

جامعة مولود معمري - تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة -

رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم

التخصص: القانون

تحت إشراف
د. جعفر محمد سعيد

من إعداد الطالب
عجالي بخالد

لجنة المناقشة

- رئيسا - د/ سي يوسف زاهية حورية، أستاذة، جامعة مولود معمري تيزي وزو
- مشرفا ومقررا - د/ جعفر محمد سعيد، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو
- ممتحنا - د/ حداد العيد، أستاذ، جامعة سعد دحلب، البليدة
- ممتحنا - د/ خليل عمرو، أستاذ محاضر "أ"، جامعة سعد دحلب، البليدة
- ممتحنا - د/ حامق ذهبية، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة الجزائر
- ممتحنا - د/ صبايحي ربيعة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري تيزي وزو

تاريخ المناقشة

16 جوان 2014

جامعة مولود معمري- تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية

النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة -

رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
التخصص: القانون

تحت إشراف
د. جعفر محمد سعيد

من إعداد الطالب
عجالي بخالد

لجنة المناقشة

- رئيسا - د/ سي يوسف زاهية حورية، أستاذة، جامعة مولود معمري تيزي وزو
مشرفا ومقررا - د/ جعفر محمد سعيد، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو
ممتحنا - د/ حداد العيد، أستاذ، جامعة سعد دحلب، البليدة
ممتحنا - د/ خليل عمرو، أستاذ محاضر "أ"، جامعة سعد دحلب، البليدة
ممتحنا - د/ حامق ذهبية، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة الجزائر
ممتحنا - د/ صبايحي ربيعة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري تيزي وزو

تاريخ المناقشة

16 جوان 2014



إهداء

مقدمة:

شهدت البشرية في نهاية القرن العشرين وبداية هذا القرن تطورا كبيرا في وسائل الاتصال وتقنياته جعلت السلوك الإنساني يتغير من مختلف الجوانب الاقتصادية والثقافية والاجتماعية والقانونية أيضا.

وقد ساعد التطور المستمر لوسائل نقل المعلومات وتقنيات الاتصال على إيجاد روابط أكثر سرعة وأقل كلفة بين الأفراد في شتى بقاع العالم. وكان طبيعيا في هذه البيئة التقنية أن يستخدم الإنسان هذه الوسائل المطورة في نقل إراداته والتعبير عنها، وهذا ما كان سببا رئيسا وراء انتشار طائفة جديدة من العقود أطلق عليها العقود الإلكترونية نسبة إلى الوسيلة التقنية والتكنولوجية المستخدمة في إبرامها.

وعلى نحو متسارع جدا بدأ الإنسان يخطو خطوات متلاحقة نحو إبرام معاملاته وتصرفاته القانونية باستخدام تلك الوسائل التقنية، نتيجة لما توفره من ظروف تتيح تبادل الإرادتين بصورة فورية لا تعترف بالحدود أو العوائق المادية.

وإذا كان النظام التعاقدى يحظى بمكانة تشريعية هامة في مختلف القوانين، بالنظر إلى أنه يعد من أهم التصرفات القانونية في معاملات الإنسان اليومية، كما يعتبر محركا للنشاط الاقتصادي بين أشخاص القانون الخاص، فإن استخدام وسائل الاتصال الإلكتروني في إبرام العقد قد ألقى بظلاله على القواعد التي تحكم نظرية العقد وتشكل محورا للقانون المدني.

وبما أن نظام التعاقد يتأثر دائما بالتطورات المتلاحقة التي تحدث في البيئة المحيطة به وبأطرافه، فإن نظرية العقد قد تأثرت تأثرا بالغا بالتطور المذهل لوسائل الاتصال الحديثة.

وأمام هذا الوضع، دأب فقهاء القانون المدني على الاهتمام بمسألتين من أهم مسائل المعاملات الإلكترونية هما: التعاقد الإلكتروني، والإثبات الإلكتروني.

