمونه لإدراك المقصود به، وللتضييق من نطاق تطبيقه.

وعليه سنبحث في الشروط الشكلية لصحة شرط الإعفاء من المسؤولية في الفرع الأول، ثمَّ ننتقل للبحث في الشروط الموضوعية لصحة هذا الشرط في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة شرط الإعفاء من المسؤولية

بدايةً لابدّ من الإشارة إلى أنّ المقصود بالشروط الشكلية هنا، هي تلك الشروط الواجب توافرها في البند المدرج بالعقد من جهة مظهره الخارجي، أي الوجود المادي للشرط، وليست تلك الشكلية التي يفرضها القانون في بعض التصرفات القانونية لتحديد أسلوب معين للتعبير عن الإرادة، والتي تفرض بصورة إلزامية من قبل المشرع، وتكون عنصراً أساسياً في إنشاء العقد.^{١٢٢}

فالقانون المدني السوري لم يشترط من حيث المبدأ عند تحرير شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية شكلاً معيناً. وعليه يمكن استنتاج هذه الشروط من طبيعة الإشكاليات التي يثيرها شرط الإعفاء من المسؤولية وأهمها ما يتعلق بعلم المتعاقد بها.

^{١٢٢} - للمزيد حول الشكلية في العقود: وسن قاسم غني، الشكلية الاتفاقية في العقود، بحث علمي منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية في جامعة بابل، المجلد الثالث، العدد الأول، العراق، لعام ٢٠١١، صفحة ٩. منشور على الرابط الإلكتروني التالي: تاريخ آخر زيارة الساعة ١١م ٢٠١٦/٦/٦.

أولاً_ كتابة شرط الإعفاء :

ذكرنا أنَّ القانون المدني السوري لم يشترط في شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية شكلاً معيناً، إلا أنَّ ضرورة كتابة ووضوح شرط الإعفاء من المسؤولية مرتبطة بخطر فكرة الإعفاء ذاتها. فشرط الإعفاء من المسؤولية يعدُّ خروجاً عن القواعد العامة في المسؤولية، ويؤدي إلى إهدار الحقوق التي نصَّ عليها القانون لمصلحة المشترك في الخدمة الإلكترونية، لذلك يجب أن يكون هذا الشرط مكتوباً ومميزاً، بحيث يمكن للمشارك الاطلاع عليه والتحقق من وجوده.

فالمقصود بظهور الشرط، هو بروزه عن باقي بنود العقد، فلا يكفي أن يكون شرط الإعفاء من المسؤولية مكتوباً بذات الطريقة والحجم المكتوبة به باقي شروط العقد، وإنما يجب أن يختصَّ بصفات تميزه عن غيره، كأن يكون مكتوباً بخطوط تغاير بقية الشروط في العقد، من حيث كبر حجم الكتابة أو نوع الخط المستخدم، أو بوضع إشارة إلى جانبه،^{١٢٣} أو من الممكن أن يكون هذا الشرط مكتوباً بلون مغاير لبقية البنود للفت الانتباه إليه. ومن البديهي القول بأن يكون هذا الشرط مكتوباً بذات اللغة المستخدمة في كتابة العقد.^{١٢٤}

^{١٢٣} - منصور حاتم محسن و إيمان طارق مكي ، مرجع سابق ، صفحة ١٨٧ .

^{١٢٤} - تنص الفقرة (ب) من المادة (١٢٠) من قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤ على عدم سريان شرط الإعفاء من المسؤولية: " إذا كان الشرط مكتوب بلغة لا يقرأها الطرف الآخر إلا إذا شرح له مضمون الشرط شرحاً كافياً " .

والغاية من كتابة شرط الإعفاء من المسؤولية بشكل ظاهر، هي لفت انتباه المشترك إلى هذا الشرط، وتحقيق علمه به. فالأصل في صياغة أي محرر هو إيصال فكرته إلى الآخرين، وصياغة شروط العقد تستهدف بصفة خاصة التعبير بوضوح عن الاتفاق بين طرفيه،^{١٢٥} وبهذا يمكن الاستناد إلى هذه الشروط للاحتجاج بها على المتعاقد الآخر إذا كانت تتقل المعنى المراد كاملاً على نحو لا تظهر معه الحاجة إلى البحث خارج وثيقة العقد عن حلول للخلاف المحتمل بين طرفيه، إلا أن هذا الأصل يتضاءل تطبيقه في ضوء كثرة العقود النموذجية التي أتاحت الفرصة أمام مزودي الخدمات فرض ما يشاؤون من الشروط التي تحقق مصلحتهم حتى أضحت شروطاً مألوفة.

هذا، ويثبت الواقع العملي _ في ظل غياب أي قيد قانوني من حيث الشكل على شرط الإعفاء من المسؤولية _ أن وجوده في العقد ولو كان بشكل غير مميز، وتوقيع المشترك في نهاية العقد، يعدُّ قرينةً على علمه به، وبالتالي تقتصر سلطة المحكمة _ باستثناء عقود الإذعان _ على تطبيق هذا الشرط دون أن يكون لها الحق في إلغائه أو تفسيره، تفسيراً يخرجها عن معناه، استناداً إلى الفقرة الأولى من نص المادة (١٥١) من القانون المدني السوري،^{١٢٦} وبالتالي فإنَّ المشترك الموقع على العقد يكون في موقف ضعيف، لأنَّ التوقيع يعدُّ قرينة العلم، الأمر

^{١٢٥} - منصور حاتم محسن و إيمان طارق مكي ، مرجع سابق ، صفحة ١٨٩ .

^{١٢٦} - تنص المادة (١٥١) من القانون المدني السوري في الفقرة الأولى على : " إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " .

الذي يحرمه من حقه في مسائلة المزود عند خطئه في تقديم الخدمة الإلكترونية.

وغالباً ما يعتمد مزودي الخدمات الإلكترونية إلى صياغة شرط الإعفاء من المسؤولية بطريقة معقدة وذكية، وذلك باستخدام أحرف دقيقة وناعمة وبشكل مزدحم،^{١٢٧} أو يتم كتابة الشرط بخط صغير في مكان من صفحات العقد الكثيرة، بحيث لا ينتبه لها المشترك قليل الخبرة، أو تتم الإحالة إلى شروط عامة تخص المزود، وضعها بنفسه ولا يعلم بها الطرف الآخر عادةً.^{١٢٨}

وبما أن عقود تزويد الخدمة الإلكترونية غالباً ما تكون محررة في شكل نماذج مطبوعة، فيجب أن يكون الشرط بارزاً ومكتوباً بشكل يسترعي الانتباه، على غرار ما نصَّ عليه القانون المدني في عقد التأمين والذي اشترط فيه إظهار كل شرط يتعلق بالبطان أو السقوط إذا كان ضمن شروط مطبوعة.^{١٢٩}

فإدراك المشرع لخطورة الشروط التي تحرم المتعاقد من حقه في مبلغ التأمين، وسعة انتشار هذه العقود والمبالغ المالية الكبيرة التي تترتب

^{١٢٧} - منصور حاتم محسن و إيمان طارق مكي ، مرجع سابق ، صفحة ١٨٩ .

^{١٢٨} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٨٣ .

^{١٢٩} - تنص الفقرة الثالثة من المادة (٧١٦) من القانون المدني السوري على أنه: " يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: ٣...- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطان أو السقوط" .

عليها، بالإضافة لكون هذا العقد من العقود النموذجية والمطبوعة، دفعت المشرع لاشتراط كتابة ووضوح شرط الإعفاء في عقود التأمين.^{١٣٠}

ونرى أنَّ العلة ذاتها متوفرة في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية، فهي واسعة الانتشار وقد يترتب على الخلل في تقديمها أضراراً مالية كبيرة، وكذلك تمس شريحة كبيرة من المشتركين وهي من العقود النموذجية والمطبوعة، وغالباً ما تحتوي على شروط تمس حقوق المشتركين بالتعويض، لذلك لا مانع من أن ينص المشرع على مثل هذه الشروط الواردة في عقد التأمين، أو أن ينصَّ على ضرورة توقيع المشترك إلى جانب الشرط، أو أن يفرض طريقة معينة لكتابة وبروز الشروط التعسفية بشكل عام وفي جميع العقود.

هذا، وما قد يقال بأنَّه لا حاجة لذلك نظراً لكون أغلب هذه العقود تعدُّ من عقود الإذعان، وسلطة القضاء كفيلة بحماية المشترك في هذه الحالة، نقول أنَّ عقد التأمين يعدُّ البعض أيضاً من عقود الإذعان،^{١٣١} ومع ذلك اشترط المشرع ضرورة بروز ووضوح الشروط المتعلقة بالبطان أو السقوط تحت طائلة بطلانها، ولم يترك الأمر لسلطة القضاء، وهذا ما يمكننا تسميته بمبدأ الوقاية التشريعية . فالمشرع في هذه الحالة تقاوى الأضرار التي قد تصيب المتعاقد من

^{١٣٠} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٨٦ وما بعدها .

^{١٣١} - ناصر متعب بنيه الخرينج ، مرجع سابق ، صفحة ٣٩ .

حيث عدم اطلاعه على الشرط أو عدم علمه به، وبالتالي تجنّب القضاء عدداً من الدعاوى المتعلقة بهذا الأمر.

ويرى البعض أنّ مثل هذا الشرط يصعب التمسك به، لأنّه يصعب على مزود الخدمة الإلكترونية في كثير من الأحوال إثبات أنّ المشترك قبل الشرط لاحتمالين: أولهما أنّ المشترك لم ير هذا الشرط، فلا يعدّ قابلاً له وفقاً لنظرية الإرادة الباطنة، والثاني أنّ المشترك قد رآه ولم يستطع الاعتراض عليه، لذا يعدّ شرط إذعان تعسفي، وللقاضي أن يبطله.^{١٣٢}

ولكن رغم صحة هذا الرأي، إلا أنّ شرط الإغفاء من المسؤولية يبقى ذا أثر كبير على المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية، لأنّه غالباً ما يكون الشرط مطبوعاً، وبالتالي ينفي الجهالة وعدم العلم به في الحالة الأولى، وقد لا يرى القاضي في عقد تزويد الخدمة الإلكترونية على أنّه عقد إذعان في الحالة الثانية، مما يدعو إلى توفير حماية للمشاركين من هذه الشروط عن طريق ظهورها وتمييزها عن باقي بنود العقد.

وأخيراً فإنّ المشرع السوري رغم تقريره لمبدأ ضرورة وضوح الشروط المتعلقة بالسقوط أو البطلان في عقود التأمين، إلا أنّه وفقاً للقواعد العامة يمكن إلغاء هذه الشروط أو تفسيرها لمصلحة المذعن إذا كانت

^{١٣٢} - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، صفحة ٥٥٦ .

تعسفيةً ضمن عقد إذعان ولو كانت مكتوبةً وظاهرةً لحماية الطرف الضعيف بالتعاقد، وهذا ما يمكن العمل به أيضاً عند اشتراط ظهور شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية، وذلك لتوفير حماية أكبر للمشاركين في الخدمة الإلكترونية.

ثانياً_ ضرورة إعلام المشترك بشرط الإعفاء :

يعدُّ هذا الشرط مكماً للشرط السابق، وهو نوع من الشكليات التي تستهدف إحاطة المتعاقد علماً بوجود الشرط . فظهور الشرط من خلال كتابته بشكل واضح ليست هي الغاية بحد ذاتها، وإنما هي الوسيلة التي تستهدف إيصال العلم بوجوده للطرف الآخر، وهذا العلم يمكن أن يتم بطريقة أفضل لو تمَّ النص على ضرورة إعلام المتعاقدين بوجود الشرط بأحد الوسائل، لأنَّ أفراد أحد المتعاقدين بصياغة شروط العقد، تتطلب أن يكون المتعاقد الآخر على علم بمضمونها.^{١٣٣}

لكن الصعوبة تثار في تحديد المقصود بالعلم، فهل يعدُّ التوقيع على وثيقة العقد قرينة على علم المشترك بما جاء فيها، لكون المعيار في ذلك هو معيار الشخص المعتاد، ولذلك فهو مكلف بالقراءة المتأنية لشروط العقد الذي يوقع عليه، أم أنَّ هذا العلم المفترض غير كافي،

^{١٣٣} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٨٤ .

والمقصود به هو العلم الحقيقي لمضمون هذه الشروط، أي بادرارك حقيقتها وماهيتها؟^{١٣٤}

نرى أنه لا يمكن الخروج عن القواعد العامة من حيث المبدأ، لأن توقيع المتعاقد على العقد يعدُّ أحياناً قرينةً لعلمه بمضمون ما جاء فيه من شروط أو بنود إذا لم تتسم صياغة العقد باستعمال وسائل احتيالية، والقول بخلاف ذلك يفتح المجال أمام الكثير من الإشكاليات، فكل متعاقد لا يريد تنفيذ أي من بنود العقد يتذرع بعدم علمه بها، الأمر الذي يؤدي إلى خلل في المعاملات وعدم الاستقرار، وهو ما يهدف القانون إلى تجنبه.

لكن وبما أنَّ شرط الإعفاء من المسؤولية يعدُّ خروجاً عن القواعد العامة في واجب التعويض عن عدم التنفيذ، فإنَّ ذلك يستوجب مراعاة المشرع لهذه الخصوصية والخروج عن المبدأ السابق لاعتبارات عملية، وهذا ما دعا بعض التشريعات لوضع أحكام تراعي هذه الخصوصية.

فقد نصت المادة (١٢٠) من قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤ على أنه: "يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على إعفاء أي منهما من المسؤولية أو الحد منها في الحالات التي يحددها العقد على أن لا يسري شرط الإعفاء أو الحد من المسؤولية إلا إذا أعطى

^{١٣٤} - منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٩٩ .

الطرف المستفيد إخطاراً كافياً للطرف الآخر بوجود الشرط قبل إبرام العقد ."

فلا يكفي إذن لإثبات العلم بشرط الإعفاء من المسؤولية في عقد تزويد الخدمة الإلكترونية وفق النص السابق في القانون السوداني أو وفق المبادئ العامة في القانون المدني السوري _ كمبدأ حسن النية _ أن يكون الشرط واضحاً في العقد، أو أن تتم الإحالة إليه في ملحق العقد، لأن ذلك لا يدلُّ بصورة قاطعة على علم المشترك به، فقد لا يعلم به إلا بعد إبرام العقد أو أثناء تنفيذه أو حتى بعد وقوع الضرر.^{١٣٥}

فحيث أنَّ شرط الإعفاء من المسؤولية يتضمن نزولاً من المشترك عن حقه في التعويض، فيجب أن يكون ذلك قاطعاً ومبنياً على علم يقين استناداً إلى مبدأ حسن النية الواجب توافره في العلاقات العقدية والذي يتطلب أن يقوم مزود الخدمة الإلكترونية بتنبيه المشترك معه بوجود شرط الإعفاء من المسؤولية لخطورته على حق المشترك في التعويض.^{١٣٦}

يتضح مما سبق أنَّه لسريان شرط الإعفاء من المسؤولية يجب أن يعطي الطرف المستفيد من الشرط وهو مزود الخدمة الإلكترونية إخطاراً كافياً للطرف الآخر المتمثل بالمشترك، وهذا الأمر يتفق مع المنطق والمجرى الطبيعي للأمور، فلا يمكن أن يقيد شخص بشرط

^{١٣٥} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٨٣ .

^{١٣٦} - ناصر متعب بنبيه الخرينج ، مرجع سابق ، صفحة ٥٧ وما بعدها.

دون أن يعلم بوجوده، فيجب العلم اليقيني بشرط الإعفاء من المسؤولية من قبل المشترك ولا يفترض هذا العلم.^{١٣٧}

ونرى أنه على الرغم من الفائدة المتحصلة من ضرورة إعلام المتعاقد بالشروط المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية أو إخطاره بها، وفق ما جاء في قانون المعاملات المدنية السوداني، إلا أن ذلك لا يخلو من معوقات عملية، فكثيراً ما يصعب إثبات حصول هذا الإعلام أو الإخطار طالما لم يفرض القانون شكلاً معيناً له، فإذا كان الإخطار شفوياً فإن ذلك يزيد من صعوبة الإثبات، أما إذا كان كتابياً فإنه قد يؤدي إلى زيادة الإجراءات في مرحلة إبرام العقد.

لذا ونظراً للصعوبات السابقة يتبين أن على المشرع السوري أن ينص بالإضافة إلى ظهور شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية وكتابته بشكل مميز عن باقي بنود العقد، أن يتم توقيع المشترك إلى جانب الشرط وعدم الاكتفاء بالتوقيع على وثيقة العقد جملة، وبهذا يكون مزود الخدمة الإلكترونية قد أوفى بواجب الإعلام المفروض عليه لضمان العلم اليقيني للمشارك معه بوجود شرط الإعفاء من المسؤولية، ويتوفر الحد الأدنى من الحماية للمشارك، بالإضافة إلى عدم تعقيد الإجراءات.

^{١٣٧} - ناصر متعب بنيه الخرينج، مرجع سابق، صفحة ٥٩ .

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لصحة شرط الإعفاء من المسؤولية.

قمنا بالفرع السابق بمحاولة وضع عدد من الشروط التي تهدف إلى صحة شرط الإعفاء من المسؤولية من حيث الشكل، كأن يكون الشرط مكتوباً وظاهراً بشكل مميز عن غيره من بنود العقد، وأن يتم إعلام المتعاقد بوجوده، وهذا كله يستهدف سلامة الرضا عند المتعاقد عن طريق اطلاعه وعلمه بوجود الشرط.

ولكن قد يحدث أحياناً أن يطلع المشترك على الشرط، إلا أنه قد لا يدرك مضمونه بسبب الصياغة الغامضة أو المركبة له، أو أن يكون الشرط مكتوباً بصياغة عامة تسمح في التوسع بتفسيره، الأمر الذي قد يخرج الشرط عن حدود ما ظنَّ المشترك أنه قد وافق عليه، ويؤدي إلى ذات النتيجة المترتبة عن عدم اطلاعه عليه.

لهذا قمنا بمحاولة وضع بعض الشروط التي تستهدف صحة شرط الإعفاء من المسؤولية من حيث الموضوع، لضمان الحماية الكافية للمشارك عند وجوده، وللعلم به وفهم مضمونه، بالإضافة إلى إيجاد بعض الحلول للإشكاليات التي قد يثيرها موضوع عدم وضوح الشرط، أو مخالفته لبعض القوانين التي تمنع وجوده، وأهم هذه الشروط هي:

أولاً- وضوح شرط الإعفاء:

يختلف وضوح شرط الإعفاء من المسؤولية عن ظهوره في أنّ الوضوح يجب أن يتجه إلى المعنى المقصود بالشرط، وليس إلى شكله الخارجي، فإذا كانت البنود التي تضمنت الإعفاء من المسؤولية غير واضحة أو مبهمة فإنّه يتعين الرجوع إلى الأصل العام الذي يقضي بوجوب تعويض المشترك عن الأضرار التي لحقت به من جراء إخلال المزود بأحد الالتزامات التي تنقل كاهله.^{١٣٨}

فالأصل هو مسؤولية مزود الخدمة الإلكترونية عن تنفيذ الالتزام، أو عن التعويض في حال تخلفه، والخروج عن هذا الأصل في حالة شرط الإعفاء من المسؤولية يعدّ استثناءً عليه، لذلك ينبغي عدم التوسع في تفسيره وفق المبادئ العامة في التفسير.^{١٣٩}

فالوضوح هو الدلالة القاطعة على المراد بالشرط، وهذه الدلالة يجب أن لا تحتل الغموض في مضمونها، وبالتالي لا تكون محلاً للتفسير. فيجب أن يكون شرط الإعفاء من المسؤولية مصاغاً بألفاظ سهلة ومتداولة، وبعيدة عن التعقيد، حتى يتثنى للمشارك فهم المقصود بها. لأنّ إلزام الطرف الضعيف بالشروط التي يفرضها الطرف القوي يستوجب علمه بها، وبغير ذلك لا يمكن القول أنّ إرادة المتعاقد قد انصرفت إلى الأخذ بها وعدّها جزءاً من مضمون العقد، ومسألة العلم

^{١٣٨} - نبيلة إسماعيل رسلان ، مرجع سابق ، صفحة ٣٣.

^{١٣٩} - ناصر متعب بنيه الخرينج ، مرجع سابق ، صفحة ٩١ .

بالشروط الأحادية التحرير كشرط الإعفاء من المسؤولية لا تكون ميسرة في كل الأحوال، فإذا كان يفترض علم المتعاقد بها متى ما كانت هذه الشروط واضحة بمضمونها وغير مسيئة إلى مركز المتعاقد بآثارها، وواردة في وثيقة العقد الأصلية ذاتها، فإنّ هذا العلم لا يفترض متى ما كانت هذه الشروط مصاغة بطريقة يصعب فهمها وإدراك مضمونها.^{١٤٠} كما أنّه غالباً ما يتم كتابة الشروط بمصطلحات قانونية معقدة وبصورة مختلفة عن المعتاد لا توحى في ظاهرها، بما تؤدي إليه من خلل في الالتزامات التعاقدية.^{١٤١}

والقانون يجب أن يتدخل في هذه الحالة لأنّ له وظيفة اجتماعية بالإضافة لدوره التنظيمي، فهو يهدف إلى حماية الفرد وتحقيق التوازن بين المصالح المختلفة.^{١٤٢} فكما أنّه يسعى من خلال بعض أحكامه لحماية الطرف الضعيف اقتصادياً كما في عقود الإذعان، فإنّه يسعى أيضاً لحماية الطرف الضعيف قانونياً من خلال التدخل ببعض العقود

^{١٤٠} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٨٤ .

^{١٤١} - المرجع السابق ، صفحة ٣٨٣ .

^{١٤٢} - محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة،

لعام ١٩٧٨، صفحة ٢٢٦ .

لحماية الطرف الضعيف قانونياً،^{١٤٣} كحالة إبطال العقد لعيوب الإرادة.^{١٤٤}

وعليه فإن الحرية التعاقدية مقيدة باحترام القانون والمبادئ التي يقوم عليها، وأهمها في مجال العقود، مبدأ حسن النية في انعقاد العقد وفي تنفيذه.^{١٤٥} فمبدأ حسن النية يقضي بأن تكون عبارات العقد بشكل عام _ والمتعلق منها بشرط الإعفاء من المسؤولية بشكل خاص _ واضحة وتعبّر عن حقيقة المقصود بها، دون أن تحمل في طياتها معان يصعب فهمها، حتى يمكن الاحتجاج بها على المتعاقد الآخر.

لذا، عندما يكون العقد محرراً من قبل أحد المتعاقدين، كالعقد النموذجي الذي ينفرد مزود الخدمة الإلكترونية بصياغته، يجب أن تكون صياغته واضحة وسهلة الفهم وخاصة ما يتعلق منها بشرط الإعفاء من المسؤولية، فإذا ما سلمنا بضرورة وجود شرط الإعفاء من المسؤولية تماشياً مع المبدأ القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين، فلا بد أن يكون ذلك متوافقاً مع المبادئ القانونية العامة.

^{١٤٣} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٨٨ .

^{١٤٤} - يتدخل المشرع في العقد في حالة الغبن الاستغلالي لحماية المتعاقد من ضعف مركزه القانوني المتمثل بضعف إرادته وعدم تنبئه لما هو مقدم عليه وليس لضعف مركزه الاقتصادي، وبالتالي فإن المشرع أجاز له طلب إبطال العقد ليتدارك هذا الأمر، نص المادة (١٣٠) من القانون المدني السوري .

^{١٤٥} - المادة (١٤٩) من القانون المدني السوري .

فإذا كانت بعض عبارات عقد تزويد الخدمة الإلكترونية غامضة وخصوصاً ما يتعلق منها بشرط الإعفاء من المسؤولية، فيجب على القاضي البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، أي عن الإرادة الباطنة دون الوقوف عند المعنى الحرفي،^{١٤٦} وذلك عن طريق استخدام القاضي لقواعد التفسير الذاتية التي تهدف إلى إزالة الغموض والوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين.^{١٤٧} أمّا إذا لم يستطع القاضي التوصل إلى الإرادة المشتركة، فحينها يلجأ إلى قواعد التفسير الموضوعية.^{١٤٨}

^{١٤٦} - ذكرى محمد حسين ونصير صبار، الحماية المدنية من الشروط المألوفة في العقود التجارية، بحث علمي منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية في جامعة بابل، المجلد الأول، العدد الأول، العراق، لعام ٢٠٠٩، صفحة ١٠١ منشور على الرابط الإلكتروني التالي: تاريخ آخر زيارة الساعة ٤م ٢٠١٦/٦/٧ .

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=37004>

^{١٤٧} - تنص المادة (١٥١) من القانون المدني السوري في الفقرة الثانية منها على: " أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات " .

^{١٤٨} - إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية غامضاً ولم يستطع القاضي تفسيره وفقاً لقواعد التفسير الذاتية فإنه يلجأ لقواعد التفسير الموضوعية التي تقوم على الضرورة وليس على البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، كقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين والشك في عقود الإذعان يفسر لمصلحة المذعن دائن كان أم مدين. راجع حول ذلك: محمد وحيد الدين سوار، المصادر الإرادية، مرجع سابق، صفحة ٣١١ .

ثانياً_ عدم مخالفة الشرط لنصوص قانونية خاصة:

ذكرنا أنَّ العقد شريعة المتعاقدين، وهذا المبدأ يركز على جواز اتفاق المتعاقدين على تحديد نطاق العقد ومضمونه، وعلى تضمينه ما يشاؤون من الشروط، شرط أن لا تتعارض هذه الأمور جميعها مع النصوص القانونية الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة، وإلا عُدَّ كل اتفاق يخالفها باطلاً.^{١٤٩} فيشترط لصحة شرط الإعفاء من المسؤولية بالإضافة إلى ما سبق ذكره، أن لا يكون القانون قد منع الاتفاق على مثل هذا الشرط وللقاضي سلطة واسعة في تقدير مشروعية هذه الشروط ومدى مطابقتها لأحكام القانون.^{١٥٠}

فإذا كان القانون لم يفرض من حيث المبدأ أيَّ قيد قانوني على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم للمدين، إلا أنَّه قد يُمنع مثل هذا الاتفاق في بعض القوانين،^{١٥١} كقانون حماية المستهلك السوري الذي نصَّ في المادة (٤٧) منه على: " يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون

^{١٤٩} - ذكرى محمد حسين ونصير صبار ، مرجع سابق ، صفحة ٩٠ .

^{١٥٠} - أروى نقوى، المسؤولية المدنية في مجال الاتصال الإلكتروني، مرجع سابق، صفحة ٢٨٨.

^{١٥١} - ومن الأمثلة على ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (١٤٦) من قانون التجارة السوري بأنَّه: " يعتبر باطلاً كل شرط يتضمن إبراء الناقل كلياً من المسؤولية عن هلاك البضاعة أو فقدها أو تعييبها أو تأخير تسليمها أو تحويل عبء الإثبات عنه أو مخالفة قواعد الاختصاص " .

باستثناء العقود التي يكون القطاع العام طرفاً فيها فتعرض على المجلس للنظر بإمكانية تطبيق أحكام هذا القانون عليها " .

وأهم هذه الالتزامات ما جاء في المادة (٦) من القانون السابق، والتي تقضي بوجوب التعويض عن الأضرار الشخصية التي تصيب المستهلك.^{١٥٢} وأيضاً ما جاء في الفقرة (ب) من المادة الثانية من ذات القانون والمتعلقة بضمان وسلامة وصحة المنتج أو الخدمة عند استعمالها. وبالتالي فإنّه إذا توافرت صفة المستهلك في المشترك بالخدمة الإلكترونية، فإنّه يمتنع على المزود اشتراط إعفاؤه من المسؤولية.

ولكن يثار التساؤل حول إمكانية تطبيق قانون حماية المستهلك على المشتركين في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية، وبالتالي شمولهم بأحكامه، وخاصة ما تعلق منها بالمنع الوارد في المادة (٤٧) السابقة. وللإجابة على ذلك لابدّ من تحديد المقصود بالمستهلك من خلال عرض ما يلي:^{١٥٣}

^{١٥٢} - تنص المادة (٦) من قانون حماية المستهلك السوري على: "في حال وقوع أضرار شخصية على المستهلك من جراء شراء أو استخدام منتج يتحمل المنتج أو مقدم الخدمة المسؤولية ويتم التعويض عليه أو إعادته أو استبداله أو استرداد المبالغ التي دفعها لقاء المنتج أو الخدمة المقدمة له وفق تعليمات تصدر لهذه الغاية عن الوزارة المختصة " .

^{١٥٣} - راجع حول الاتجاهات الفقهية والتشريعية لتعريف المستهلك: ذكرى محمد حسين ونصير صبار، مرجع سابق ، صفحة ١٠٨ وما بعدها .

يُعرَّف المستهلك في المادة الأولى من قانون حماية المستهلك السوري بأنَّه: " كل شخص طبيعي أو اعتباري يشتري سلعاً استهلاكية بأنواعها المختلفة الزراعية والصناعية بهدف التغذية أو لاستخدامها للأغراض الشخصية أو المنزلية أو الذي يستفيد من أية خدمة سواء المقدمة من فرد أو من مجموعة أفراد أو من شخص اعتباري وفي مختلف المجالات المنصوص عليها في هذا القانون ."

ويُعرَّف المُنتَج في ذات المادة بأنَّه: " كل منتج صناعي أو زراعي أو حرفي أو مهني أو خدمي بما في ذلك المواد الأولية المكونة للمادة المصنعة ونصف المصنعة أو الخدمة المقدمة من قبل أية جهة خدمية ."

وأخيراً يُعرَّف المستهلك في قانون المعاملات الإلكترونية السوري في المادة الأولى منه، بأنَّه: " أي شخص يشتري أو يستأجر سلعة أو يستفيد من خدمة، بوسائل إلكترونية، وذلك لأغراض لا تدخل في نشاطه الاقتصادي الاحترافي ."

ويتطابق هذه التعاريف على المشتركين في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية يتبين ما يلي:^{١٥٤}

١- من خلال تعريف المستهلك في قانون حماية المستهلك بأنَّه من يستفيد من أية خدمة دون تحديد لنوع هذه الخدمة،^{١٥٥} وأيضاً ما جاء

^{١٥٤}- راجع حول شروط اكتساب صفة المستهلك: ذكرى محمد حسين ونصير صبار، مرجع سابق ،

في قانون المعاملات الإلكترونية بأنه من يستفيد من خدمة بشكل إلكتروني، يتبين انطباق ذلك على المشتركين في الخدمة الإلكترونية، فهم يتلقون خدمة من المزود تتعلق بالاتصال بالشبكة الإلكترونية، وبالتالي شمولهم بالتعريفين السابقين .

٢- رأينا في تعريف المُنتَج بأنه يشمل الخدمات بشكل عام دون تحديد، وبالتالي شمول الخدمة الإلكترونية في هذا التعريف أيضاً، بالإضافة إلى أنَّ المادة (٥٢) من قانون حماية المستهلك السوري نصت على: " تحدد السلع والمنتجات المشمولة بأحكام هذا القانون بقرار يصدر عن رئيس مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير " . وقد صدر القرار رقم ٥٩ م.و بتاريخ ٢٠٠٨/٦/٢٤، الذي حدد السلع والمنتجات المشار إليها في المادة (٥٢) السابقة، ومنها ما هو متعلق بخدمات الاتصالات، كخدمات الهاتف الثابت والمحمول والإنترنت...إلخ. وبالتالي شمول الخدمة الإلكترونية (الإنترنت) بأحكام قانون حماية المستهلك السوري.

مما سبق نستنتج أنه مادام محل عقد تزويد الخدمة الإلكترونية هو تقديم خدمات للمشاركين، الأمر الذي ينطبق عليه تعريف المُنتَج الوارد في قانون حماية المستهلك السوري، ومادام أنَّ المشاركين المستفيدين

^{١٥٥} - لم يذكر في قانون حماية المستهلك السوري الخدمات المشمولة بهذا القانون، وإنما نصَّ في

المادة (٥٢) منه على: " تحدد السلع والمنتجات المشمولة بأحكام هذا القانون بقرار يصدر عن

رئيس مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير " .

من هذه الخدمة ينطبق عليهم تعريف المستهلك وفق ما سبق، فإنّه ينطبق وصف المستهلك على المشتركين بعقود تزويد الخدمة الإلكترونية، وبالتالي شمولهم بأحكام قانون حماية المستهلك السوري والالتزامات التي جاءت فيه.^{١٥٦}

وأخيراً لابدّ من الإشارة إلى أنّ تعريف المستهلك الوارد في قانون المعاملات الإلكترونية السوري هو الذي ينطبق صراحة على المشتركين بعقود تزويد الخدمة الإلكترونية، إلا أنّ هذا القانون لم ينص صراحة على عدم جواز اشتراط الإعفاء من المسؤولية عن عدم سلامة أو صحة الخدمة المقدمة، إلا أنّه أحال في المادة (٢٤) منه كل ما لم يرد عليه نص فيه، إلى عدة قوانين ومنها قانون حماية المستهلك، وبالتالي رغم عمومية قانون حماية المستهلك وعدم ذكره صراحة للمشاركين في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية إلا أننا نرجح شموله لهم وفق هذه الإحالة.

ثالثاً- عدم مخالفة الشرط للالتزام الجوهري في العقد:

رأينا أنّ شرط الإعفاء من المسؤولية يختلف عن الإعفاء من الالتزام في أنّ الأول لا يتعرض للالتزامات الناشئة عن العقد، بل للمسؤولية الناجمة عن الإخلال بإحداها دون غش أو خطأ جسيم . وبالتالي فإنّ شرط الإعفاء من المسؤولية يجب ألا يخالف أي من الالتزامات

^{١٥٦} - أروى نقوى، المسؤولية المدنية في مجال الاتصال الإلكتروني، مرجع سابق، صفحة ٦٠ .

العقدية، وإلا تحول لنوع من الاتفاق على تحديد الالتزامات، وهذا الاتفاق بدوره جائز إذا تعلق بالالتزامات ثانوية في العقد، أو عُدَّ باطلاً إذا تعلق بالالتزامات رئيسية فيه، لتعلق وجود الالتزام حينها على مشيئة المشتري، فمثلاً لا يصح لمزود الخدمة الإلكترونية اشتراط عدم مسؤوليته عن امتناعه عن تقديم الخدمة الإلكترونية، لأنَّ تقديم الخدمة الإلكترونية هي الالتزام الرئيسي بالنسبة له، وبالتالي فإنَّ مثل هذا الشرط يعدُّ مخالفاً للالتزامات الجوهرية في العقد، وهو باطل.^{١٥٧}

بعد أن قمنا بتحديد المقصود بمزودي الخدمات الإلكترونية ومسؤوليتهم، وعرضنا للطبيعة القانونية لعقد تزويد الخدمة الإلكترونية وخصائصه، وبحثنا في شرط الإعفاء من المسؤولية ومبررات انتشاره في العقود الإلكترونية وشروط صحته، ننتقل لدراسة أشكال شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وللبحث في أثر هذا الشرط على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية وعلى سلطة القضاء في الفصل الآتي.

^{١٥٧} - محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مرجع سابق، صفحة

الفصل الثاني: أشكال شرط الإعفاء من المسؤولية وآثاره

رأينا أنَّ مزود الخدمة هو المسؤول عن توصيل الخدمة الإلكترونية للمشاركين بموجب عقد تزويد الخدمة الإلكترونية، وتتحقق مسؤوليته العقدية عند عدم قيامه بذلك. ورأينا أنَّ شرط الإعفاء من المسؤولية يعدُّ من الشروط الواسعة الانتشار في مثل هذه العقود للمبررات التي سقناها سابقاً، وبالتالي فإنَّ مزود الخدمة الإلكترونية يعدُّ مسؤولاً عن تنفيذ التزاماته بشكل شخصي أو عن طريق عماله أو آتاه، ويأخذ شرط الإعفاء من المسؤولية عدة أشكال تبعاً لذلك.

وأيضاً فإنَّ وجود شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد تزويد الخدمة الإلكترونية وتحقق شروط صحته أو تخلف إحداها فإنَّه يترتب أثره على هذا العقد بإعفاء مزود الخدمة من المسؤولية إذا كان صحيحاً بخلاف ذلك إذا كان الشرط باطلاً.

لهذا سنبحث في أشكال شرط الإعفاء من المسؤولية في المبحث الأول، ثمَّ ننتقل للبحث في أثر صحة وبطلان هذا الشرط على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية وسلطة القضاء اتجاهه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

[^,^]

المبحث الأول: أشكال الإعفاء من المسؤولية في عقود الخدمة الإلكترونية

ذكرنا أن مزود الخدمة الإلكترونية هو الملتزم بموجب عقد تزويد الخدمة الإلكترونية بتوفير الخدمة الإلكترونية بالشكل والشروط المتفق عليها، وتحقق مسؤوليته عند عدم قيامه بذلك، أو بتقصيره في تنفيذه لهذه الالتزامات، وهذه المسؤولية تحقق سواءً أكان عدم التنفيذ نتيجة لخطئه الشخصي، أو بسبب الأشياء التي يستعملها، أو الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذه لالتزاماته.

وتبعاً لذلك فإن شرط الإعفاء من المسؤولية قد يأخذ صورة الإعفاء من الأخطاء الشخصية التي يرتكبها المزود، أو الأخطاء الناجمة عن عمل الآلات، أو عن فعل الأشخاص الذين يستخدمهم في عمله.

لهذا سندرس مدى صحة الإعفاء من المسؤولية الشخصية للمزود في المطلب الأول، ثم مسألة الإعفاء من المسؤولية العقدية المترتبة عن فعل الأشياء والغير في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: الإعفاء من المسؤولية الشخصية للمزود

نصّت الفقرة الثانية من المادة (٢١٨) من القانون المدني السوري على أنّه: "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم"، ويلاحظ من هذا النص أنّه بعد ما أجاز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية، أنّه أبطل الاتفاق على الإعفاء منها في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم. فالقاعدة التي جاءت في هذه الفقرة، هي جواز الإعفاء من المسؤولية الشخصية للمتعاقد، والاستثناء هو عدم جواز هذا الإعفاء في حالتي الغش والخطأ الجسيم.

لهذا سنبحث في الآراء الفقهية حول هذه القاعدة، ومدى جواز الإعفاء من المسؤولية الشخصية للمزود في الفرع الأول، ثمّ في بطلان الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الشخصية في حالتي الغش والخطأ الجسيم في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: جواز الإعفاء من المسؤولية الشخصية للمزود

تذهب أغلب التشريعات العربية إلى إجازة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الشخصية للمتعاقد،^{١٥٨} إلا أنَّ ذلك لم يمنع وجود بعض الآراء الفقهية التي تميل إلى الحد من انتشار هذه الشروط أو إلى التضيق منها، وفيما يلي عرض لأهمها.

أولاً- المؤيدون لشرط الإعفاء :

يذهب غالبية الفقه العربي _ من حيث المبدأ _ إلى جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، ويبررون ذلك استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة.^{١٥٩} فلمَّا كانت المسؤولية منشأها العقد، وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين، فإنَّ الإرادة الحرة إذن هي أساس المسؤولية العقدية، وبالتالي لها أن تعدلها في حدود القانون والنظام العام.^{١٦٠}

فأنصار مبدأ سلطان الإرادة يرون أنه لما كان الفرد يعيش في المجتمع، ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة،

^{١٥٨} -المادة (٢١٧) من القانون المدني المصري، والمادة (١٢٠) من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٣٩) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

^{١٥٩} - راجع حول هذه الآراء: دمانة محمد ، مرجع سابق ، صفحة ٢٤٣ .

^{١٦٠} - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، صفحة ٥٥٠ . وراجع أيضاً: محمد وحيد الدين سوار ،

فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً.^{١٦١} وعليه فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يمثل تجسيدا لهذه الإرادة، ومن ناحية أخرى فإن للمتعاقد أن يرفض مثل هذا الشرط تعبيراً عن حرية إرادته أيضاً .