وبمناسبة سن التشريعات المنظمة لمختلف مسائل المعاملات الإلكترونية، ظهر اتجاهان فقهيان متباينان، الأول منهما يرى أن المعاملات الإلكترونية لا تحتاج إلى تنظيم

تشريعي خاص إلا فيما يخص الإثبات الإلكتروني، أما العقد الإلكتروني فحسبه أن يخضع للقواعد العامة في نظرية العقد التي تعد كافية في نظر هذا الاتجاه، لاستيعاب هذه الوسيلة الحديثة في التعاقد، فنظرية العقد فيها من المرونة ما لا يجعلها عاجزة عن احتواء هذه الوسيلة في التعبير عن الإرادة وإبرام العقد، وارتكز هذا الرأي على أمرين، الأول منهما أن القراءة المتأنية وإمعان النظر في هذه القواعد يفيد بالعرض، وذلك أنها مازالت تحوي الكثير مما يستحق الخوض فيه، كما أن النظرية العامة للعقد لم تكن وليدة وضع طارئ أوحده عابر لتعجز عن مواكبة التطور واحتواء ما استجد من مسائل، فكلما أقتن الباحث النظر في تلك القواعد كلما اكتشف مرونتها وملائمتها للحاجات المتطورة، فلا يجب اللجوء إلى السهل بطلب وضع تشريعات حديثة ظنا بأن القواعد العامة لا تكفي.

والأمر الثاني أن القواعد العامة تقبل التطوير من خلال الاجتهاد في تفسير النصوص التشريعية والتوسع في البحث عن مدلولاتها لمواجهة ما استجد من قضايا.

في حين ذهب أصحاب الاتجاه الثاني إلى ضرورة أن يتضمن التنظيم التشريعي للمعاملات الإلكترونية المسألتين معا، فهما على قدر متساو من الأهمية، إذ أن النظرية العامة للعقد قد لا تكفي لمواجهة بعض الإشكالات التي أفرزها شيوع استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود فمعظم المشرعين في دول العالم قد تخطوا لسن تشريعات مستقلة لتنظيم هذا النوع من المعاملات أو إدخال نصوص في التقنيات المدنية لاستيعاب هذه الوسائل عندما تستخدم في نقل الإرادة.

وبوضع هذه المسائل على بساط التشريع الجزائري، فإنه ينبغي إلقاء نظرة على التقنين المدني الجزائري وعلى مشاريع تعديله.

فقد جاء في عرض أسباب المشروع التمهيدي للقانون 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن التقنين المدني المعدل والمتمم ما يلي:

"...هناك اعتبارات خارجية تستلزم إعادة النظر في التقنين المدني لاسيما ما يتعلق بالتقدم العلمي والتكنولوجي من جهة، والتحولات التي يعرفها العالم من جهة أخرى وبما أن القانون المدني يعتبر حديث النشأة ولم يمض على إصداره سوى ربع

قرن، فإن الأحداث تجاوزته خاصة في ميدان التكنولوجيا لاسيما التعامل عن طريق الإنترنت واستعمال الوثائق والسندات الإلكترونية بدلا من استعمال الورق.

لقد زاد هذا التقدم التكنولوجي من سرعة المعاملات التجارية، وجعل التجارة أقل تكلفة واقتصادا للوقت، ومن ثم لا يمكن أن تتجاهل أحكام القانون المدني هذه التطورات خاصة وأن السياسة الحالية للدولة تسعى إلى جلب المستثمرين الأجانب وتعمل على تكريس حقوق الإنسان والأخذ بالتدابير الضرورية للتطور العلمي والتكنولوجي ومتطلبات العولمة، وقد حان الوقت لتكييف قانوننا المدني مع الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر...⁽¹⁾.

وكما هو واضح، عكست هذه الفقرة من عرض أسباب مشروع التعديل الذي صودق على جزء منه فيما بعد وحمل ترتيب القانون رقم 10/05، قلق المشرع وقناعته بأن نصوص التقنين المدني الجزائري لم تعد تستوعب العقود والتصرفات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية بعد أن أصبحت واقعا مفروضا أملاه التطور السريع لوسائل الاتصال، ورغبة الإنسان المتزايدة في استخدامها في أغلب معاملاته اليومية.

ومن جهة أخرى، حملت هذه الفقرة إقرارا من المشرع بأن التقنين المدني أصبح غير منسجم مع الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر.

واستجابة لما جاء في هذه الفقرة أدخلت بعض التعديلات على التقنين المدني بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 وتم إضافة نص المادة 323 مكرر 01 وتعديل نص المادة 327 وهما مادتان خصصتا لبيان الحجية القانونية للإثبات بالطرق الإلكترونية.

غير أن التعديلات لم تستكمل طريقها ولم ترق إلى أرضية تبين كيفية إبرام العقد باستخدام الوسائل الإلكترونية، وأشكال التعبير عن الإرادة عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة واعتراف القانون باستخدامها، وبيان الوسائل التي تمكن الطرفين من التأكد من

¹ - وردت هذه الفقرة في عرض أسباب مشروع قانون تعديل التقنين المدني الذي أعدته اللجنة المكلفة بمراجعة القانون المدني بوزارة العدل، وثيقة غير منشورة.

نسبة الإرادة لصاحبها، والتحقق من أهلية كل طرف ومكان إبرام العقد عندما يتم بهذه الطريقة.

هذا الموقف التشريعي للقانون رقم 10/05 بعد التمعن في عرض أسبابه، يثير التساؤل حول إمكانية استيعاب القواعد العامة في التقنين المدني لها، وما إذا كان سكوت المشرع عن تلك المسائل واقتصاره على تقنين أحكام الإثبات بالطرق الإلكترونية، وإغفاله أحكام التعاقد بالوسائل الإلكترونية في النصوص المعدلة، بعد أن فتح النقاش حولها في عرض أسباب التعديل مدعاة للقول أن النظرية العامة للعقد فيها ما يكفي من الأحكام للإحاطة بكل ما يثيره التعاقد الإلكتروني من تساؤلات وإشكاليات.

قد يرى البعض أن المشرع، بسكوته عن تنظيم التعاقد بالطرق الإلكترونية بالقانون رقم 10/05 واقتصار التعديلات والتتميم الذي أدخل على التقنين المدني على أحكام الإثبات بالوسائل الإلكترونية، لم يكن مبتدعا بل اعتنق وجهة نظر الرأي الأول الذي يرى أن المعاملات التي تتم بالوسائل الإلكترونية لا تحتاج إلى تنظيم إلا فيما يخص الإثبات بهذه الوسائل، وأن التعاقد يظل خاضعا لأحكام نظرية العقد التي تكفي لمواجهة ما يثيره استخدام هذه الوسائل في التعاقد.

كانت الإجابة ستقف عند هذا الحد لو أن المشرع اكتفى بتلك التعديلات، لكنه أعاد إظهار قلقه في عرض أسباب مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري في جزئه المتعلق بعقد البيع الذي لم يعرض للمناقشة أو المصادقة عليه بعد، حيث جاء في فقرة من فقرات عرض الأسباب ما يلي:

"...كما لا يوجد أحيانا أي تنظيم للتقنيات الجديدة التي تتم بموجبها عمليات البيع ومن ثم تكون لإرادة البائعين الحرية الكاملة مثلما هو الأمر في البيوع عن بعد...".

وفي نصوص هذا المشروع، نجد القائم على إعداده يهتم بتعريف البيع عن بعد بأنه كل عقد بيع يبرم عبر وسائل اتصال وتقنيات حديثة، ويبين أحكامه ويفصل مسائل حماية المتعاقد الضعيف وطرق تنفيذ العقد.

ورغم أن هذه النصوص تظل مجرد مشروع يمكن ألا يرى النور، فإنه يمكن لأي مهتم بتطورات الساحة التشريعية أن يلمس فيها إصرارا من المشرع على تنظيم استخدام تقنيات الاتصال في إبرام العقود.

وفي خضم هذا الواقع التقني والتكنولوجي، الذي جعل من التعامل بالوسائل الإلكترونية أمرا شائعا ومفروضا، وبناء على الموقف غير الواضح للمشرع الجزائري من المسألة، فإن هذه الدراسة قد اتجهت نحو بحث النظام القانوني للتعاقد بالطرق الإلكترونية، محاولة منا الإجابة عن الإشكالية التالية:

هل تحتاج المعاملات الإلكترونية إلى تنظيم قانوني خاص بها؟ أم أن القواعد العامة في نظرية العقد كفيلة باحتواء هذا النوع الجديد من وسائل التعبير عن الإرادة.

وللبحث تساؤلات فرعية تدور حول مفهوم التعاقد بالطرق الإلكترونية ومدى كفاية نصوص التقنين المدني في استيعابها، ثم التمعن في الوسائل الإلكترونية ومشروعية التعامل بها ونقل الإرادة من خلالها.

ولعل أهم التساؤلات التي يثيرها النظر الدقيق في مشروع تعديل التقنين المدني تدور حول كون العقد الإلكتروني وليدا جديدا في النظام التعاقدي، بمعنى هل يحتاج إلى تنظيم قانوني خاص لانفراده بخصائص ومميزات تجعل تنظيمه بنصوص خاصة أمرا ضروريا. ثم هل تكفي الوسائل المعروفة في التقنين المدني لتوفير حماية لأطراف العقد.