ويؤخذ على ذلك، أن مبدأ سلطان الإرادة لم يعد مبدأ مقدساً في عصرنا الحالي، وإنما أصبح مبدأ تحدده قيود تستلزمها العدالة الاجتماعية، والتي تنادي بتحقيق نوع من المساواة بين الالتزامات المتقابلة، وإحلال هذه المساواة محل العدالة التي ترمي إلى تحقيق أقصى ما يمكن من فائدة لأحد المتعاقدين.^{١٦٢}

وأيضاً فإن القانون المدني السوري ذاته بعد أن أقرَّ المبدأ العام في جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية، بدأ يضيق من نطاق استعمال هذه الشروط في بعض القوانين الخاصة. حيث نصَّ في قانون التجارة السوري على بطلان اشتراط الناقل إعفاءه من المسؤولية المترتبة عن هلاك البضاعة أو التأخر في تسليمها... إلخ،^{١٦٣} وأيضاً نصَّ في قانون حماية المستهلك، على بطلان الاتفاق الذي يقضي

^{١٦١} - راجع حول مبدأ سلطان الإرادة ، عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، صفحة ١٢٠ .

^{١٦٢} - نبيلة إسماعيل رسلان ، مرجع سابق ، هامش (١) صفحة ١٣ .

^{١٦٣} - تنص المادة (١٤٦) من قانون التجارة السوري رقم (٣٣) لعام ٢٠٠٧ على: " يعتبر باطلاً كل شرط يتضمن إبراء الناقل كلياً من المسؤولية عن هلاك البضاعة أو فقدانها أو تعييبها أو تأخير تسليمها أو تحويل عبء الإثبات عنه أو مخالفة قواعد الاختصاص ."

بالإعفاء من الالتزامات الواردة في هذا القانون،^{١٦٤} وأهم هذه الالتزامات ما جاء في المادة (٦) من ذات القانون والتي تقضي بوجوب التعويض عن الأضرار الشخصية التي تصيب المستهلك .^{١٦٥}

فالقوانين الوضعية _ ومنها القانون السوري _ بعد أن كرست مبدأ سلطان الإرادة في نصوصها القانونية، أخذت تميل إلى التضييق من استعمالها لمبررات أهمها، تحقيق نوع من العدالة الاجتماعية في العقد وعدم تمكين الطرف الأقوى اقتصادياً من التحكم بشروط العقد.

هذا ورغم استناد المؤيدين لشرط الإعفاء من المسؤولية إلى أن سلطة القضاء اتجاه الشروط التعسفية في عقود الإذعان هي الضمانة لحماية المضرور من هذه الشروط وللد منها، نرى أن وصف العقد على أنه عقد إذعان يخضع لتكييف القاضي،^{١٦٦} وبالتالي قد لا يرى

^{١٦٤} - تنص المادة (٤٧) من قانون حماية المستهلك السوري رقم (٢) لعام ٢٠٠٨ على: " يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون باستثناء العقود التي يكون القطاع العام طرفاً فيها فتعرض على المجلس للنظر بإمكانية تطبيق أحكام هذا القانون عليها" .

^{١٦٥} - تنص المادة (٦) من قانون حماية المستهلك السوري على: " في حال وقوع أضرار شخصية على المستهلك من جراء شراء أو استخدام منتج يتحمل المنتج أو مقدم الخدمة المسؤولية ويتم التعويض عليه أو إعادته أو استبداله أو استرداد المبالغ التي دفعها لقاء المنتج أو الخدمة المقدمة له وفق تعليمات تصدر لهذه الغاية عن الوزارة المختصة " .

^{١٦٦} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٨٧ .

القاضي في العقد على أنه عقد إذعان، مما يحرم المضرور من هذه الحماية.^{١٦٧}

فهذه الشروط تؤدي غالباً إلى عدم التوازن في العلاقة العقدية، والإرادة وإن كانت هي أساس المسؤولية العقدية، إلا أنها في الحقيقة تكون ضعيفة، فكثير من العقود التي تبرم في عصر التكنولوجيا، ومنها عقد تزويد الخدمة الإلكترونية، تفقر لهذا الجانب الإرادي، وهذه العقود تبرم دون أن يطلع الفرد على محتواها، كما أنه وإن اطلع على محتواها يكون مضطراً لإبرام تلك العقود.

وأخيراً فإن ما استند عليه أنصار هذا الاتجاه بأنه يجوز للمشارك رفض هذا التعاقد، أو التعاقد مع مزود خدمات آخر، يردُّ عليه بأن تلك الشروط تتكرر في معظم هذه العقود، وأنه وإن كان الشخص يستطيع رفض التعاقد، إلا أن رفضه لن يفده في شيء، فسيضطر في نهاية الأمر إلى إجراء هذه العقود بالشروط المدرجة.

ثانياً- المعارضون لشرط الإعفاء :

يتجه بعض الفقه إلى رفض الشروط المعفية من المسؤولية، وذلك عبر محاولتهم التضييق من نطاقها، لأن هذه الشروط تعبر عن انتقاء الحرية التعاقدية. فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة هو المسيطر على نظرية العقد، فإن من تطبيقاته قاعدة الرضائية، وهي تأكيد لهذا

^{١٦٧} - دمانة محمد ، مرجع سابق ، صفحة ٢٤٣ .

المبدأ،^{١٦٨} وبالتالي فإن الرضا في العقود المتضمنة لشروط الإعفاء من المسؤولية غالباً ما يكون ضعيفاً، فإما أن يكون المشترك عندما يقبل هذه الشروط غير منتبه لها، أو في موقف المذعن المجرى على القبول بها،^{١٦٩} ويشكل ذلك الأمر إخلالاً بالمبدأ السابق.

كما أن القبول بشرط الإعفاء من المسؤولية بشكل واسع يمس بالعدالة الاجتماعية للعقد، عن طريق عدم المساواة بالالتزامات المتقابلة.^{١٧٠}

كما يرون أن هذه الشروط تعطي للمزود سلطة مطلقة بين تنفيذ التزاماته وعدم تنفيذها، فيصبح تنفيذ الالتزام اختياريًا، وبهذا يمكن للمزود أن يكون مهملاً، بل ويمكنه أن يمتنع عن التنفيذ متمسكاً بمبررات مختلفة ومطمئناً إلى عدم مسؤوليته.^{١٧١} كما أن مثل هذا الاتفاق يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم.

ونرى أنه رغم صحة ما ذهب إليه المعارضون لشروط الإعفاء من المسؤولية في أن المشترك عندما يقبل هذا الشرط غالباً ما يكون غير

^{١٦٨} - نبيلة إسماعيل رسلان ، مرجع سابق، صفحة ١٣.

^{١٦٩} - راجع حول محاسن ومخاطر شروط الإعفاء ، وحيد الدين سوار ، مصادر الالتزام الإرادية ، مرجع سابق ، صفحة ٣٩٦ .

^{١٧٠} - نبيلة إسماعيل رسلان ، مرجع سابق، هامش الصفحة ١٣ .

يقصد بالعدالة الاجتماعية للعقد: تحقيق التوازن القانوني بين طرفيه ، دون أن يصل ذلك للتوازن الاقتصادي والذي يعود لمطلق حرية المتعاقدين ، راجع في ذلك: محمد وحيد الدين سوار ، مصادر الالتزام الإرادية ، مرجع سابق ، صفحة ١٧٧ .

^{١٧١} - ناصر متعب بنهي الخرينج ، مرجع سابق ، صفحة ٥٥ .

منتبه له أو أنه مضطر للتعاقد، إلا أنهم بالغوا بالقول بأن شرط الإعفاء من المسؤولية يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزام بسبب اطمئنان المزود لعدم مسؤوليته، فشرط الإعفاء من المسؤولية وإن كان يؤدي أحياناً إلى تراخي المدين في تنفيذ العقد، إلا أن ذلك يجب ألا يصل إلى درجة عدم تنفيذ الالتزام، لأن ذلك الأمر يعني ارتكاب المزود غشاً في جانبه إذا قصد ذلك، أو يكون التراخي قد وصل لدرجة الخطأ الجسيم، وهو ما منع القانون الإعفاء منه.^{١٧٢}

فالإعفاء من المسؤولية يمثل خروجاً عن القاعدة العامة التي نصَّ عليها القانون المدني السوري في المادة (٢١٦) والتي جاء فيها: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " .

فمادام الشخص ملتزم فعليه تنفيذ التزامه عيناً أو بمقابل عن طريق التعويض، والاتفاق على الإعفاء من المسؤولية يعني أن المدين يبقى ملتزماً بالتنفيذ إلا أنه غير مسؤول عن عدم التنفيذ، وهذا الأمر يحمل معه تساؤلاً، فكيف يكون المدين مسؤولاً عن التنفيذ، فيما لا يكون مسؤولاً عن المسؤولية الناجمة عن عدم التنفيذ؟^{١٧٣}

^{١٧٢} - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، صفحة ٥٥١ .

^{١٧٣} - ناصر متعب بنيه الخرينج ، مرجع سابق ، صفحة ٥٤ .

وأخيراً فإنَّ شرط الإغفاء من المسؤولية رغم أنَّه يحرم المضرور من أي تعويض، إلا أنَّ القانون أجاز ذلك تحت عنوان سلطان الإرادة، في حين أنَّ الإرادة ذاتها قد تتفق على مقدار معين من التعويض وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي، ولكنَّ القانون منح القاضي سلطة تخفيض التعويض إذا كان مبالغاً فيه لدرجة كبيرة حرصاً على عدم الإضرار بالمدين، وهذه السلطة من النظام العام،^{١٧٤} ولم يميّز بين ما إذا كان العقد قد تمَّ بطريق الإذعان، أم، لا .

فالقانون تدخل في حالة التعويض الاتفاقي لمصلحة أحد طرفي العلاقة العقدية رغم وجود مبدأ سلطان الإرادة، ولم يخضع ذلك لمطلق الحرية التعاقدية، وذلك لإعادة التوازن إلى العقد،^{١٧٥} في حين أنه لم يسمح بالمساس بشرط الإغفاء إلا في حالة الإذعان. وبما أنَّ شروط عقد الإذعان تخضع لتكييف القاضي، فإنَّ فئة معينة من العقود قد تكيّف على أنها عقود إذعان في دعوى وليست إذعناً في دعوى أخرى، طبقاً لرؤية المحكمة، الأمر الذي قد تختلف معه الأحكام القضائية في ذات الموضوع.^{١٧٦}

^{١٧٤} - نص المادة (٢٢٥) من القانون المدني السوري . راجع حول سلطة القضاء في حالة التعويض الاتفاقي: طارق محمد مطلق أبو ليلي، مرجع سابق ، صفحة ٧٦ .

^{١٧٥} -حازم ظاهر عرسان صالح ، مرجع سابق ، صفحة ١٢٣ .

^{١٧٦} - راجع حول الاتجاه الحديث لعقود الإذعان: منصور حاتم محسن و إيمان طارق مكي، مرجع سابق، صفحة ٢٠٣ .

الفرع الثاني: عدم جواز الإعفاء في حالتي الغش والخطأ الجسيم

ذكرنا أنَّ صحة شروط الإعفاء من المسؤولية الشخصية للمتعاقد مقيدة بأن لا تكون المسؤولية قد وقعت نتيجة لغش أو خطأ جسيم صدر من المسؤول. فالمشرع ذهب إلى عدم صحة شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في هذه الحالة لدوافع اجتماعية أهمها: أنَّ قبول مثل هذه الشروط معناه تشجيع المدين على الإهمال واللامبالاة وعلى ارتكاب الغش كوسيلة للتهرب من التزاماته دون خشية من جزاء، فمادام أنَّه مطمئن لعدم مسؤوليته حتى العمدية منها، فإنَّه يكون في موقف متفوق ليس اقتصادياً وحسب، وإنَّما من الناحية القانونية أيضاً، وهذا ما يهدف القانون إلى تجنبه.^{١٧٧}

وأيضاً فإنَّ عدم مسؤولية المزود عن غشه في تنفيذه لالتزاماته، يجعل الالتزام معلقاً على شرط إرادي محض متعلق بإرادة المدين وحده، وهو ما يجعل العقد باطلاً.^{١٧٨} ومن ناحية أخرى فإنَّ الغش والخطأ الجسيم

^{١٧٧} - تعد العدالة الاجتماعية والمساواة القانونية بين طرفي العلاقة العقدية الهدف الأول من وراء وجود القانون، فإن كان القانون قد تأثر بمبدأ سلطان الإرادة والحرية الفردية للمتعاقد، إلا أنَّ ذلك كان لأسباب أهمها اقتصادية، لكن ذلك لم يخرج القانون عن هدفه في تحقيق أكبر قدر من المساواة القانونية بين الأفراد بهدف تحقيق العدالة الاجتماعية والتي تعد من أهم الأسس التي تستند إليها فكرة النظام العام. راجع حول تطبيقات النظام العام في نطاق القانون الخاص، عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام - دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، لعام ١٩٧١، صفحة ٢٩٦.

^{١٧٨} - محمد وحيد الدين سوار، مصادر الالتزام الإرادية، مرجع سابق، صفحة ٣٩٧.

في التصرفات القانونية يخالف مبدأ حسن النية الواجب اتباعه في تكوين العقد وفي تنفيذه.

فالمشرع عندما نص في المادة (١٤٩) من القانون المدني السوري على واجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع مبدأ حسن النية، فإنّه أراد من ذلك استبعاد سوء النية من دائرة العلاقة العقدية، والمتمثل في الغش أو في الإهمال الموصوف بالخطأ الجسيم في تنفيذ العقد، وفي ما يلي عرض للمقصود بكل منهما.

أولاً - الغش في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية:

يراد بالغش خطأ المتعاقد العمدي، وهو ما قد يطلق عليه أحياناً بسوء النية. والغش في مجال العقود الإلكترونية يتسع نطاقه بشكل عام، كعقود البيع على الشبكة أو عقود تحويل الأموال الإلكترونية أو عقود شراء البرامج، وهو ما يسمى بالاحتيال الإلكتروني أو الغش التجاري الإلكتروني.^{١٧٩} ويُعرّف الغش التجاري في المجتمع الإلكتروني بأنّه: " كل فعل أو ممارسة غير أخلاقية يمكن أن تسبب أو تلحق خسارة بالطرف الآخر المتعاقد معه".^{١٨٠} ويؤخذ على هذا التعريف أنّه أغفل ذكر الوسيلة التي يرتكب بها الغش وهي الوسيلة الإلكترونية، وهي التي تميّزه عن الغش في العقود التقليدية.

^{١٧٩} - أمير فرج يوسف، عالمية التجارة الإلكترونية وعقودها (أساليب مكافحة الغش التجاري

الإلكتروني)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية- مصر، لعام ٢٠٠٩، صفحة ٣٢٥.

^{١٨٠} - المرجع السابق، صفحة ٣٢٨.

ويرى البعض أنَّه يشترط في الغش أن يحمل معه قصد المزود الإضرار بالمشارك عن طريق تعمد عدم التنفيذ،^{١٨١} بينما يرى آخرون أنَّ الغش في إطار عقود تزويد الخدمة الالكترونية يراد به عدم استقامة المزود الذي يحاول عمداً الإخلال بالتزاماته، وليس قصد الإضرار بالمشارك.^{١٨٢} فالغش يتحقق في الالتزامات العقدية سواء أراد المزود التهرب من هذه الالتزامات، أم قصد بالإضافة إلى ذلك الإضرار بالمشاركين، فهو يتحقق بمجرد تعمد مزود الخدمة الالكترونية عدم تنفيذ التزاماته.^{١٨٣}

ونحن مع الرأي الأخير، لأنَّ قصد المزود إلحاق الضرر بالمشاركين هو أمر مرتبط بالإرادة الباطنية، وهو أمر يصعب إثباته في مجال عقود الخدمات الالكترونية، أمَّا قصد عدم التنفيذ وإن كان يرتبط بالإرادة أيضاً، إلا أنَّه يمكن الاستدلال عليه من جسامه الخطأ بمعيار موضوعي، يستند إلى جسامه الخطأ، وليس إلى نية المتعاقدين.^{١٨٤}

^{١٨١} - وليد حكم أحمد مهنا، فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية

_دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة مؤتة، الأردن، لعام ٢٠٠٦، صفحة ٨.

^{١٨٢} - محمد وحيد الدين سوار، مصادر الالتزام الإرادية، مرجع سابق، صفحة ٣٧٧.

^{١٨٣} - محمد وحيد الدين سوار، مصادر الالتزام غير الإرادية، مرجع سابق، صفحة ٥٩.

^{١٨٤} - تنص الفقرة الثانية من المادة (٤١٣) من القانون المدني السوري على: "ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي". والظاهر من هذه المادة أنَّ المشرع أبطل شرط الإعفاء من الضمان في حالة غش المدين والمتمثل في تعمد إخفاء حق الأجنبي، ورغم أنَّ ذلك يستلزم بالضرورة حدوث الضرر للمتعاقد، إلا أنَّ المشرع لم يشترط ذلك واكتفى باشتراط العمد لدى المدين والذي يمكن إثباته من فعل المدين نفسه قياساً على فعل البائع

وكما قال أحد الفقهاء: "فالركن الأساسي في العقد هو إذن التعبير عن الإرادة لا الإرادة نفسها".^{١٨٥}

أمّا فيما يتعلق بعمل مزود الخدمة الإلكترونية، فإنّ الالتزام الرئيسي له يكمن في تقديم الخدمة الإلكترونية بالشكل والشروط المتفق عليها، وبناءً عليه، فإنّ الغش في تنفيذ هذه العقود يأخذ صورة التعمد في عدم التنفيذ عن طريق الامتناع عن تقديم هذه الخدمة أو تقديمها بشكل رديء، أي بسرعة اتصال تقل عما هو متفق عليه.

وتماشياً مع الرأي القائل بعدم اشتراط توافر نية الإضرار بالمشارك حتى يوصف بأنه غش، يتبين أنّ مزود الخدمة الإلكترونية وإن كان يستطيع أن يعتمد الإخلال بتنفيذ التزاماته، إلا أنّ ذلك قد يمس شريحة من المشتركين في أغلب الأحيان، ولا يتعلق بمشارك بعينه، وهو ما ينفي قصد الإضرار لديه.

فمزود الخدمة الإلكترونية في هذه الحالة قد يتجه للتهرب من التزاماته لأسباب تتعلق بعدم كفاءة أدواته الفنية، أو بهدف زيادة الربح عن طريق زيادة عدد المشتركين لديه بشكل يفوق طاقة الشبكة، باستعماله لوسائل غير مشروعة تؤدي إلى حدوث الضرر، فإذا تمّ

المعتاد في ذات الظروف . وبذلك يكون المعيار الذي اتبعه المشرع في إبطال التصرف للغش هو معيار موضوعي وليس شخصي يقوم على نية المدين من وراء ذلك .

^{١٨٥} - محمد وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي _دراسة مقارنة بالفقه الغربي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق في جامعة القاهرة ، لعام ١٩٦٠ ، صفحة ٦٢ .

الإصرار على ضرورة توافر قصد الإضرار بالمشاركين، فإنّه من الصعب إثبات ذلك، ومن غير المنطقي ألا يوصف تهرب مزود الخدمة الإلكترونية من تنفيذ التزاماته قصداً _ دون إمكانية إثبات نية الإضرار بالمشاركين _ بأنه غش، وبالتالي شموله بشرط الإعفاء من المسؤولية.

فالقصد في الغش يجب أن يتجه إلى الفعل لا إلى الغاية من ورائه، وهذا القصد هو الذي يفصل الغش عن الخطأ الجسيم، ففي الحالتين ينشأ عنهما عدم تنفيذ المزود لالتزامه، أو تنفيذه تنفيذاً معيباً، وفي الحالتين يتعرض المتعاقد للضرر، إلا أنّ الحد الفاصل بينهما هو قصد عدم التنفيذ في الغش، والإهمال الشديد الذي يؤدي إلى هذه النتيجة في الخطأ الجسيم.

ويرى البعض أنّه عند توافر قصد الإضرار بالمتعاقد الآخر، الأمر الذي يشكل جريمة أو غشاً، ويقاس عليه الخطأ الجسيم، فيكون للمضرور أن يسند دعواه على أساس المسؤولية التقصيرية،^{١٨٦}

^{١٨٦} - سليمان مرقس ، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية ، المنشورات الحقوقية ، بيروت _ لبنان ، لعام ١٩٩٨ ، صفحة ٧٩ . ومن هذا الرأي ما أخذت به محكمة النقض المصرية بأنه: " لا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في دعوى التعويض التي يرتبط فيها المضرور مع المسؤول عنه بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة، إلا أن ذلك رهين بعدم ثبوت أن الضرر الذي لحق بأحد المتعاقدين كان نتيجة فعل من العاقد الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما يتحقق به في حقه أركان المسؤولية التقصيرية تأسيساً =

لأنَّ القانون هو مصدر الالتزام بعدم الإضرار بالغير، والعقد يقوم أساساً على مبدأ حسن النية، فالمتعاقدون لولا افتراض هذا القصد الضمني لما تعاقدوا غالباً، ثم إنَّ حسن النية في العقود شرط مصدره القانون، لا العقد، وبالتالي فإنَّ الإخلال بهذا المبدأ يعني مخالفةً لالتزام قانوني، الأمر الذي يوجب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية عليه.

بينما ذهب آخرون لخلاف ذلك، لأنَّ الأمر لديهم يتعلق بعدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين _ كما ذهب إلى ذلك أغلب الفقه العربي ^{١٨٧} _ فمادامت هناك رابطة عقدية تجمع المضرور بالمسؤول، ومادامت هذه الرابطة هي السبيل الوحيد للتعرف على المدين، فإنَّ أحكام المسؤولية العقدية هي الواجبة الاتباع، وبالتالي لا فرق بين أن يكون الإخلال

=على أنَّه أخل بالالتزام قانوني إذ يتمتع عليه أن يرتكب هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد"، الفقرة الثانية من الطعن رقم ٥٣٠ تاريخ ١٩٩٦/١٢/٢٩ المكتب الفني ٤٧، والفقرة الرابعة من الطعن رقم ٢٣٨٤ تاريخ ١٩٩٠/١٤/١٤ المكتب الفني ٤١، منقول عن ربيع ناجح راجح أبو حسن، مسؤولية المتنوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، فلسطين _ نابلس، لعام ٢٠٠٨، هامش صفحة ٢٧ منشور على الرابط الإلكتروني: آخر زيارة الساعة ٨ م ٢٠١٦/٦/٦

<https://scholar.najah.edu/sites/default/files/all->

thesis/subordinated_responsibility_for_his_subordinate.pdf

^{١٨٧} - هناك شبه إجماع عند الفقهاء العرب على عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين . راجع حول ذلك: محمد وحيد الدين سوار، المصادر غير الإرادية، مرجع سابق، صفحة ٢٨٤، وأيمن أبو العيال وفواز صالح، القانون المدني _ مصادر الالتزام، مرجع سابق، صفحة ٢٥٩. وراجع خلاف ذلك: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مرجع سابق، صفحة ٥١٢ وما بعدها .

بالاتزامات يشكل غشاً بقصد الإضرار بالمتعاقدين أم بدونه، أو كان يشكل جرمًا جزائياً.^{١٨٨}

وأيضاً فإن أحكام المسؤولية العقدية كفيلة بحماية المضرور من غش المدين، ببطلان شرط الإعفاء منه، وبالتعويض عن كل الضرر المتوقع وغير المتوقع،^{١٨٩} وهو ما يمكن استنتاجه بطريق المخالفة من نص المادة (٢١٢٢٢)، وبالتالي لا مبرر للرجوع لأحكام المسؤولية التقصيرية في هذه الحالة.^{١٩٠}

ونؤيد الرأي الأخير لأنه يسهل على المضرور حصوله على حقه في التعويض، لأنه وكما جاء في هذا الرأي بأن التعويض في حالتي الغش والخطأ الجسيم يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع، وهذا ما يغنه عن الرجوع لأحكام المسؤولية التقصيرية في هذه الحالة، بالإضافة لتخلّصه من عبء إثبات الخطأ، لافتراضه في المسؤولية العقدية،^{١٩١} بخلاف

^{١٨٨} - محمد وحيد الدين سوار ، مصادر الالتزام غير الإرادية ، مرجع سابق ، صفحة ٢٨٥ .

^{١٨٩} - عبد المنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، صفحة ٥٣١ .

^{١٩٠} - تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) على: " ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادةً وقت التعاقد. " وبمفهوم المخالفة يتبين أن المدين الذي يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً يلتزم بالتعويض عن كامل الضرر المتوقع وغير المتوقع استناداً إلى الأصل العام في التعويض، راجع حول ذلك: محمد وحيد الدين سوار ، المصادر الإرادية، مرجع سابق، صفحة ٣٨٢ .

^{١٩١} - يرى بعض الفقه أن الخطأ في المسؤولية العقدية لا يقوم على الافتراض وإنما هو متحقق بمجرد عدم التنفيذ، وبالتالي يكون الخطأ في هذه الحالة ثابتاً لا مفترضاً . راجع حول ذلك: عبد المنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، صفحة ٤١٧ .

المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الخطأ الواجب الإثبات، وهذا في مصلحة المضرور.

ومن الأمثلة على الغش المقترن بجرم جزائي في نطاق عمل مزود الخدمة الإلكترونية، حالة قيام المزود عمداً بإفشاء المعلومات والبيانات المخزنة لديه إلى الغير. فذلك يعدُّ غشاً من ناحية تعمدته عدم تنفيذ التزامه في المحافظة على المعلومات والبيانات التي تخص المشتركين، وعملاً يحرمه القانون ويعاقب عليه، كما جاء في نص المادة التاسعة من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري.^{١٩٢}

وتوجد بعض الحالات التي لا يرتقي فيها الغش لدرجة الجرم ومنها حالة تعمد مزود الخدمة الإلكترونية عدم تقديم الخدمة الإلكترونية أو تقديمها بسرعة أقل مما هو متفق عليه، فإنَّ ذلك يشكل غشاً أيضاً، إلا أنَّه لا يصل لدرجة الجرم الجزائي، ويبقى في إطار المسؤولية العقدية،

^{١٩٢} - تنص المادة (٩) من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري على: " يعاقب مقدم الخدمات على الشبكة الذي يقوم بإفشاء المحتوى أو البيانات أو المعلومات المخزنة لديه مخالفاً بذلك التزامات المحافظة على سر المهنة بالغرامة من مئتي ألف إلى مليون ليرة سورية مع حفظ حق المتضرر بالمطالبة بالتعويض".

وللمضرور مطالبة المزود بالتنفيذ أو بالتعويض حسب الحال دون أن يكون لشرط الإغفاء من المسؤولية أي أثر على ذلك.^{١٩٣}

ثانياً - الخطأ الجسيم في عمل مزود الخدمة الإلكترونية:

ذكرنا أنَّ المشرع السوري عندما أجاز شرط الإغفاء من المسؤولية العقدية عن العمل الشخصي استثنى من ذلك بالإضافة للغش، حالة الإغفاء من المسؤولية الناجمة عن الخطأ الجسيم. والخطأ الجسيم هو الخروج عن المألوف، فإذا كان الإنسان بحكم طبيعته البشرية متعرض لارتكاب الأخطاء، إلا أنَّ هذه الأخطاء يجب أن تبقى في إطارها العام، فوصول هذه الأخطاء لدرجة غير عادية يعني ذلك خروجها عن هذه الطبيعة، الأمر الذي يوجب معاملتها بشكل مختلف عن الأخطاء العادية من حيث عدم جواز الإغفاء منها، وضرورة التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كما رأينا سابقاً.

فمعيار الخطأ الجسيم هو معيار موضوعي أيضاً، ولا يقاس على قدرة أو كفاءة مزود الخدمة الإلكترونية شخصياً، بل على ظروف موضوعية مجردة عن شخصه. فالخطأ الجسيم هو الخطأ الذي يبلغ حداً من الجسامة على نحو يسمح بافتراض سوء النية لدى الفاعل عند عدم

^{١٩٣} - محمد وحيد الدين سوار، مصادر الالتزام الإرادية، مرجع سابق، صفحة ١٠٢، وعبد الرزاق

السنهوري، مرجع سابق، صفحة ٢٦١، وأيضاً: أيمن أبو العيال وفواز صالح، مرجع سابق، صفحة

توفر الدليل عليها، وقد يقصد به الإهمال أو عدم التبصر الذي يبلغ حداً من الجسامة يجعل له أهمية خاصة.^{١٩٤}

ولا يشترط في الخطأ الجسيم أن يتوفر فيه عنصر العمد أو قصد الإضرار بالمتعاقد، بل يكفي خروجه عن مسلك الشخص العادي، أي أنه يجب أن يكون الخطأ على درجة من الإهمال البين، فإذا توفر عنصر العمد نكون أمام غش وليس أمام خطأ جسيم. وقد عرفت الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية بأنه: "الخطأ الفاحش الذي لا يقع فيه من يهتم بعمله اهتماماً عادياً"^{١٩٥}

ويتطبيق هذا المعيار على عمل مزودي الخدمات الإلكترونية، يتبين أن خطأ المزود يوصف بأنه جسيم متى كان من السهل على غيره من المزودين تفاديه ببذل جهد معقول. فالمعيار الموضوعي في عمل مزود الخدمة الإلكترونية يتمثل في أسلوب تقديم هذه الخدمة عن طريق مزود خدمات الكترونية معتمد، أي الشركة المتخصصة التي تقدم خدماتها الإلكترونية للمشاركين في ذات الظروف، ومن الأمثلة على ذلك عدم قدرة المزود على تقديم الخدمة الإلكترونية أو الخدمات الأخرى المرتبطة بها، كخدمة الخط الساخن أو خدمة تجديد الاشتراك عن

^{١٩٤} - وليد حكم أحمد مهنا ، مرجع سابق ، صفحة ٧ .

^{١٩٥} - قرار رقم ٢١ أساس ١٧ لعام ١٩٨٧ صادر عن الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية منشور في مجلة المحامون صفحة ١٢٣٣ ، متوفر على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٩م ٢٠١٦/٦/٧ .

طريق الدفع الإلكتروني، بسبب خلل في التيار الكهربائي، فهذا الأمر يعدّ خطأ جسيماً من جانبه، لأنّ كل مزودي الخدمات الالكترونية اليوم وحتى الشركات غير المتخصصة التي تستخدم الحواسيب والأجهزة الالكترونية في عملها، تعمل على توفير أجهزة لتخزين الطاقة الكهربائية لتفادي هذا الأمر وهو ما يسمى بجهاز (UBS)، أو تؤمن مصادر أخرى للطاقة، كالطاقة البديلة أو المولدات الكهربائية. وبالتالي فإنّ انقطاع الخدمة الالكترونية بسبب عدم تأمين مزود الخدمة الالكترونية لمصادر الطاقة كما ذكر يشكل خطأ جسيماً ولا يمكن شموله بشرط الإعفاء من المسؤولية.

المطلب الثاني: الإعفاء من المسؤولية عن عمل الغير والأشياء

غالباً ما تلجأ شركات تزويد الخدمة الإلكترونية، أو الشركات الكبرى التي تستخدم عدداً كبيراً من العمال إلى اشتراط إعفائها من المسؤولية الناجمة عن الأخطاء المرتكبة من عمالها حتى العمدية والجسيمة منها. بالإضافة إلى اشتراطها أحياناً الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن عمل الأشياء التي تستخدمها في تنفيذ التزاماتها العقدية مثل الأجهزة الإلكترونية أو الآلات الكهربائية وغيرها.

ويستند هؤلاء في ذلك إلى نص المادة (٢١٨) من القانون المدني السوري والتي تنص في فقرتها الثانية على: " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزاماته".

وعليه سنحاول بيان دقة ما ذهب إليه القانون من جواز الإعفاء من المسؤولية العقدية المترتبة عن عمل الغير في حالتها الغش والخطأ الجسيم في الفرع الأول، ثمَّ الإعفاء من المسؤولية العقدية المترتبة عن عمل الأشياء في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: الإعفاء من المسؤولية عن عمل الغير

ذكرنا أنَّ القانون أجاز الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالتَي الغش والخطأ الجسيم الصادرين من الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، أي الإعفاء من المسؤولية عن عمل الغير، لذلك سنحاول بيان المقصود بالغير المسؤول عنهم مزود الخدمة الإلكترونية، وطبيعة هذه المسؤولية وشروطها ومن ثمَّ الانتقادات الموجهة لذلك وفق الآتي.

أولاً- المقصود بالغير في إطار عمل مزود الخدمة الإلكترونية:

يقصد بالغير في إطار العلاقة العقدية بشكل عام من لم يكن طرفاً في العقد لا أصالة ولا نيابة، وليس خلفاً عاماً أو خاصاً للمدين، فهو الشخص الذي لا تتصرف إليه أي من آثار العقد الذي أبرمه غيره.^{١٩٦}

هذا من حيث المبدأ، إلا أنَّ الغير في إطار عمل مزود الخدمة الإلكترونية يقصد بهم الأشخاص التابعين للمزود والذين يستخدمهم في تنفيذه لالتزاماته العقدية بتزويد الخدمة الإلكترونية، وهم من يكون مسؤولاً عن عملهم، وفي هذه الحالة يسأل المزود مسؤولية عن فعلهم إذا ما أصاب المشتركين معه ضرراً ناجماً عن عدم التنفيذ بسببهم، كالأخطاء التي يرتكبها عماله من الفنيين والمهندسين الذين يستخدمهم في تشغيل الأجهزة الإلكترونية وتأمين توصيل الخدمة الإلكترونية إلى

^{١٩٦} - محمد وحيد الدين سوار، المصادر الإرادية، مرجع سابق، صفحة ٢٩٢.

المشتركين. وهذا الغير هو محل بحثنا هنا، وهو المقصود بالقانون بالأشخاص الذين يستخدمه المدين في تنفيذ التزامه.

ثانياً- طبيعة مسؤولية المزود عن عمل الغير:

بدايةً لا بدّ من الإشارة إلى أنّ القانون المدني السوري لم ينص صراحةً على أحكام تتعلق بالمسؤولية العقدية عن عمل الغير، إلا أنّ أغلب الفقه يستخلصها من نص المادة (٢١٨) من القانون المدني السوري،^{١٩٧} والتي تشير إلى نتيجة مفادها أنّ المدين مادام يستطيع أن يعفي نفسه من المسؤولية المترتبة عن عمل الغير، فهو في الأصل يكون مسؤولاً عنهم، وإلا ، لا حاجة لاشتراط إعفائه إذا انتقلت مسؤوليته عنهم.^{١٩٨}

ولكن إذا ما سلمنا بوجود مسؤولية عقدية عن عمل الغير، فما طبيعة هذه المسؤولية؟ والأهمية من ذلك تكمن في معرفة مدى صحة ما ذهب

^{١٩٧} - تنص المادة (٢١٨) من القانون المدني السوري في فقرتها الثانية على: "... ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه " .

^{١٩٨} - محمد وحيد الدين سوار ، المصادر الإرادية ، مرجع سابق ، صفحة ٣٧٦ . وأيضاً عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، صفحة ٥٤٦ . ومن الأمثلة على ذلك ما جاء في المادة (٦٢٧) من القانون المدني السوري والتي تنص صراحة على مسؤولية المقاتل تجاه رب العمل عن عمل المقاتل من الباطن ، وهي مسؤولية عقدية عن عمل الغير .

إليه القانون من جواز الإعفاء من المسؤولية عن عمل الغير في حالتي الغش والخطأ الجسيم؟

١ - مسؤولية المزود عن عمل الغير هي مسؤولية شخصية:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنَّ مسؤولية مزود الخدمة الإلكترونية عن عمل من يستخدمهم في تنفيذ التزاماته العقدية هي مسؤولية عن عمله الشخصي، فالمسؤولية عن فعل الغير هي مسؤولية شخصية مبنية على أساس الخطأ في التوجيه والرقابة وهو خطأ مفروض في جانب المزود لا يقبل إثبات العكس، فعلى المشترك المضرور إثبات خطأ الغير (التابع)، ومن ثمَّ يفرض أنَّ المزود قد قصر في توجيه تابعه أو في رقابته، حتى وقع منه هذا الخطأ.^{١٩٩}

فالمسؤولية العقدية تقوم على عائق المزود عند عدم تنفيذ الالتزام على الوجه المبين في العقد، سواء نسب إليه شخصياً، أم إلى من عهد إليهم بتنفيذه، حيث يتساوى في دائرة العلاقات العقدية فعل المدين وفعل من استخدمهم، فيكون خطوهم في تنفيذ العقد، خطأ من المدين، ويثبت له وصفه، فيعد غشهم أو خطوهم الجسيم، غشاً أو خطأ جسيماً ارتكبه المزود، وتكون مسؤولية المزود عن الإخلال بالالتزامات العقدية في كل

^{١٩٩} - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، هامش صفحة ٨٨٣.

الأحوال مسؤولية شخصية، سواء عمد إلى تنفيذها بنفسه أو استعان في تنفيذها بغيره، ولا توجد تبعاً لذلك مسؤولية عقدية عن فعل الغير.^{٢٠٠}

فإذا كان الالتزام ببذل عناية كان المزود مسؤولاً إذا لم يبذل العناية الواجبة، بصرف النظر عن شخص من يقدم تلك العناية. وإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فالمزود مسؤول عن عدم تحقق النتيجة، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، مع العلم أن فعل من يستعين به المزود في تنفيذ التزاماته العقدية لا يعد سبباً أجنبياً عنه.^{٢٠١}

٢- مسؤولية المزود هي عن فعل الغير:

يرى البعض أن مسؤولية المزود عن عمل الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته هي مسؤولية عن عمل الغير، وذلك قياساً على المسؤولية في الفعل الضار عن عمل الغير،^{٢٠٢} فمسؤولية المدين عن عمل الغير تقوم متى قام المدين بالاستعانة بغيره لتنفيذ التزامه ولو لم يكن هذا الغير تابعاً له.^{٢٠٣}

ونحن لا نتماشى مع الرأي القائل بوجود مسؤولية عقدية عن عمل الغير، فالمزود إما أن ينفذ التزامه كما تم الاتفاق عليه، أو يرتكب خطأً

^{٢٠٠} - محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مرجع سابق، صفحة ٤٧

^{٢٠١} - عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربى، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دون

دار نشر، الطبعة السابعة، لعام ٢٠٠٠، صفحة ٤١٠ .

^{٢٠٢} - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، صفحة ٨٨٢ .

^{٢٠٣} - السنهوري، المرجع السابق، صفحة ٥٤٧ .

في عدم تنفيذه له، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الخطأ ناتجاً عن فعله هو، أو عن فعل الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، وبالتالي تتحقق مسؤوليته العقدية عن فعله الشخصي.

فمزود الخدمة الإلكترونية هو من أراد الالتزام، وبالتالي هو المسؤول عنه مسؤولية شخصية.^{٢٠٤} فمسؤولية مزود الخدمة الإلكترونية تقوم مثلاً عند وقوع خطأ في إبلاغ الرسالة الإلكترونية إلى المرسل إليه، ناتج عن سبب راجع إليه أو إلى أحد العاملين لديه، كما تقوم مسؤوليته إذا انتهك سرية المراسلات والمكاتبات والاتصالات الإلكترونية.^{٢٠٥} وبالتالي لا فرق أن يكون الضرر قد وقع من المزود أو من أحد مستخدميها.

ولا مجال للقياس هنا على أحكام المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، لأنَّ المسؤولية التقصيرية تقوم على واجب عام وهو عدم الإضرار بالغير، وهذا الالتزام منشأه القانون، أما المسؤولية العقدية فتقوم على التزامات منشأها الإرادة، والمتبوع في المسؤولية العقدية هو الذي أنشأ الالتزام وهو المسؤول عن تنفيذه، سواء نفذه بنفسه أو استعان بأحد الأشخاص لتنفيذه، أمَّا المتبوع في المسؤولية التقصيرية فهو المسؤول الأصلي ومن الممكن أن تقوم مسؤوليته رغم عدم ارتكابه لأي

^{٢٠٤} - محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مرجع سابق، صفحة ٩ .

^{٢٠٥} - عبد الفتاح محمود كيلاني ، مرجع سابق، صفحة ٤٧٥ .

خطأ، لأنَّ مصدر التزامه هو القانون، لذلك فإنَّ مسؤوليته هي عن غيره وليست عن فعله.^{٢٠٦}

وموقف المشرع من السماح للمتعاقدین بالاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن عمل الغير في حالتی الغش والخطأ الجسيم منقذ، لأنَّه كثيراً ما يؤدي مثل هذا الاتفاق إلى إهمال مزود الخدمة الإلكترونية في اختيار عماله الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته، لاطمئنانه لعدم مسؤوليته عنهم لسبق اشتراط ذلك، مما قد يؤدي إلى نتائج تتعارض مع النية المفترضة للأطراف باحترام التزاماتهم العقدية، ويمنح المزود سيء النية مجالاً للتهرب من التزاماته عن طريق تنفيذها بواسطة الغير، وهذا الأمر كثير الحدوث في مجال تزويد الخدمة الإلكترونية، لأنَّ شركات تزويد الخدمة الإلكترونية تقدم خدماتها دائماً بواسطة الغير، وهم من يتم استخدامهم في العمل على توصيل هذه الخدمة إلى المشتركين، وبالتالي فإنَّ مثل هذا الشرط يعدَّ غطاءً قانونياً لأخطاء المزود.