فالوسائل التقنية تتيح لأطراف متباعين يقيم كل منهما في دولة معينة إبرام عقد حول سلعة أو خدمة معينة، فكيف يمكن لكل طرف التحقق من هوية المتعاقد الآخر والتأكد من سلامة أهليته وصلاحيته لإبرام هذا العقد، وما هي الطرق الكفيلة التي تسمح لكل متعاقد التأكد من مواصفات السلعة أو الخدمة التي يريد التعاقد عليها، وكيف يتم تحديد زمان ومكان إبرام هذا العقد.

إن الإجابة عن هذه الإشكالية وتلك التساؤلات لن تتأتى إلا بالبحث في التشريعات التي سبقت المشرع الجزائري إلى التفكير في وضع إطار تشريعي لتنظيم مختلف مسائل التعاقد الإلكتروني، وما يثيره استخدام الوسائل التقنية في التعبير عن الإرادة.

وبإلقاء نظرة سريعة على المنظومة التشريعية الدولية في تنظيمها لهذا الموضوع، سنجد في صدارتها القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الذي أعدته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة سنة 1996، ثم قوانين الدول العربية المتعلقة بتنظيم المعاملات الإلكترونية، ومنها تونس التي أصدرت قانون التجارة الإلكترونية بتاريخ 2000/08/09، ثم تلتها الأردن بإصدار قانون التجارة الإلكترونية بتاريخ 2001/12/11، ثم إمارة دبي بتاريخ 2002/02/12، وقانون مملكة البحرين في 2002/09/14، ثم المملكة المغربية بتاريخ 2007/11/3. وقد انتهى عدد من المشرعين في باقي الدول العربية من إعداد مشاريع تنظم المعاملات الإلكترونية كما هو الحال في مصر والكويت وفلسطين.

كما أن الإجابة عن تلك الإشكالية ستمر أيضا عبر الاعتماد على قوانين دول الاتحاد الأوروبي التي عملت على ملائمة قوانينها الوطنية مع التوجيهات التي أصدرها الاتحاد الأوروبي إلى مشرعي دول الإتحاد في الموضوع، وسنركز على ما اتخذته فرنسا على الخصوص منذ سنة 2000 إلى سنة 2005 باعتبارها أول دولة أوروبية تنظم التعاقد بالطرق الإلكترونية، فمنذ سنة 2000 سن المشرع الفرنسي عدة نصوص تشريعية وتنظيمية عمل من خلالها على ملائمة القوانين الفرنسية مع التوجيهات الأوروبية ومع القانون النموذجي المعد من طرف لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، كما أن التجربة الفرنسية في هذا المجال ذات مغزى بالنسبة لمشروع تعديل التقنين المدني لأننا سنرى عبر مراحل الدراسة أن مشروع تعديل التقنين المدني حول الموضوع مقتبس عن التشريع الفرنسي.

وبذلك فإن دراستنا لموضوع النظام القانوني للعقد الإلكتروني ستكون دراسة مقارنة، نعكف فيها بإذن الله على وضع نصوص التشريعات التي سبقت إلى تنظيم هذا الموضوع موضع دراسة، لنسلط البحث بعد ذلك على نصوص المشروع، إن وجدت، بالمناقشة والتحليل.

واتساقا مع الهدف الذي رسمناه للدراسة، وهو الوصول إلى وضع نظام قانوني للتعاقد الإلكتروني، فإننا لن نقف، عبر جميع مراحل البحث، على الجزئيات المعروفة في القواعد العامة وفي نظرية العقد إلا بالقدر الذي تقتضيه الدراسة، فلن نورد مثلا تعريف

العقد في القواعد العامة، ولن نتحدث بالتفصيل عن أركان العقد في نظريته العامة، وهذا كله لأن الغاية المرجوة هي جمع كل المقترضات والأحكام التي تتصل بالتعاقد بالطرق الإلكترونية، فكل جزئية في القواعد العامة تكفي لاستيعاب وتنظيم هذا النوع من التعاقد نتمناها ونشير إلى أهميتها، وكل جزئية يحتاجها هذا العقد ولم تكن في أذهان واضعي التقنين المدني عند وضعه وفرضها التطور العلمي سنركز عليها.

وبطبيعة الحال فإن المقارنة بين مختلف نصوص التشريعات التي نظمت التعاقد بالوسائل الإلكترونية، بما فيها نصوص مشروع تعديل التقنين المدني، ستكون منهجا لنا نسير عليه في كل الدراسة. كما أننا سنعمد إلى تحليل الآراء الفقهية وبعض الأحكام القضائية إن وجدت ونقدها، لنجيب في نهاية الدراسة ونقترح على القائمين على أمر التشريع في بلادنا الأخذ بالرأي الأول بالإتباع، تنظيم المعاملات الإلكترونية في شقيها التعاقد والإثبات، أم أن التعاقد سيظل خاضعا للنظرية العامة في الالتزامات.