ثالثاً- شروط مسؤولية المزود عن عمل تابعيه:

يشترط لتحقيق المسؤولية العقدية للمزود الخدمة الإلكترونية عن عمل تابعيه بالإضافة إلى الشروط العامة لتحقيق المسؤولية العقدية ما يلي:

١- وجود عقد صحيح بين المزود والمضروب، لأنَّ العقد إذا كان بين محدث الضرر (الغير) وبين المضروب فقط، كانت المسؤولية عقدية

^{٢٠٦}- عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربى، مرجع سابق، صفحة ٤٨٤ .

عن الفعل الشخصي لهذا الغير، وأيضاً إذا كان العقد بين المزود والغير فقط، كانت المسؤولية حينها تقصيرية لا عقدية، لعدم ارتباط المضرور بعقد مع أحدهما.^{٢٠٧}

٢- أن يكون التابع مكلفاً بتنفيذ التزام المدين بمقتضى الاتفاق، وهذا ما أشار إليه القانون بقوله الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه،^{٢٠٨} كحالة العمال والمستخدمون والفنيون المكلفون من قبل مزود الخدمة الإلكترونية للعمل في مجال تقديم هذه الخدمة.^{٢٠٩}

٣- أن يكون الغير قد أحدث الضرر للمتعاقد في حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه،^{٢١٠} والمثال على الضرر حال تنفيذ العقد، خطأ المهندس التقني في العمل على الأجهزة الإلكترونية، الأمر الذي أدى إلى تعطل الخدمة الإلكترونية. ومثال آخر على الخطأ بمناسبة الوظيفة هو قيام أحد العاملين لدى مزودي الخدمات الإلكترونية بتسريب المعلومات والبيانات التي تخص المشتركين بحكم اطلاعه عليها.

أمّا كون الضرر لم يقع أثناء تنفيذ العقد أو بسببه، فإنّ المسؤولية تكون تقصيرية ولو وقع الضرر على المتعاقد. كأن يقوم أحد العاملين

^{٢٠٧} - عبد المهدي كاظم ناصر، مرجع سابق، صفحة ٢٣١. وأيضاً: عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، صفحة ٤١٩.

^{٢٠٨} - نص الفقرة الثانية من المادة (٢١٨) من القانون المدني السوري.

^{٢٠٩} - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، صفحة ٥٤٤.

^{٢١٠} - السنهوري، المرجع السابق، صفحة ٥٤٨.

بدهس أحد المشتركين بسيارة تابعة لمزود الخدمة الإلكترونية مصادفةً، فإنَّ عملية الدهس توجب مسؤولية المزود التقصيرية على أساس عمل الغير أو حراسة الأشياء حسب الحال.

الفرع الثاني: الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء

قد يرد أحياناً شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية في صيغة أن الشركة غير مسؤولة عن الأضرار التي قد تصيب المشتركين نتيجةً لعطل فني مفاجئ، أو لخلل في أحد الأجهزة الإلكترونية أو الآلات المشغلة للشبكة... إلخ.

وبما أن عمل مزود الخدمة الإلكترونية يتطلب منه استخدام مجموعة من الآلات والأجهزة الإلكترونية والمعدات الكهربائية في عمله، بالتالي فإن قدم هذه الآلات أو حدوث أعطال فيها أمر متوقع الحدوث، مما قد يؤثر على جودة الخدمة الإلكترونية المقدمة أو تعطلها. لهذا فهم يلجؤون عادةً لاشتراط إعفائهم من المسؤولية عن انقطاع الخدمة بسبب هذه الآلات.

ومن هنا يثور التساؤل حول صحة هذا الشرط وبيان سنده القانوني من خلال بيان طبيعة مسؤولية المزود عن عمل الآلات التي يستخدمها في عمله.

أولاً- طبيعة مسؤولية المزود عن عمل الآلات التي يستخدمها في تنفيذ التزاماته العقدية:

بدايةً يقصد بالآلات هنا، الآلات الكهربائية والأجهزة الإلكترونية مثل الحواسيب وأجهزة المودم والمُخدِّمات المستخدمة في عمل مزود الخدمة

الإلكترونية لتقديم هذه الخدمة، دون غيرها من الأشياء التي نصَّ عليها
المشرع في المسؤولية التقصيرية.^{٢١١}

ولم ترد في القانون المدني السوري قواعد خاصة تتعلق بمسؤولية
المدين العقدية عن فعل الأشياء التي تحت حراسته على غرار ما جاء
من أحكام تتعلق بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء،^{٢١٢} وإنَّما وردت
قواعد خاصة متعلقة ببعض العقود مثل الإيجار والبيع، كضمان
المؤجر للمستأجر ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون
الانتفاع بها،^{٢١٣} أو ضمان البائع للعيوب الخفية في الشيء المبَّيع.^{٢١٤}

ومن خلال بحثنا عن الطبيعة القانونية لمسؤولية المدين العقدية عن
عمل الأشياء التي يستخدمها في تنفيذ التزاماته العقدية، لم نجد خلافاً
فقهيّاً حول كونها مسؤولية شخصية للمتعاقد.^{٢١٥} حيث يرى البعض أنَّ
المسؤولية العقدية عن الأشياء كالمسؤولية العقدية عن العمل الشخصي
تحكمها قواعد واحدة.

^{٢١١} - راجع حول ذلك: عايد رجا الخلايلة ، مرجع سابق ، صفحة ١٨٥ وما بعدها .

^{٢١٢} - المواد (١٧٧)-(١٧٨)-(١٧٩) من القانون المدني السوري .

^{٢١٣} - المادة (٥٤٤) من القانون المدني السوري .

^{٢١٤} - المادة (٤١٥) من القانون المدني السوري .

^{٢١٥} - محمد وحيد الدين سوار، المصادر الإرادية، مرجع سابق، صفحة ٣٧٦ . وعبد الرزاق

السنهوري، مرجع سابق، صفحة ٥٤٩، وأيضاً: عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، صفحة ٤٢٠ .

فالمدين في العقد مسؤول عن عدم تنفيذ التزامه مسؤولية عقدية، سواءً أكان عدم التنفيذ راجعاً إلى فعله الشخصي، أو إلى فعل شيء تحت حراسته، ومسؤوليته متحققة في الحالتين، وتطبق القواعد ذاتها في كل منهما؟^{٢١٦} لأنَّ وجود الشيء في حراسة المدين، يجعل فعله منسوباً إليه، وبالتالي فإنَّ فعل الشيء في هذه الحالة يعدُّ فعلاً شخصياً للمدين، ويكون المدين مسؤولاً عن فعل الشيء الذي يستخدمه في تنفيذ التزاماته العقدية مسؤوليته عن فعله الشخصي.^{٢١٧}

فما يهمُّ المشترك كما ذكرنا هو تنفيذ الالتزام المتفق عليه، سواء استعان المزود بغيره لتنفيذ التزامه أو استخدم آلات أو أشياء أخرى لتنفيذه. وعليه تتحقق مسؤولية المزود في حال عدم تحقيق النتيجة المطلوبة أو العناية اللازمة حسب طبيعة الالتزام أو الاتفاق.

وبتطبيق ذلك على عمل مزود الخدمة الإلكترونية يتبين أنَّ المزود يعدُّ مخطئاً لمجرد عدم تحقق النتيجة المطلوبة في توصيل الخدمة الإلكترونية للمشاركين. فالتزامه بتوصيل الخدمة الإلكترونية للمشاركين هو التزام بتحقيق نتيجة،^{٢١٨} وعليه يعدُّ المزود مسؤولاً شخصياً عن عدم تحقق هذه النتيجة، سواءً أكان عدم التنفيذ راجعاً إلى فعله هو، أو نتيجة لعمل الغير أو لفعل الأشياء التي يستخدمها في تنفيذ التزامه،

^{٢١٦} - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، صفحة ٥٤٩ .

^{٢١٧} - عبد المنعم فرج الصده ، مرجع سابق، صفحة ٤٢٠ .

^{٢١٨} - أروى نقوى، المسؤولية المدنية في مجال الاتصال الإلكتروني، مرجع سابق، صفحة ٩٤ .

فمثلاً توقف الخدمة الإلكترونية بسبب تعطل الحواسيب لدى المزود يعدّ خطأً في تنفيذ التزامات العقدية للمزود، وسببه فعل الأشياء (الحواسيب) إلا أنّ ذلك لا يؤثر على طبيعة الخطأ في إطار العلاقة العقدية بوصفه خطأً شخصياً للمزود، لأنّ المزود هو المسؤول عن تنفيذ الالتزامات بشكل شخصي.

ثانياً_ شروط المسؤولية عن فعل الأشياء:

ذكرنا أنّ مسؤولية المزود عن فعل الآلات التي يستخدمها في تنفيذ التزامه هي مسؤولية شخصية، وعليه يجب توافر شروط المسؤولية العقدية بشكل عام، كوجود عقد صحيح بين المسؤول والمضرور، وارتكاب المزود خطأً بعدم تنفيذه لالتزامه، بالإضافة إلى الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ويضاف إلى ذلك أن يكون الضرر الذي وقع على المشترك بسبب استخدام المزود للشيء في تنفيذه لالتزامه.

فالمسؤولية العقدية التي سببها فعل الأشياء تتحقق إذا كان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين نتيجة عدم التنفيذ قد حدث بفعل شيء، وكان وقوع الضرر على هذا الوجه يتضمن إخلالاً بالتزام عقدي على عاتق الطرف الآخر.^{٢١٩} كحالة تعطل جهاز المودم الرئيسي الموجود لدى المزود، والمسؤول عن ربط حواسيب المشتركين بالحاسوب

^{٢١٩} - عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق، صفحة ٤١٢ .

المركزي، فالضرر المترتب عن ذلك يوجب مسؤولية المزود العقدية بسبب فعل هذا الشيء. أمّا كون هذا الشيء لم يستخدم في تنفيذ الالتزام، فإنّ المزود يسأل عنه مسؤولية تقصيرية ولو وقع الضرر على المتعاقد معه، وبالتالي لا يستفيد من شرط الإعفاء من المسؤولية عن فعل الأشياء.

ومن الأمثلة على ذلك ما تمّ ذكره عن حادثة الدهس التي قد يتعرض لها أحد المشتركين مصادفةً بسيارة تابعة لمزود الخدمة الإلكترونية، فالمسؤولية هنا هي تقصيرية عن فعل الأشياء وليست عقدية، رغم أنّ الضرر قد وقع على أحد المشتركين في الخدمة الإلكترونية، إلا أنّ الضرر هنا لم يقع بسبب تنفيذ العقد، وإنّما كان سببه واقعة مادية لا شأن للعقد في حدوثها، ولأنّ هذا الضرر يمكن أن يقع على أي شخص سواء أكان مشترك في الخدمة الإلكترونية أم لا.

ثالثاً_ تطبيق المادة (٢١٨) من القانون المدني السوري بشأن الإعفاء من المسؤولية عن فعل الأشياء:

خلصنا مما سبق إلى أنّ طبيعة مسؤولية مزود الخدمة الإلكترونية (المدين) عن فعل الأشياء في تنفيذ التزاماته العقدية هي مسؤولية عقدية عن عمله الشخصي، ولا فرق حينها بتسميتها مسؤولية عن فعل الأشياء أو مسؤولية شخصية، مادامت تحكمها قواعد واحدة، وبالتالي فإنّ شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء التي

يستخدمها المدين في تنفيذ التزامه، يأخذ حكم شرط الإعفاء من المسؤولية عن عمله الشخصي.

وعليه يجوز لمزود الخدمة الإلكترونية اشتراط إعفائه من المسؤولية المترتبة عن فعل الأشياء التي يستخدمها في تنفيذ التزامه العقدية عن الضرر المترتب عن عدم التنفيذ، ويستثنى من ذلك حالة الغش والخطأ الجسيم، فإذا تعمد مزود الخدمة الإلكترونية تعطيل هذه الآلات أو عدم تشغيلها، فإن ذلك يعدّ غشاً من جانبه ولو كان الضرر قد وقع نتيجة لفعل الآلة، لأنّ المزود هو المسؤول عن تشغيلها وهو المسؤول عن غشه. وأيضاً حالة الخطأ الجسيم المرتكب من المزود، كالإهمال في الصيانة أو عدم المعرفة الفنية الكافية لتشغيل الأجهزة التي يعمل عليها، يعدّ خطأً جسيماً ينتج عنه مسؤولية المزود الشخصية، وبالتالي لا يستفيد من شرط الإعفاء من المسؤولية في هذه الحالة.

وأخيراً فإنّ هذه الآلات التي يستخدمها المزود في عمله هي غالباً ما يتم العمل عليها باستخدام عمال لتشغيلها، الأمر الذي يجعل المزود في مأمن من المسؤولية إذا ما اشترط إعفاؤه من المسؤولية عن عمل الغير الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، لأنّ القانون المدني السوري أجاز الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الغش والخطأ الجسيم من الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، وبالتالي يصبح شرط الإعفاء من المسؤولية عن عمل الغير مبرراً قانونياً يغطي العيوب الفنية في تشغيل الآلات والأجهزة الإلكترونية بالإضافة للأخطاء المرتكبة من

العمال في تشغيلها، وهذا الأمر يضر بحقوق المشتركين، مما يدفعنا لمحاولة اقتراح بعض الحلول نذكرها في الخاتمة .

المبحث الثاني: أثر شرط الإعفاء على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية وسلطة القضاء اتجاهه

يعدُّ شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية من الشروط الاتفاقية الجائزة قانوناً، وبالتالي فإذا صحَّ هذا الشرط فإنَّه يترتب أثره على العقد، بإعفاء مزود الخدمة الإلكترونية من المسؤولية في حدود ما تمَّ الاتفاق عليه، بخلاف ما إذا كان باطلاً.

وأيضاً فإنَّ وجود شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية وسعة انتشاره في هذا النوع من العقود أدى إلى محاولتنا إضفاء صفة الإذعان على هذه العقود للحصول على حماية لحقوق المشتركين عن طريق تدخل القضاء في مثل هذه العقود لإلغاء هذا الشرط أو تعديله لمصلحتهم.

لهذا سنبدأ في البحث عن أثر صحة وبطلان شرط الإعفاء من المسؤولية على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية في المطلب الأول، ثمَّ البحث في سلطة القضاء اتجاه هذا الشرط في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: أثر صحة وبطلان شرط الإعفاء على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية

ذكرنا أنه حتى يعتد بشرط الإعفاء من المسؤولية يجب أن يعلم به المشترك علماً كافياً، وذلك من خلال مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية التي تم وضعها سابقاً، والتي تهدف لضمان هذا العلم. وبالتالي فإذا توافرت هذه الشروط عُدَّ الشرط صحيحاً ومنتجاً لآثاره، بخلاف ما إذا تخلف أحدها فيؤدي ذلك إلى بطلان الشرط كلياً أو جزئياً حسب الحال.

لذا سنتحدث في هذا المطلب عن أثر صحة شرط الإعفاء من المسؤولية في الفرع الأول، ومن ثم عن أثر بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية كلياً أو جزئياً على العقد المتضمن له في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: أثر صحة شرط الإعفاء على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية

تقضي القواعد العامة بأن كل اتفاق صحيح يترتب آثاره التي انصرفت إليها إرادة الطرفين، ومعنى هذا القول أن أثر هذا الاتفاق هو إعفاء المدين من المسؤولية عندما يكون الاتفاق صحيحاً، واعتباره كأن لم يكن عندما يكون باطلاً. وبذلك فإذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية صحيحاً، فإنّه يعفي مزود الخدمة الإلكترونية من المسؤولية بالقدر الذي يتسع له الشرط، ويبقى المزود مسؤولاً فيما وراء ذلك.^{٢٢٠}

فوجود شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية وصحته وفق ما سبق بيانه، يؤدي إلى إعفاء مزود الخدمة الإلكترونية من التعويض عن الأضرار التي قد تصيب المشتركين معه من جرّاء انقطاع الخدمة، أو رداؤها بغير غش منه أو خطأ جسيم.^{٢٢١}

هذا وعلى الرغم من وضوح الأثر المترتب على صحة شرط الإعفاء من المسؤولية على العقد وفق ما سبق، إلا أن ذلك يثير التساؤلين الآتيين: الأول، إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية صحيحاً، فما مدى تمسك مزود الخدمة الإلكترونية به في حال إلغاء الترخيص الممنوح

^{٢٢٠} - عبد المنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، صفحة ٤٢٣ .

^{٢٢١} - عبد المهدي كاظم ناصر ، مرجع سابق ، صفحة ٢٣٥ .

له؟ والثاني، إذا كان شرط الإعفاء صحيحاً، فما أثر الخيرة بين المسؤولينتين بالنسبة لقدرة المشتركين على المطالبة بالتعويض؟

أولاً_ مدى تمسك مزود الخدمة بشرط الإعفاء في حالة إلغاء الترخيص:

بدايةً وقبل الإجابة على التساؤل نشير إلى أنَّ عقد ترخيص الشبكة هو العقد الذي يبرم بين مزود الخدمة الإلكترونية من جهة، وبين الجهة المسؤولة عن منح ترخيص تشغيل الشبكة من جهة أخرى،^{٢٢٢} وبالتالي فإنَّ مزود الخدمة الإلكترونية يستطيع ممارسة عمله بتزويد الخدمة الإلكترونية للمشاركين بموجب هذا الترخيص، ويتضمن هذا الترخيص عادةً مجموعة من الالتزامات والتعليمات التي تخص عمل المزود، وبالعودة إلى التساؤل السابق نفرق بين حالتين:

١- حالة إلغاء الترخيص بسبب خطأ المزود نتيجة لإخلاله بالتزاماته المترتبة في عقد ترخيص الشبكة، كعدم تقيده بالقواعد أو التعليمات المتعلقة بعمله والصادرة عن الهيئة العامة للاتصالات أو الجهات المختصة، أو أن يقوم المزود بتقديم خدمات غير مشمولة بعقد الترخيص، أو أن يُقدِّم على أي عمل من شأنه إلغاء ترخيصه.

^{٢٢٢} - يعرف الترخيص وفق المادة الثانية من قانون الاتصالات السوري بأنه: " صك الترخيص الممنوح من الهيئة، أو أي اتفاق أو عقد تقوم الهيئة بتوقيعه مع مع شخص آخر، بغرض من إنشاء أو تشغيل أو إدارة شبكة اتصالات عمومية أو تقديم خدمات اتصالات عمومية أو أية خدمات أخرى تقررها الهيئة أو استخدام ترددات ضمن طيف الترددات الراديوية " .

٢- حالة إلغاء الترخيص لأمر لا يتعلق بخطأ من مزود الخدمة الإلكترونية، كحالة إيقافه عن العمل نتيجة لقرار إداري تعسفي أو لأي سبب آخر لا يد له فيه.

ونرى أنه في الحالتين لا أثر لشرط الإعفاء من المسؤولية على تعويض المشتركين؟ لأنه في الحالة الأولى يكون المزود مسؤولاً عن تعويض المشتركين رغم وجود شرط الإعفاء من المسؤولية، لأن ذلك لا يخرج عن أحد احتمالين: الأول، أن يكون المزود قد تعمد ارتكاب الإخلال بالتزاماته المترتبة في عقد ترخيص الشبكة وهو ما يعد غشاً من جانبه، وبالتالي لا يستفيد من شرط الإعفاء من المسؤولية في هذه الحالة.

أمّا الاحتمال الثاني أن يكون سبب إلغاء الترخيص هو إهمال المزود في تنفيذ التزاماته المترتبة في عقد ترخيص الشبكة، وبتقديرنا فإن هذا الإهمال يمكن وصفه بالخطأ الجسيم، لأن الأخطاء العادية واليسيرة الواقعة من قبل المزود، لا تؤدي غالباً إلى إلغاء الترخيص، فحتى يتم إلغاء ترخيصه يجب أن يكون المزود قد أخل بالتزاماته بشكل كبير، الأمر الذي قد يوصف بأنه خطأ جسيم، وبالتالي لا يستفيد أيضاً من شرط الإعفاء من المسؤولية في هذه الحالة.

وتجدر الإشارة إلى أن مزود الخدمة الإلكترونية لا يستطيع التهرب من المسؤولية في حالة إلغاء الترخيص نتيجة لخطئه بوصفه سبباً أجنبياً؟ لأنه من شروط السبب الأجنبي ألا يكون للمدين يداً في إحداث

الضرر،^{٢٢٣} وبالتالي فإن مخالفة المزود لبنود عقد الترخيص هو السبب الرئيسي لإلغاء الترخيص وهو السبب من وراء إحداث الضرر، لذلك فهو المسؤول عنه.

أما الحالة الثانية المتعلقة بسحب الترخيص دون خطأ من المزود، فإن المزود لا يسأل عن الضرر الحاصل للمشاركين، لأن ذلك يعد سبباً أجنبياً لا يد لمزود الخدمة الإلكترونية فيه، وهو كاف بحد ذاته لنفي مسؤوليته ولو لم يوجد شرط الإعفاء من المسؤولية .

ثانياً_ أثر الخيرة بين المسؤوليتين بالنسبة لقدرة المشاركين على المطالبة بالتعويض:

ذكرنا أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إذا كان صحيحاً فإنه يترتب عليه إعفاء مزود الخدمة الإلكترونية من المسؤولية بالقدر الذي يتسع له الشرط، إلا أن الأمر لا يكون هكذا عند أنصار الخيرة بين المسؤوليتين، فيرى البعض منهم،^{٢٢٤} بأنه يجوز للمشارك المضرور الذي أغلقت أمامه طريق المسؤولية العقدية بسبب وجود شرط الإعفاء منها، أن يرجع لأحكام المسؤولية التقصيرية إذا ما توافر في الفعل الواحد شروط كلا المسؤوليتين، ولأن المسؤولية التقصيرية تظل قائمة

^{٢٢٣} - تنص المادة (٢١٦) من القانون المدني السوري على أنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

^{٢٢٤} -محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مرجع سابق، صفحة ٥٣٠

رغم وجود شرط الإعفاء، لتعلقها بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها.^{٢٢٥}

ويجوز للمشارك تطبيقاً للمبادئ العامة في المسؤولية التقصيرية، أن يثبت خطأ مزود الخدمة الإلكترونية الشخصي فيلتزم هذا الأخير بتعويضه عن الضرر الذي لحقه دون أن يكون لبند الإعفاء أثر ما على التزامه، وبالتالي لا يترتب على اتفاق الإعفاء من المسؤولية العقدية سوى نقل عبء الإثبات.^{٢٢٦} ومن الأمثلة على ذلك في عمل مزود الخدمة الإلكترونية ما نصّت عليه المادة (٩) من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري بعقاب مقدمي الخدمات على الشبكة الذين يفشون البيانات والمعلومات المخزنة لديهم، فهذا الأمر يشكل خطأ تقصيرياً، بالإضافة لكونه خطأ عقدياً يتمثل بخرق التزام المزود بالحفاظ على بيانات المشتركين. وتطبيقاً لمبدأ جواز الخيرة بين المسؤوليتين في هذه الحالة يمكن للمشارك الذي أغلق أمامه باب المطالبة بالتعويض استناداً إلى أحكام المسؤولية العقدية بسبب وجود شرط الإعفاء منها، أن يرجع على مزود الخدمة الإلكترونية بالتعويض استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية.

^{٢٢٥} - راجع نقد هذا الرأي: عبد المنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، صفحة ٤٢٣ و ٥٢٨ .

^{٢٢٦} - محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مرجع سابق، صفحة ٥٣٠

لكن بالمقابل من لا يأخذ بمبدأ الخيرة بين المسؤولين يرى أنَّ شرط الإعفاء من المسؤولية إذا كان صحيحاً فإنَّه يعفي المدين من المسؤولية العقدية، ولا محل للمسؤولية التقصيرية، إذ أنَّ هذه لا تجتمع مع تلك وعلى المدين الذي يتمسك بشرط الإعفاء أنَّ يثبت وجود هذا الشرط.^{٢٢٧}

إلا أنَّ أصحاب هذا الرأي وضعوا استثنائين على ذلك، إذا كان الفعل يشكل جرماً جزائياً أو غشاً، ويلحق به الخطأ الجسيم. ويستند أصحاب هذا الرأي إلى ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية بقرارات متعددة،^{٢٢٨} ففي حكم لها قررت أنَّه: "لا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في دعوى التعويض التي يرتبط فيها المضرور مع المسؤول عنه بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة، إلا أنَّ ذلك رهين بعدم ثبوت أنَّ الضرر الذي لحق بأحد المتعاقدين كان نتيجة فعل من العاقد الآخر يكون جريمة أو يعدُّ غشاً أو خطأ جسيماً مما يتحقق به في حقه أركان المسؤولية التقصيرية تأسيساً

^{٢٢٧} - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، صفحة ٥٥٦ .

^{٢٢٨} - تجدر الإشارة إلى أننا وضعنا قرار لمحكمة النقض المصرية لوضوحه في مسألة الخيرة ولعدم وجود قرارات حديثة ولو نسبياً لمحكمة النقض السورية تتعلق بمسألة الخيرة بين المسؤولين .

على أنه أخل بالتزام قانوني إذ يمتنع عليه أن يرتكب هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد".^{٢٢٩}

ونرى تكراراً لما تمّ ذكره بأنّه لا حاجة للرجوع لأحكام المسؤولية التقصيرية في هاتين الحالتين لتعويض المضرور رغم وجود شرط الإغفاء من المسؤولية لسببين:

١- أنّ أحكام المسؤولية العقدية كفيلة بحماية المضرور من غش المدين وخطئه الجسيم، ببطلان شرط الإغفاء من المسؤولية، وبالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع.^{٢٣٠}

٢- أنّ خطأ المزود إذا كان يوصف بأنه جرم جزائي كالمثال الذي جاء في المادة التاسعة من قانون تنظيم التواصل ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري، فإنه يمتنع أيضاً ترتيب أثر شرط الإغفاء من المسؤولية في هذه الحالة، لأنّ الأحكام الجزائية تتعلق بالنظام العام،^{٢٣١} ولا يجوز الاتفاق على استبعادها أو الإغفاء من المسؤولية المترتبة عنها، وإنّما يمكن التصالح على حق المضرور بالتعويض بعد نشوء هذا الحق، وبالتالي وأمام هاتين الحالتين لا مبرر للرجوع لأحكام

^{٢٢٩} - الفقرة الثانية من الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ٥٨ بتاريخ ١٩٩٦/٢/٢٩ المكتب الفني ٤٧ ، والفقرة الرابعة من الطعن رقم ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ بتاريخ ١٩٩٠/١٤/٤ المكتب الفني ٤١ ، منقول عن ربيع

ناجح راجح أبو حسن ، مرجع سابق ، هامش صفحة ٢٧ .

^{٢٣٠} - عبد المنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، صفحة ٥٣١ .

^{٢٣١} - محمد وحيد الدين سوار ، المصادر غير الإرادية ، مرجع سابق ، صفحة ٢٦٥ .

المسؤولية التقصيرية لضمان حق المضرور في التعويض عند وجود
شرط الإعفاء من المسؤولية.

الفرع الثاني: أثر بطلان شرط الإعفاء على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية

يعدُّ الأثر الرئيسي لبطلان شرط الإعفاء من المسؤولية هو عدم تفعيله واعتباره كأن لم يكن. فكما ذكرنا أنَّ العقد شريعة المتعاقدين، وهذا المبدأ يركز على جواز اتفاق المتعاقدين على تحديد مضمون العقد، وعلى تضمينه ما يشاؤون من الشروط، شرط أن لا تتعارض هذه الأمور جميعها مع النصوص القانونية الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة، وإلا عدَّ كل اتفاق يخالفها باطلاً.^{٢٣٢}

وبالتالي فإذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية مخالفاً لما نصَّ عليه القانون أو متجاوز في حدوده ما سمح القانون بالإعفاء منه، فإنَّه يبطل كلياً أو جزئياً حسب نوع المخالفة. فقد يحدث أحياناً أن يوضع شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود منع القانون فيها الاشتراط على الإعفاء من المسؤولية، كعقود الاستهلاك المشمولة بقانون حماية المستهلك السوري. وأيضاً فإنَّه قد يُشترط أحياناً الإعفاء من المسؤولية بشكل يفوق ما أجازته القانون، كأن يُشترط الإعفاء من كل المسؤولية، فيدخل في هذا الشرط الإعفاء من المسؤولية المترتبة عن الغش أو الخطأ الجسيم لمزود الخدمة الإلكترونية، بالإضافة لأخطائه العادية، فما هو الحكم في هذه الحالة أيضاً؟ للإجابة على ذلك سنعرض الفرضين وفق الآتي:

^{٢٣٢} - ذكرى محمد حسين ونصير صبار، مرجع سابق، صفحة ٩٠ .

أولاً- بطلان شرط الإعفاء كلياً :

أشرنا سابقاً إلى مجموعة من الضوابط التي تستهدف صحة شرط الإعفاء من المسؤولية،^{٢٣٣} وذكرنا أنَّ الخروج عنها يؤدي إلى بطلان الشرط والرجوع إلى الأصل في واجب تحمل مزود الخدمة الإلكترونية المسؤولية والتعويض عنها، ومن هذه الضوابط أن لا يكون القانون قد منع الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية كما جاء في قانون حماية المستهلك السوري، فإذا ورد مثل هذا الشرط في أحد عقود الاستهلاك المشمولة في القانون السابق، فإنَّ الشرط يعدُّ حينها باطلاً ولا أثر له، ويمكن تجاهله والرجوع إلى الأصل في واجب تحمل المسؤولية والتعويض عنها.

هذا، وقد قمنا سابقاً بمحاولة تضمين عقد تزويد الخدمة الإلكترونية بأحكام قانون حماية المستهلك، وبالتالي شموله بأحكامه، مما يترتب على ذلك بطلان الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية إذا ما صحَّ هذا الرأي. ولكن إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية باطلاً وفق ما سبق، فما أثر بطلانه على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية المتضمن لهذا الشرط؟

تظهر الإجابة على ذلك من خلال معرفة أنَّ شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يعدُّ بنداً من بنود العقد، ويتسم بالتبعية أو الثانوية

^{٢٣٣} - راجع الصفحة ٨٥ وما بعدها من هذا البحث.

بالنسبة للعقد الذي يدرج به، فهو زائد على أصل التصرف وليس ركناً جوهرياً فيه، وإذا مسّ البطلان هذا الشرط، فإنّ الشرط وحده هو الذي يبطل، ما لم يكن الشرط جوهرياً في قصد المتعاقدين، أي كان هو الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط والتصرف معاً،^{٢٣٤} وفي ذلك تقول المادة (١٤٤) من القانون المدني السوري: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله ."

وتظهر علة بطلان العقد في هذه الحالة إلى أنّ الشرط إذا مثّل أهمية خاصة لدى المتعاقدين فإنّه يكون بمثابة السبب الباعث الدافع إلى التعاقد، إلا أنّ تضمين شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد تزويد الخدمة الإلكترونية لا يعدّ عادةً شرطاً باعثاً على التعاقد، لأنّ سبب العقد هو الحصول على الأداءات المتقابلة، وهي الخدمة الإلكترونية المقدمة من المزود، ومبلغ الاشتراك المقدم من المشترك، وليس على عدم مسؤولية المزود المحتملة، ويقع على عاتق من يدعي البطلان، عبء إثبات أنّ الشق الباطل أو القابل للإبطال غير منفصل عن جملة التعاقد، وأنّه يمثل شرطاً جوهرياً بالنسبة له.

وبالتالي فإنّ أثر عدم صحة شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية ينحصر ببطلان الشرط فقط وإلزام المزود

^{٢٣٤} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٧٩ .

بتعويض المشترك عن الأضرار التي لحقت به بسبب عدم تنفيذه للعقد أو تنفيذه تنفيذاً معيباً.

فشرط الإعفاء من المسؤولية يعدّ تابعاً للالتزام الأصلي، ولا يوجد بشكل مستقل عن العقد، فإذا لم ينشأ العقد، أو لحق به البطلان، انعدم موضوع الشرط وزال معه أثره القانوني.

ثانياً_ بطلان شرط الإعفاء جزئياً:

قد يحدث أحياناً أن يكون شرط الإعفاء من المسؤولية باطلاً في شق منه، كما لو نصّ الشرط الوارد في عقد تزويد الخدمة الإلكترونية على أنّه: " لا يحق للمشارك المطالبة بأي تعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بتنفيذ العقد". فهل يشمل هذا الشرط الإعفاء من المسؤولية الشخصية للمزود بما فيها غشه وخطئه الجسيم، أم أنّه يتسع ليشمل بالإضافة لذلك نفي المسؤولية الناجمة عن الغش والخطأ الجسيم الصادران ممن يستخدمهم المزود في تنفيذ التزامه؟

للإجابة على ذلك نرى أنّه إذا كان الشرط مصاغاً وفق ما سبق، فإنّ الإعفاء يتجه إلى العمل الشخصي للمزود في حدود ما أجازته القانون دون غيره ممن يستخدمهم في تنفيذ التزاماته، وبذلك يبقى المزود مسؤولاً عن غشه وخطئه الجسيم بالإضافة للغش والخطأ الجسيم الصادرين ممن يستخدمهم في تنفيذ التزاماته. لأنّه وكما ذكرنا فإنّ المدين مسؤول بالأصل عن تنفيذ التزامه سواء أكان هذا التنفيذ قد تمّ

من المدين شخصياً أو استعان بأحد من أجل ذلك، وما شرط الإعفاء من المسؤولية إلا خروج عن هذا الأصل، لذا يجب أن يكون ذلك مقيداً بألفاظ تحدد بدقة حدوده، فإذا كانت هذه الألفاظ واضحة بنفي المسؤولية، إلا أنها جاءت عامة دون تحديد، فإنها تقتصر على نفي مسؤولية المزود عن عمله في حدود ما أجازها القانون، ودون الغش والخطأ الجسيم الواقعان ممن يستخدمهم في تنفيذ التزامه، لأن ذلك يعد استثناءً، والاستثناء لا يتوسع في تفسيره.^{٢٣٥}

ويمكن أيضاً فصل ما يبطل وما يبقى صحيحاً من التصرفات القانونية، لذلك فإن البطلان يجب أن يقتصر على آثار الشرط في مجال المسؤولية المترتبة على الخطأين الجسيم والعمد ويبقى صحيحاً دون ذلك، وهذا الرأي يتماشى بدوره مع نظرية تجزئة العقد الواردة في نص المادة (١٤٤) من القانون المدني السوري.

أمّا إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية واضحاً ومحددًا باشتراط الإعفاء من المسؤولية الشخصية للمدين في حالتي الغش والخطأ الجسيم دون سواها ومخالفاً بذلك القاعدة العامة في عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية في هاتين الحالتين، فإن الشرط يبطل كلياً لمخالفته القانون.

^{٢٣٥} - ناصر متعب بنيه الخرينج ، مرجع سابق ، صفحة ٩١ .

وبناءً على ما سبق يتبين أنَّ شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية يمكن أن يرتب أثره بإعفاء مزود الخدمة الإلكترونية من مسؤوليته إذا استوفى شروط صحته الشكلية منها والموضوعية، وبالتالي فإنَّ بطلان هذا الشرط كلياً لا يؤثر على العقد، ويعيدنا إلى الأصل في واجب تحمل المسؤولية والتعويض عنها، بخلاف ما إذا كان البطلان قد لحق بجزء منه، فإنَّ الشق المخالف للقانون وحده الذي يبطل، ويبقى الشرط صحيحاً دون ذلك.

هذا بالنسبة إلى أثر صحة وبطلان شرط الإعفاء من المسؤولية على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية، وأخيراً بقي لنا أن نبحث في سلطة القضاء للتدخل في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية في حالة وجود شرط الإعفاء من المسؤولية في المطلب التالي.

المطلب الثاني: سلطة القضاء اتجاه شرط الإعفاء في عقود الخدمة الإلكترونية

توصلنا سابقاً إلى أنَّ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية يعدُّ من عقود الإذعان، وبالتالي فإنَّ للقاضي التدخل في هذه الحالة لحماية المشتركين من الشروط التعسفية وفقاً للسلطة الممنوحة له في القانون.

فالمبدأ السائد في العقود هو حرية المتعاقدين في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة عن اتفاقهما بعيداً عن تدخل المشرع. إلا أنَّ الواقع العملي يشير إلى أنَّه في حال اختلاف المركز الاقتصادي أو القانوني لطرفي العلاقة العقدية، وما ينشأ عن هذا الاختلاف من اختلال في التوازن العقدي، يدفع المشرع للتدخل في هذه العقود عن طريق منح القضاء سلطة التدخل في هذه العقود.

وبناءً عليه سنبحث في سلطة القضاء في إلغاء شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية في الفرع الأول، ثمَّ في سلطة القضاء في تفسيره لمصلحة المشتركين في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: سلطة القضاء في استبعاد شرط الإعفاء في عقود الخدمة الإلكترونية

رأينا أنَّ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية يمكن عده من عقود الإذعان لتوافر جميع شروط الإذعان فيه، وبالتالي فإنَّ القاضي يستطيع استناداً إلى ذلك تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بسلطته المتعلقة بعقود الإذعان، ومنها سلطة إعفاء المشتركين من الشروط التعسفية أو التخفيف منها، بالإضافة لتفسيرها لمصلحة الطرف المدَّع وهو المشترك.^{٢٣٦}

فاهتمام المشرع والقضاء بالطرف الضعيف في عقود الإذعان غايته الرغبة في إعادة التوازن إلى العقد، وهذه الغاية تبرز بشكل واضح في ظل نماذج العقود التي باتت نتيجة حتمية لتنوع الخدمات وخاصة الإلكترونية منها. فتتظلم هذه العقود من قبل مزودي الخدمات الإلكترونية يعدُّ المصدر الفعلي للإساءة بمبدأ التوازن العقدي، ويؤثر على الرضا في العقد ويعطيه طابعاً وهمياً، ويسمح لمزودي الخدمات الإلكترونية وضع ما يشاؤون من شروط تعسفية بحق المشتركين.^{٢٣٧}

^{٢٣٦} - المادة (١٥٠) والمادة (١٥٢) من القانون المدني السوري .

^{٢٣٧} - منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكي ، مرجع سابق ، صفحة ٢٠٤ .

وتبرز أهمية تدخل القضاء في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية عندما يكون شرط الإعفاء من المسؤولية صحيحاً وفقاً للضوابط التي قمنا بوضعها سابقاً، وأيضاً في حالة كون شرط الإعفاء من المسؤولية صحيحاً وفقاً للقواعد العامة التي لم تضع قيوداً عليه، فالقاضي يستطيع التدخل في الحالتين لإعفاء المشتركين من شرط الإعفاء من المسؤولية.

أولاً- تدخل القاضي استناداً إلى سلطته في عقود الإذعان:

قمنا سابقاً بمحاولة وضع مجموعة من الضوابط الشكلية والموضوعية والتي تستهدف صحة شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية، وهذه الضوابط تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية المشتركين من هذا الشرط عن طريق ضمان علمهم به، وتهدف أيضاً إلى تقييد شرط الإعفاء من المسؤولية قدر المستطاع . إلا أن الفرضية هنا أن شرط الإعفاء من المسؤولية استوفى جميع شروط صحته، إلا أن المشترك لم يستطع المناقشة بشأن هذا الشرط وكان في موقف المدعن، ومن هنا ينهض دور القاضي في استخلاص مدى انصراف إرادة المتعاقد إلى الالتزام بها من عدمه، ويكون بوسعه إهمالها لعدم تعلق إرادة المشترك بها، حتى وإن كانت صحيحة بذاتها، ويمكن للقاضي أيضاً إبطالها متى كانت مخالفة للقواعد القانونية الآمرة.^{٢٣٨}

^{٢٣٨} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٨٤ .

فحاجة المشترك اليوم إلى الحماية القانونية من الشروط التعسفية تغدو ضرورة ملحة، لأنه قد يتلقى معلومات تتعلق بعقد في غير مصلحته، وعليه أن ينفذ العقد بما يتضمنه من شروط دون أن يملك اختيار لهذه الشروط، فهو في موقف المذعن.^{٢٣٩}

وقد عالج القانون المدني السوري حالة استبعاد الشروط التعسفية في العقود بنص المادة (١٥٠) والتي جاء فيها: "إذا تمَّ العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفيةً جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

ويتضح من هذا النص أنَّ القاضي يستطيع استبعاد الشروط التعسفية من عقود الإذعان، ولكن يشترط في هذه الحالة أن يكون العقد عقد إذعان وأن يكون الشرط تعسفياً، أمّا إذا كان العقد ليس بعقد إذعان، وكان شرط الإغفاء من المسؤولية صحيحاً فلا يستطيع القاضي استبعاده، أو أن يتدخل لحماية الطرف الضعيف دون نص واضح.

^{٢٣٩} - من الناحية العملية وعند قيامنا بجولات ميدانية للشركات المزودة للخدمة الإلكترونية في سورية للاطلاع على نماذج العقود المعدة مسبقاً من قبلهم، واجهتنا صعوبات بالاطلاع عليها، لأن هذه العقود غير معدة أصلاً للاطلاع عليها حتى من قبل الراغبين بالاشتراك. فواقع الأمر يثبت أنهم حينما يرغب أحد الأشخاص بالتعاقد معهم يطلبون منه الوثائق والمعلومات لإضافتها إلى جهاز الحاسوب لديهم، ومن ثم طباعة العقد المتضمن الموافقة دون الاطلاع على مضمونه ويأخذ المشترك نسخة يوجد فيها بعض المعلومات التقنية دون باقي بنود العقد.

ولكن المشكلة تكمن في عدم تكييف عقد تزويد الخدمة الإلكترونية على أنه من عقود الإذعان، وبالتالي حرمان المشتركين من هذه الحماية، لذا على المشرع السوري أن يتبنى الاتجاه الحديث في تحديد عقود الإذعان لتوسيع دائرة الحماية لتشمل عدداً أكبر من العقود التي تحتوي على شروط تعسفية بحق المتعاقدين الخاضعين لهذه الشروط.

ثانياً- تدخل القاضي لإلغاء شرط الإعفاء من المسؤولية في غير حالة الإذعان:

يكفي لصحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني السوري أن يكون هذا الشرط قد تمّ في حدود ما أجازه القانون، وبالتالي فإنّ صحة الشرط مرتبطة بعدم مخالفته للقانون، إلا أنّه رغم صحة شرط الإعفاء من المسؤولية وفق ما سبق، فإنّ القاضي يستطيع التدخل لإعفاء المشتركين من شرط الإعفاء من المسؤولية استناداً إلى النصوص القانونية الخاصة.

وحيث أنّه لا يوجد شروطاً أشدّ تعسفاً من الشروط التي يفرضها الطرف القوي اقتصادياً والتي يهدف من ورائها إلى إعفائه من المسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبها شخصياً أو عن طريق تابعيه،^{٢٤٠} ومن أجل

^{٢٤٠} - ناصر متعب بنيه الخرينج ، مرجع سابق ، صفحة ٩٠ .

تدارك القصور في نظرية الإذعان التقليدية، فقد حرّم المشرع مثل هذه الشروط في بعض القوانين الخاصة كما مرّ معنا سابقاً.^{٢٤١}

فرغم أنّ سلطة القضاء كفيلة بحماية المشتركين من شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية إذا رأى القاضي في هذه العقود بأنّها من عقود الإذعان، إلا أنّ الحماية القضائية يمكن أن تشمل المشتركين حتى في حالة عدم تكييف عقد تزويد الخدمة الإلكترونية على أنّه من عقود الإذعان .

فالقاضي يستطيع إلغاء شرط الإعفاء من المسؤولية الوارد في عقد تزويد الخدمة الإلكترونية استناداً إلى قانون حماية المستهلك السوري، وذلك لتوفير حماية أكبر للمستهلكين الذين يتعاملون مع محترفين ولا تتوافر في عقودهم صفة الإذعان، لأنّ في نصوص هذا القانون ما يحظر إبرام أي اتفاق من شأنه الإخلال بحقوق المستهلكين،^{٢٤٢} وبالتالي بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود الاستهلاك المشمولة بنصوص هذا القانون.

وبما أنّ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية يمكن شموله بأحكام قانون حماية المستهلك السوري، بالتالي فإنّ القاضي يستطيع استناداً إلى نص المادة (٤٧) من قانون حماية المستهلك السوري أن يبطل شرط الإعفاء من المسؤولية إذا ما ورد في عقد تزويد الخدمة الإلكترونية ولو

^{٢٤١} - راجع الصفحة (١٠٠) من هذا البحث .

^{٢٤٢} - المادة (٨) من قانون حماية المستهلك السوري .

لم ير فيه القاضي بأنه عقد إذعان. وبذلك لا يمكن أن يلزم المشترك بأي شرط يخل بحقوقه أو ينقص أو يحد من التزاماته، حتى وإن كان هذا الشرط واضحاً وصحيحاً، ومن هنا تبدو أهمية القوانين الخاصة لتقييد القواعد العامة من أجل توفير حماية أكبر للمشاركين.^{٢٤٣}

وتجدر الإشارة إلى أن أفراد مزود الخدمة الإلكترونية بوضع شروط العقد بشكل لا تعطى فرصة للمشاركين للاطلاع عليها، وما ينتج عن ذلك من وقوعهم تحت رحمة مزود الخدمة الإلكترونية،^{٢٤٤} فإن القاضي يستطيع إعفاء المشاركين من شرط الإعفاء من المسؤولية الموجود في ملحق عقد تزويد الخدمة الإلكترونية إذا تبين له عدم علمهم بها، لأن أفراد أحد المتعاقدين بصياغة شروط العقد، يتطلب أن يكون المتعاقد الآخر على علم بمضمونها.^{٢٤٥} وبهذا يكون تدخل القضاء في العقود التي لا يملك أطرافها مناقشتها أو لم يعلموا بها سيجعل القاضي أميناً على مصالح الطرف الضعيف فيها وهو المشترك.^{٢٤٦}

^{٢٤٣} - منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكي ، مرجع سابق ، صفحة ٢١٢ .

^{٢٤٤} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٩٠ .

^{٢٤٥} - المرجع السابق ، صفحة ٣٨٤ .

^{٢٤٦} - نبيلة إسماعيل رسلان ، مرجع سابق، صفحة ٣٣.

الفرع الثاني: سلطة القضاء في تفسير شرط الإعفاء في عقود الخدمة الإلكترونية

رأينا أنَّ القاضي يستطيع إعفاء المشتركين في الخدمة الإلكترونية من الشروط التعسفية، كشرط الإعفاء من المسؤولية بموجب السلطة الممنوحة له في القانون اتجاه عقود الإذعان أو استناداً إلى قانون حماية المستهلك، لكن القاضي لا يلجأ في جميع الأحوال إلى إعفائهم من هذه الشروط، لأنَّ ذلك قد يؤدي أحياناً إلى انحيازه لجانب المتعاقد المذعن بشكل مبالغ فيه، مما يخل بالمقابل بمبدأ التوازن العقدي الذي يهدف إلى تحقيقه من وراء تدخله، فسلطة القاضي في التدخل بعقود الإذعان مشروطة بمراعاة مقتضى العدالة، وبما يرفع الضرر عن المشتركين دون أن يضر بالطرف الآخر وهو المزود.

لذلك فإنَّ القاضي قد يلجأ أحياناً إلى التفسير الضيق لشرط الإعفاء من المسؤولية لأنَّه يعد استثناءً عن القواعد العامة في واجب تحمل المسؤولية.^{٢٤٧} بالإضافة إلى أنَّ الشك حول مضمون الشرط، يفسر أيضاً لمصلحة الطرف المذعن.

إذ يتعين على القاضي الذي يوكل إليه مهمة تفسير العقد المتنازع فيه أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، فالقانون المدني السوري منح القاضي سلطة تقديرية يستطيع بموجبها أن يعدل الشروط التعسفية التي

^{٢٤٧} - ناصر متعب بنيه الخرينج ، مرجع سابق ، صفحة ٩١ وما بعدها .

ترد في عقود الإذعان، كما منحه سلطة تفسير الشك في عبارة العقد لمصلحة المذعن دائناً كان أو مديناً، وبالتالي يحظى فيها المتعاقد المذعن بحماية خاصة، فالطرف القوي في العقد يتحمل المسؤولية عن غموض أي نص فيه، وسلطة القاضي في تفسير عبارات العقد لمصلحة الطرف المذعن تهدف إلى حمايته من هذه الشروط.^{٢٤٨}

فإذا كان نطاق حماية المشتركين بالخدمة الإلكترونية يتحدد ابتداءً بحمايتهم من الشروط التي لا يعلمون بها كما مر سابقاً، أو بالإعفاء منها إذا كانت ضمن عقد إذعان، فإنَّ الحماية تشمل الشروط التعسفية الغامضة أيضاً، إذ يتوجب على القاضي تفسيرها بما لا يكون ضاراً بمصلحة المشتركين، وبذلك تشمل الحماية القضائية للمشاركين لجميع الشروط التعسفية الواضحة منها والغامضة.^{٢٤٩}

لأنَّ مسألة العلم بالشروط الأحادية التحرير لا تكون ميسرة في كل الأحوال، فإذا كان يفترض علم المتعاقد بها متى ما كانت هذه الشروط واضحة بمضمونها، وواردة في وثيقة العقد الأصلية ذاتها، فإنَّ هذا العلم لا يفترض متى ما كانت هذه الشروط مصاغة بطريقة يصعب فهمها وإدراك مضمونها.^{٢٥٠}

^{٢٤٨} - عبد الله ذيب عبد الله محمود ، مرجع سابق ، صفحة ٧٠ .

^{٢٤٩} - منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكي ، مرجع سابق ، صفحة ٢٠٦ .

^{٢٥٠} - خوله كاظم محمد راضي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٨٤ .

فيجب أن تكون شروط العقد واضحة وجلية للمشارك لكى تسري بحقه، أمّا اذا كانت غامضة وغير واضحة فإنها تفسر لمصلحته.^{٢٥١} فالإلزام المشتركين بالشروط التى يفرضها المزودون، يستوجب علمهم بها، وبغير ذلك لا يمكن القول أنّ إرادتهم قد انصرفت إلى الأخذ بها وعدها جزءاً من مضمون العقد.

ومن الأمثلة على أحد الشروط التى لا تدلُّ بشكل قاطع على المراد بها، ما جاء فى أحد عقود تزويد الخدمة الإلكترونية: " بأنّ مزود الخدمة الإلكترونية لا يتحمل تبعه القوة القاهرة ولا يمكن مطالبته بالتعويض"،^{٢٥٢} فتفسير هذا الشرط قد يفهم منه بأنّ المزود اشترط عدم تحمله لتبعه القوة القاهرة فقط، وبالتالي لا يمكن مطالبته بالتعويض عنها، أو قد يفهم منه أنّ المزود لا يتحمل تبعه القوة القاهرة بالإضافة إلى أنّه لا يمكن مطالبته بأيّ تعويض مهما كان السبب.

يدور الشك أمام هذين المعنيين حول المقصود بجملة لا يمكن مطالبة المزود بالتعويض، وبما أنّ القانون المدني السوري منح القاضي سلطة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدّعى وهو المشارك فى هذه الحالة، وبما أنّ عقد تزويد الخدمة الإلكترونية يمكن تكييفه على أنّه من عقود الإذعان، فإنّ القاضي يستطيع التضييق من نطاق شرط الإعفاء من المسؤولية بتفسير الشك حول المقصود به لمصلحة

^{٢٥١} - خوله كاظم محمد راضى ، مرجع سابق ، صفحة ٣٨٦ وما بعدها .

^{٢٥٢} - هذا الشرط تمّ ذكره فى أحد عقود تزويد خدمة الإنترنت فى المملكة العربية السعودية.

المشترك، وبالتالي تفسيره في هذه الحالة على أنَّ المقصود به هو عدم قدرة المشترك على مطالبة مزود الخدمة الإلكترونية بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن القوة القاهرة فقط دون غيرها من الأضرار التي قد تصيبه من عمل مزود الخدمة الإلكترونية.

فدور القاضي هو إعادة التوازن للعقد عن طريق إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية وهذا لا يؤثر على سلامة العلاقات التعاقدية الاقتصادية، فالعلاقات العقدية لا تقوم على أساس حرية التعاقد، واستقلال الإرادة فحسب، وإنما تقوم أيضاً على أساس حسن النية والعدالة. لذلك فإنَّ المشرع عندما منح القضاء هذه السلطات في الإلغاء أو التعديل في الشروط التعسفية جعل معيار هذه الأعمال هو العدالة، وهذه السلطة لا يجوز استخدامها مع عدم وجود شروط تعسفية، وهذا هو الأثر البارز لشرط الإغفاء من المسؤولية على سلطة القضاء في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية.

وأخيراً فإنَّ القانون المدني السوري وقع بالتناقض حين أجاز الاتفاق على قيمة التعويض مقدماً في حالة الشرط الجزائي، ومنح القاضي سلطة تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه، وهذه السلطة من النظام العام، ولم يخضع ذلك لمطلق الحرية التعاقدية.^{٢٥٣} بينما ذهب من جانب آخر إلى السماح بالاتفاق على الإغفاء من المسؤولية العقدية وبالتالي حرمان المضرور من أي تعويض، ولم يعطِ للقاضي السلطة في تعديله إلا إذا

^{٢٥٣} - طارق محمد مطلق أبو ليلى ، مرجع سابق ، صفحة ٧٦.

وجد فيه شرطاً تعسفياً ضمن عقد إذعان . ولا يخفى ما في ذلك من إخلال للتوازن العقدي، فحالة التدخل في الشرط الجزائي تعدُّ أقل خطراً من حالة الإعفاء من المسؤولية على أساس أن الحالة الأولى تدخل المشرع إلى جانب المدين إذا كان التعويض مبالغاً فيه حتى لا يصيبه ظلماً من هذا الاتفاق، بينما في الحالة الثانية وهي الأشد خطراً ترك الدائن المضرور دون أي تعويض تحت رحمة شرط الإعفاء من المسؤولية.

الخاتمة:

انتهينا في هذه الرسالة من البحث في موضوع إعفاء مزود الخدمة الإلكترونية من مسؤوليته العقدية استناداً إلى الشرط الاتفاقي، لأهمية هذا الموضوع في الحياة العملية، ولكثرة استخدام شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية وما قد يؤثر ذلك على إرادة المشتركين في هذه العقود.

فكان ذلك من خلال البدء في تحديد المقصود بمزودي الخدمات الإلكترونية و مسؤوليتهم لتشابه الأفكار حولهم وتعدد المصطلحات التي تخص العمل في البيئة الإلكترونية، ومن ثمّ عرضنا لمفهوم عقد تزويد الخدمة الإلكترونية وخصائصه باعتباره العقد الذي يحتوي غالباً على شرط الإعفاء من المسؤولية، ثمّ عرضنا لمفهوم شرط الإعفاء من المسؤولية وأسباب انتشاره في العقود الإلكترونية بشكل عام، ووضعنا جملة من الشروط الشكلية والموضوعية التي تستهدف صحة هذا الشرط لضمان علم المشترك بوجود الشرط ومضمونه.

ثمّ انتقلنا في الفصل الثاني إلى دراسة أشكال وصور شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية مع عرض بعض الآراء الفقهية المؤيدة والمعارضة لهذا الشرط لبيان دقة ما ذهب إليه القانون في المادة (٢١٨) من القانون المدني السوري وخصوصاً فيما يتعلق بالإعفاء من المسؤولية في تزويد الخدمة الإلكترونية، وأخيراً

بحثنا في أثر صحة وبطلان شرط الإعفاء من المسؤولية على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية، وختمنا في البحث عن مدى سلطة القضاء في التدخل في هذا النوع من العقود. وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نورد أهمها:

أولاً-النتائج:

- ١- يعدُّ انتشار شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية نتيجة لاستغلال المزودين لحاجة الأفراد لتقنية المعلومات (الانترنت)، وأمرنا واقعاً تفرضه بعض الظروف الاقتصادية والعملية.
- ٢- يتبين أنَّ القانون المدني السوري لم يستطع إقرار مبدأً عاماً للمحافظة على التوازن العقدي، لأنَّه أعطى للقاضي سلطة التدخل في حالة التعويض الاتفاقي، في حين لم يعطه مثل هذه السلطة في حالة الإعفاء من المسؤولية إذا لم يكن ضمن عقد إذعان.
- ٣- رغم استقرار مبدأ جواز الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون المدني السوري، إلا أنَّ المشرع السوري بدأ يضيق من نطاقه بإصدار قوانين حديثة تمنع مثل هذا الشرط.
- ٤- رغم بطلان الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الشخصية للمزود في حالتي الغش والخطأ الجسيم، إلا أنَّ الصعوبة تكمن

في إثبات هذا الغش أو الخطأ الجسيم ونسبتهما إلى مزود الخدمة الإلكترونية .

٥- اعتماد مزودي الخدمات الإلكترونية على شرط الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء العمدية والجسيمة لعمل تابعيهم يعد غطاءً قانونياً لجميع أخطائهم، فآلية عمل هذه الخدمة تعتمد بشكل رئيسي على هؤلاء التابعين في تقديمها، وبالتالي فإن جميع الأخطاء المرتكبة أثناء تقديم هذه الخدمة قد تنسب إليهم وتُشمل بشرط الإعفاء.

٦- يتبين أن بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية لا يؤثر على صحة العقد، لأنه لا يعد شرطاً باعثاً على التعاقد.

٧- يعد عقد تزويد الخدمة الإلكترونية من عقود الإذعان لتوافر شروط الإذعان فيه ومنها الشروط التعسفية كشرط الإعفاء من المسؤولية .

٨- يعد عقد تزويد الخدمة الإلكترونية مشمولاً بأحكام قانون حماية المستهلك السوري على الرغم من عدم النص صراحة على ذلك، استناداً لاتساع المعايير التي يعتمدها القانون في تحديد العقود المشمولة بأحكامه .

٩- أخيراً تعد سلطة القضاء أفضل ضمانة لحماية المشتركين من الشروط التعسفية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية وذلك في ظل غياب تنظيم قانوني يحد منها.

ثانياً_التوصيات:

من خلال ما تمّ عرضه في هذا البحث والنتائج التي توصلنا إليها يمكننا إيراد التوصيات التالية:

١- الاهتمام بالمسؤولية العقدية والتقصيرية في مجال الخدمات الإلكترونية والإشكاليات المتعلقة بها كالشروط التي باتت مألوفة ومنها شرط الإعفاء من المسؤولية، وذلك بإصدار قانون يتعلق بهذه المسؤوليات وقوفاً عند خصوصيتها على غرار الأحكام القانونية المتعلقة بالجريمة المعلوماتية والإثبات في المسائل الإلكترونية.

٢- توحيد المصطلحات القانونية المتعلقة بالبيئة الإلكترونية في القانون السوري، وعدم الاعتماد على الترجمة الحرفية للنصوص.

٣- نظراً للطبيعة الفنية لآلية تقديم الخدمة الإلكترونية وصعوبة تحديد الأخطاء المرتكبة من قبل الجهات المسؤولة عنها، فإننا نوصي بوضع قرائن قانونية تعفي المشتركين في هذه الخدمة من عبء إثبات الخطأ.

٤- عدم الاعتماد على نظرية السبب المنتج في مجال المسؤولية المتعلقة بالأمور الإلكترونية وخاصة إذا ما علمنا أنّ هذه النظرية هي من تبني القضاء وهي غير واضحة الدلالة في النصوص القانونية، فنظرية تعادل الأسباب هي الأنسب في مجال المسؤولية المدنية الإلكترونية ريثما يتم تنظيم ذلك بنصوص قانونية تخص هذه المسؤولية وبما يتوافق مع طبيعتها.

٥- نصي المشرع السوري بالنص على أن يكون شرط الإعفاء من المسؤولية شرطاً شكلياً من خلال النص على أن يكون الشرط مكتوباً وظاهراً بشكل يسترعي الانتباه، بالإضافة لعدم الاكتفاء بتوقيع المتعاقد على جملة العقد، وضرورة التوقيع إلى جانب الشرط وخاصة في العقود النموذجية كعقد تزويد الخدمة الإلكترونية.

٦- تعديل المادة (١٥٠) من القانون المدني السوري بإضافة فقرة ثانية إليها تنص على ما يلي: ٢- ومع ذلك يجوز للقاضي إلغاء أو تعديل الشروط المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية في جميع العقود عند غموضها أو وجودها في ملحق العقد، ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك.

٧- إخضاع القضاة في سورية لدورات تدريبية متخصصة في مجال المعلوماتية للتعرف على خصوصية القضايا المتعلقة بالمسائل الإلكترونية ريثما يتم إنشاء قضاء متخصص للنظر بهذه القضايا.

٨- إذا ما سلمنا بضرورة وجود شرط الإعفاء من المسؤولية في العقود، فإنَّ إجازة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية في حالة الغش والخطأ الجسيم عن خطأ من يستخدمهم المزود في تنفيذ التزاماته يؤدي غالباً إلى ظلم المشتركين للأسباب التي سقناها سابقاً، لذلك نصي بتعديل المادة (٢١٨) من خلال النص على عدم جواز ذلك وخصوصاً عندما يكون تنفيذ الالتزام العقدي يعتمد بشكل رئيسي على الغير في تنفيذه.

٩- وأخيراً نوصي بتبني القضاء للمفهوم الحديث في تحديد شروط عقد الإذعان استناداً إلى النصوص القانونية التي لم تشترط سوى أن يتضمن العقد لشروط تعسفية، وذلك من أجل توسيع دائرة الحماية القضائية لتشمل عدد أكبر من العقود التي لا يمكن شمولها وفق النظرية التقليدية.

قائمة المراجع:

أولاً _ مراجع عامة:

- . أيمن أبو العيال وفواز صالح ، القانون المدني مصادر الالتزام ، منشورات جامعة دمشق ، مركز التعليم المفتوح برنامج الدراسات القانونية ، مطبعة جامعة دمشق ، لعام ٢٠١٣-٢٠١٤ .
- . سليمان مرقس ، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية، المنشورات الحقوقية ، بيروت _ لبنان ، لعام ١٩٩٨ .
- . طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون _ دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة_ مصر، دون تاريخ.
- . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت_ لبنان، لعام ١٩٩٨ .
- . عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام _ دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت _ لبنان ، لعام ١٩٧١.
- . عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربى ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، من دون دار نشر، الطبعة السابعة ، لعام ٢٠٠٠ .
- . محمد حاتم البيات وأيمن أبو العيال ، النظرية العامة للالتزام _ أحكام الالتزام ، منشورات جامعة دمشق _ كلية الحقوق ، مطبعة الروضة ، لعام ٢٠١١ _ ٢٠١٢ .

. محمد وحيد الدين سوار ، النظرية العامة للالتزام _ المصادر الإرادية، الجزء الأول ، الطبعة الحادية عشر ، منشورات جامعة دمشق ، مطبعة دار الكتاب، لعام ٢٠٠٥-٢٠٠٦ .

. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات _ مصادر الالتزام غير الإرادية، الجزء الثاني ، الطبعة العاشرة، مديرية الكتب والمطبوعات في جامعة دمشق، لعام ٢٠٠٣-٢٠٠٤ .

. محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة ، لعام ١٩٧٨ .

. محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة ، لعام ١٩٩٠ .

ثانياً_ كتب متخصصة:

- . أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الإنترنت ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى _ مصر، لعام ٢٠٠٥ .
- . أمير فرج يوسف، عالمية التجارة الإلكترونية وعقودها (أساليب مكافحة الغش التجاري الإلكتروني) ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية_ مصر ، لعام ٢٠٠٩ .
- . إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية _ مصر ، لعام ٢٠٠٨ .
- . خالد ممدوح إبراهيم ، التقاضي الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، مصر _ الإسكندرية ، لعام ٢٠٠٨ .
- . عايد رجا الخاليلة ، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية (المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ، عمان ، الأردن ، لعام ٢٠٠٩ .
- . عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية ، الكتاب الأول ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية _ مصر ، لعام ٢٠٠٤ .
- . محمد فواز المطالقه ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، لعام ٢٠٠٦ .
- . نبيلة إسماعيل رسلان ، المسؤولية في مجال المعلوماتية والشبكات ، منشورات دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية _ مصر ، لعام ٢٠٠٧ .

ثالثاً_ الرسائل :

. أروى محمد تقوى، المسؤولية المدنية في مجال الاتصال الإلكتروني، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق في جامعة دمشق، لعام ٢٠١٣ .

. إسلام مأمون حسين مأمون ، المعوقات التي تحد من نجاح التجارة الإلكترونية في مصر ، رسالة ماجستير في إدارة الأعمال مقدمة للأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، لعام ٢٠١٠-٢٠١١ ، ممكن الوصول له عن طريق الموقع الإلكتروني للأكاديمية: www.abahe.co.uk

. حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية ، نابلس _ فلسطين ، لعام ٢٠١١ . منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٧م ٢٠١٦/٦/٦

[https://scholar.najah.edu/sites/default/files/all-thesis/the compensation for delay in the execution of debtor.pdf](https://scholar.najah.edu/sites/default/files/all-thesis/the%20compensation%20for%20delay%20in%20the%20execution%20of%20debtor.pdf)

. ربيع ناجح راجح أبو حسن، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس _ فلسطين ، لعام ٢٠٠٨ . منشور على الموقع الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٨م ٢٠١٦/٦/٦ .

[https://scholar.najah.edu/sites/default/files/all-thesis/subordinated responsibility for his subordinate.pdf](https://scholar.najah.edu/sites/default/files/all-thesis/subordinated%20responsibility%20for%20his%20subordinate.pdf)

. طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني - دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية ، نابلس_ فلسطين ، لعام ٢٠٠٧ ، منشور على الرابط الإلكتروني التالي : آخر زيارة الساعة ٧م ٢٠١٦/٤

<http://elibrary.mediun.edu.my/books/2014/MEDIU5107.pdf>

. عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، أطروحة ماجستير، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح، فلسطين، نابلس، لعام ٢٠٠٩ . منشور على الرابط الإلكتروني التالي : آخر زيارة الساعة ٣م ٢٠١٦/٦/٦

[https://scholar.najah.edu/sites/default/files/all-](https://scholar.najah.edu/sites/default/files/all-thesis/consumer_protection_in_electronic_contracting_comparative_study.pdf)

thesis/consumer_protection_in_electronic_contracting_comparative_study.pdf

. فلاح فهد العجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط ، عمان _الأردن، لعام ٢٠١١ . محمد وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي _دراسة مقارنة بالفقه الغربي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق في جامعة القاهرة ، لعام ١٩٦٠ .

. ناصر متعب بنيه الخرينج ، الاتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي دراسة مقارنة مع القانون الأردني ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط، عمان _الأردن، لعام ٢٠١٠، منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٨م ٢٠١٦/٦/٧ .

<http://elibrary.mediun.edu.my/books/2014/MEDIU6>

[241.pdf](#)

. وليد حكم أحمد مهنا، فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية _دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة مؤتة ، الأردن ، لعام ٢٠٠٦ .

رابعاً_ المقالات والأبحاث :

. أحمد قاسم فرح، النظام القانوني لمقدمي خدمات الإنترنت، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة المنارة، الأردن، المجلد ١٣، العدد ٩، لعام ٢٠٠٧، منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ١٠ ص ٢٠١٦/٦/٦

<http://www.lawjo.net/vb/attachment.php?attachmentid=1255&stc=1&d=12>

. أروى محمد تقوى ، المسؤولية المدنية للمواقع الإلكترونية الإعلامية ، بحث علمي منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٣٠ ، العدد الأول ، لعام ٢٠١٤ .

. أكمل يوسف السعيد يوسف، المسؤولية الجنائية لمقدمي المواد الإباحية للأطفال عبر الإنترنت، بحث علمي مقدم لكلية الحقوق في جامعة المنصورة، منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، لعام ٢٠١١، متوفر على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٤م ٢٠١٦/٦/٦

<http://www1.mans.edu.eg/faclaw/arabic/megala/documents/50/9.pdf>

. خوله كاظم محمد راضي ، الإيجاب في عقود الإذعان، بحث علمي مقدم لجامعة بابل-العراق، منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة ، لعام ٢٠١٤، منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٣م ٢٠١٦/٦/٧ .

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=90495>

. دمانة محمد ، شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة
وسلطان القانون ، بحث علمي منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون ،
العدد ٥ جوان ، الجزائر ، لعام ٢٠١١ . منشور على الرابط الإلكتروني التالي:
آخر زيارة الساعة ٢٠١٦\٦\٦ م٦

[http://dspace.univ-](http://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/bitstream/123456789/7340/3/D0516.pdf)

[ouargla.dz/jspui/bitstream/123456789/7340/3/D0516.pdf](http://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/bitstream/123456789/7340/3/D0516.pdf)

. ذكرى محمد حسين ونصير صبار ، الحماية المدنية من الشروط المألوفة في
العقود التجارية، بحث علمي منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية
والسياسية في جامعة بابل ، المجلد الأول ، العدد الأول ، العراق، لعام ٢٠٠٩
. منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٢٠١٦\٦\٧ م٤

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=37004>

. عبد الفتاح محمود كيلاني مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الإنترنت ،
دراسة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة بنها ، مصر ، بدون تاريخ ، منشورة
على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٢٠١٦\٦\٥ م٣

<http://www.flaw.bu.edu.eg/flaw/images/part2.pdf>

. عبد المهدي كاظم ناصر ، المسؤولية المدنية لوسطاء الإنترنت ،
بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، العدد الثاني،
المجلد الثاني ، لعام ٢٠٠٩ ، منشور على الرابط الإلكتروني التالي:
تاريخ آخر زيارة الساعة ٢٠١٦\٦\٦ م٤

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=13003>

. منصور الصرايرة ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية ، دراسة في التشريع الأردني ، بحث علمي منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٥ ، العدد الثاني، لعام ٢٠٠٩، منشور على الرابط الإلكتروني التالي: تاريخ آخر زيارة الساعة ١١ ص ٢٠١٦/٦/٨ .

<http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/image/s/stories/821-846.pdf>

. منصور حاتم محسن و إيمان طارق مكي ، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد، بحث علمي مقدم لجامعة بابل _ العراق، منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة، لعام ٢٠٠٩، منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٥ ص ٢٠١٦/٦/٧ .

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=37045>

. نبيل ذنون جاسم ومثال مرهون مبارك، معيقات تطبيق الصيرفة الإلكترونية، بحث منشور في مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد ٢٥، لعام ٢٠١٠، منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ٥ ص ٢٠١٦/٦/٧ .

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=53269>

. وسن قاسم غني، الشكلية الاتفاقية في العقود، بحث علمي منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية في جامعة بابل، المجلد الثالث، العدد الأول، العراق، لعام ٢٠١١. منشور على الرابط الإلكتروني التالي: آخر زيارة الساعة ١١ ص ٢٠١٦/٦/٦ .

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=16532>

. وسيم حرب، ورشة عمل حول إرشادات الإسكوا لتنسيق التشريعات
السيبرانية في المنطقة العربية، الإرشاد الثاني، لعام ٢٠١٢ .
منشور على الرابط الإلكتروني: آخر زيارة الساعة ٣ م ٢٠١٦/١٦/٢٠١٦
<http://css.escwa.org.lb/ictd/2002/d1-2.pdf>

خامساً_ المجلات والدوريات:

- . مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية _ سورية
<http://www.damascusuniversity.edu.sy/component/content/article/34-magazines/161-economical-magazine>
- . مجلة المحامون _ سورية
<http://www.syrianbar.org/index.php?category=30>
- . مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة _ مصر
<http://lawfac.mans.edu.eg/post-graduated/conditions-3/magazine>
- . مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية _ العراق
<http://www.iasj.net/iasj?func=issues&jld=132&uiLanguage=ar>
- . مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية _ العراق
<http://www.iasj.net/iasj?func=issues&jld=160&uiLanguage=ar>
- . مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية _ العراق
<http://www.iasj.net/iasj?func=issues&jld=231&uiLanguage=ar> .
- . مجلة المنارة للبحوث والدراسات _ الأردن
<http://web2.aabu.edu.jo/manar>
- . مجلة دفاتر السياسة والقانون _ الجزائر
<http://30dz.justgoo.com/t1512-topic>

سادساً_ القوانين :

- . القانون المدني السوري رقم (٨٤) لعام ١٩٤٩
- . قانون التجارة السوري رقم (٣٣) لعام ٢٠٠٧
- . قانون الاتصالات السوري رقم (١٨) لعام ٢٠١٠
- . قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم (٣) لعام ٢٠١٤
- . قانون حماية المستهلك السوري رقم (٢) لعام ٢٠٠٨
- . قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري رقم (١٧) لعام ٢٠١٢
- . قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (٨٥) لعام ٢٠٠١
- . القرار الوزاري الكويتي رقم (٧٠) لعام ٢٠٠٢ بشأن أسس وضوابط التراخيص لمقدمي خدمة الإنترنت .
- . قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة.....	٩
الفصل الأول: الإغفاء من المسؤولية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية.....	١٩
المبحث الأول: ماهية مزودي الخدمات وشرط الإغفاء.....	٢١
المطلب الأول: تحديد مزودي الخدمات الإلكترونية ومسؤوليتهم.....	٢٢
الفرع الأول: المقصود بمزودي الخدمة الإلكترونية.....	٢٣
أولاً_ المفهوم الموسع.....	٢٤
ثانياً_ المفهوم الضيق.....	٢٨
الفرع الثاني: مسؤولية مزودي الخدمة الإلكترونية.....	٣٥
أولاً- الخطأ العقدي لمزود الخدمة الإلكترونية.....	٣٦
ثانياً- الضرر في نطاق مسؤولية مزود الخدمة الإلكترونية.....	٤٢
ثالثاً- العلاقة السببية.....	٤٤
١- نفي علاقة السببية.....	٤٥
٢- إشكالية السببية في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية.....	٤٦

- المطلب الثاني: عقد تزويد الخدمة الإلكترونية.....٤٩
- الفرع الأول: التعريف بعقد تزويد الخدمة الإلكترونية وخصائصه.....٥٠
- أولاً _ تعريف عقد تزويد الخدمة الإلكترونية.....٥٠
- ثانياً _ خصائص عقد تزويد الخدمة الإلكترونية.....٥٣
- الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد تزويد الخدمة الإلكترونية.....٥٦
- أولاً - مدى انطباق شروط عقد الإذعان على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية.....٥٩
- ثانياً - تأثير وجود شرط الإعفاء على طبيعة عقد تزويد الخدمة الإلكترونية.....٦٢
- المبحث الثاني: شرط الإعفاء من المسؤولية وشروط صحته.....٦٧
- المطلب الأول: ماهية شرط الإعفاء من المسؤولية.....٦٨
- الفرع الأول: المقصود بشرط الإعفاء ومبررات انتشاره في العقود الإلكترونية.....٦٩
- أولاً _ المقصود بشرط الإعفاء من المسؤولية.....٦٩
- ثانياً _ مبررات انتشار شرط الإعفاء من المسؤولية في العقود الإلكترونية.....٧٠
- ١- المبررات الاقتصادية.....٧١
- ٢- المبررات التقنية.....٧٢
- ٣- مبررات عملية.....٧٣
- ٤- الحاجة إلى التكنولوجيا.....٧٤
- الفرع الثاني: تمييز شرط الإعفاء عن بعض المفاهيم القانونية.....٧٥
- أولاً - الفرق بين الإعفاء من المسؤولية والإعفاء من الالتزام.....٧٦

- ثانياً- الفرق بين الإعفاء من المسؤولية والإعفاء من التعويض.....٧٩
- ثالثاً- التمييز بين شرط الإعفاء من المسؤولية والتعويض الاتفاقي.....٨٠
- رابعاً- شرط الإعفاء والتأمين على المسؤولية.....٨٢
- المطلب الثاني: شروط صحة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية.....٨٥**
- الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة شرط الإعفاء من المسؤولية.....٨٦
- أولاً- كتابة شرط الإعفاء.....٨٧
- ثانياً- ضرورة إعلام المشترك بشرط الإعفاء.....٩٢
- الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لصحة شرط الإعفاء من المسؤولية.....٩٦
- أولاً- وضوح شرط الإعفاء.....٩٧
- ثانياً- عدم مخالفة الشرط لنصوص قانونية خاصة.....١٠١
- ثالثاً- عدم مخالفة الشرط للالتزام الجوهري في العقد.....١٠٥
- الفصل الثاني: أشكال شرط الإعفاء من المسؤولية وآثاره.....١٠٧**
- المبحث الأول: أشكال الإعفاء من المسؤولية في عقود الخدمة الإلكترونية.....١٠٩
- المطلب الأول: الإعفاء من المسؤولية الشخصية للمزود.....١١٠**
- الفرع الأول: جواز الإعفاء من المسؤولية الشخصية للمزود.....١١١

- أولاً_ المؤيدون لشرط الإعفاء..... ١١١
- ثانياً- المعارضون لشرط الإعفاء..... ١١٤
- الفرع الثاني: عدم جواز الإعفاء في حالي الغش والخطأ الجسيم..... ١١٨
- أولاً - الغش في عقود تزويد الخدمة الإلكترونية..... ١١٩
- ثانياً - الخطأ الجسيم في عمل مزود الخدمة الإلكترونية..... ١٢٦
- المطلب الثاني: الإعفاء من المسؤولية عن عمل الغير والأشياء..... ١٢٩
- الفرع الأول: الإعفاء من المسؤولية عن عمل الغير..... ١٣٠
- أولاً _ المقصود بالغير في إطار عمل مزود الخدمة الإلكترونية..... ١٣٠
- ثانياً_ طبيعة مسؤولية المزود عن عمل الغير..... ١٣١
- ١- مسؤولية المزود عن عمل الغير هي مسؤولية شخصية..... ١٣٢
- ٢- مسؤولية المزود هي عن فعل الغير..... ١٣٣
- ثالثاً_ شروط مسؤولية المزود عن عمل تابعيه..... ١٣٥
- الفرع الثاني: الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء..... ١٣٨
- أولاً- طبيعة مسؤولية المزود عن عمل الآلات التي يستخدمها في تنفيذ التزاماته
العقدية..... ١٣٨
- ثانياً_ شروط المسؤولية عن فعل الأشياء..... ١٤١

ثالثاً_ تطبيق المادة (٢١٨) من القانون المدني السوري بشأن الإعفاء من المسؤولية عن	
فعل الأشياء.....	١٤٢
المبحث الثاني: أثر شرط الإعفاء على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية وسلطة	
القضاء اتجاهه.....	١٤٥
المطلب الأول: أثر صحة وبطلان شرط الإعفاء على عقد تزويد الخدمة	
الإلكترونية.....	١٤٦
الفرع الأول: أثر صحة شرط الإعفاء على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية.....	١٤٧
أولاً_ مدى تمسك مزود الخدمة بشرط الإعفاء في حالة إلغاء الترخيص.....	١٤٨
ثانياً_ أثر الخيرة بين المسؤوليتين بالنسبة لقدرة المشتركين على المطالبة بالتعويض... ..	١٥٠
الفرع الثاني: أثر بطلان شرط الإعفاء على عقد تزويد الخدمة الإلكترونية.....	١٥٥
أولاً_ بطلان شرط الإعفاء كلياً.....	١٥٦
ثانياً_ بطلان شرط الإعفاء جزئياً	١٥٨
المطلب الثاني: سلطة القضاء اتجاه شرط الإعفاء في عقود الخدمة	
الإلكترونية.....	١٦١
الفرع الأول: سلطة القضاء في استبعاد شرط الإعفاء في عقود الخدمة الإلكترونية.....	١٦٢
أولاً- تدخل القاضي استناداً إلى سلطته في عقود الإذعان.....	١٦٣
ثانياً- تدخل القاضي لإلغاء شرط الإعفاء من المسؤولية في غير حالة الإذعان.....	١٦٥

الفرع الثاني: سلطة القضاء في تفسير شرط الإعفاء في عقود الخدمة

الإلكترونية.....١٦٨

الخاتمة.....١٧٣

النتائج.....١٧٤

التوصيات.....١٧٦

المراجع.....١٧٩