وبذلك يتضح أن نطاق الدراسة هو الوقوف على مظاهر الخصوصية في عملية إبرام العقد بالوسائل الإلكترونية، واستخدام هذه الأخيرة في التعبير عن الإرادة.

والتزاما بالنهج الذي رسمناه، فإننا قسمنا هذه الدراسة إلى بابين، تناولنا في الباب الأول ماهية العقد الإلكتروني ووسائله وصوره وقسمناه إلى فصلين: عالجا في الأول منهما ماهية العقد الإلكتروني، حيث تطرقنا فيه إلى تحديد مفهوم العقد الإلكتروني باستعراض مختلف التعريفات الفقهية ومناقشتها وتحليلها، بغرض الوصول إلى تعريف جامع يبين المقصود بالعقد الإلكتروني، ثم عرجنا على تعريفه في التشريعات المنظمة لهذا النوع من التعاقد بما فيها التعريف الوارد في مشروع تعديل التقنين المدني، ثم عرضنا لمسألة هامة تتبادر إلى ذهن الباحث هي مسألة جواز التعاقد بالطرق الإلكترونية، وفي هذه الجزئية حاولنا الإجابة عما إذا كانت القواعد العامة تجيز استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقد صراحة أم أن مضمونها لا يتعارض مع ما يحمل العقد الإلكتروني من خصوصية.

وفي هذا المبحث أيضا وقفنا على خصائص العقد الإلكتروني التي تبين، من خلال عرضها، أن هذا العقد يجمع عدة خصائص لا تجتمع في غيره من العقود، فهو عقد دولي وتجاري غالبا وهو عقد استهلاكي أحيانا وعقد عن بعد دائما.

وفي المبحث الثاني من الفصل الأول تطرقنا إلى تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود التي تشابهه سواء في طريقة انعقاده، أو تتداخل معه لكونها تتم في بيئة إلكترونية وتكون لازمة لتحقيقه، وفي هذا المبحث تتبدى خصوصية العقد الإلكتروني أكثر من سابقه.

ثم تناولنا في الفصل الثاني من الباب الأول دائماً وسائل التعاقد الإلكتروني وصوره، وفيه تطرقنا للوسائل التي يتم استعمالها في نقل الإرادة من طرف لآخر، وهو ما يسمى بالتبادل الإلكتروني للبيانات، حيث وقفنا عند تعريف تبادل البيانات وتحديد أطرافه، وصلاحيته لنقل الإرادة، وكيفية تبادل البيانات الإلكترونية، وإمكانية التحقق وإسناد الرسالة الإلكترونية إلى من صدرت عنه، لنتولى بعد ذلك حديثاً عن صور التعاقد الإلكتروني ومنها إبرام العقد عن طرق البريد الإلكتروني، وإبرامه عن طريق شبكة الإنترنت والتفاعل المباشر، ثم الحديث عن التعاقد عن طريق الوكيل الإلكتروني وجواز ذلك من الناحيتين الفقهية والتشريعية.

وليكتمل وضع نظام قانوني للتعاقد الإلكتروني خصصنا الباب الثاني من الدراسة لعملية إبرام العقد الإلكتروني وتكوينه، حيث تناولنا في الفصل الأول منه التراضي في العقد الإلكتروني وفيه تطرقنا للتفاوض على إبرام العقد فعرّفنا التفاوض وبيننا أهميته ومراحل وآثاره بالنسبة إلى العقود الإلكترونية في المبحث الأول، في حين خصصنا المبحث الثاني لمرحلة التعاقد الإلكتروني وفيه تطرقنا لخصوصية الإيجاب والقبول في هذا العقد والإشكاليات التي تثيرها مسألة تحديد لحظة إبرام العقد وزمان ومكان انعقاده ومدى انطباق القواعد العامة على هذا النوع من التعاقد، ثم تصدينا لمسألة تولها الفقه بالمناقشة وحظيت بالاهتمام هي مشكلة اللغة والتواصل بين أطراف هذا العقد عندما يبرم بين طرفين يقيم كل منهما في دولة تختلف لغتها عن لغة الدولة التي يقيم فيها الطرف الآخر.

وعالجنا في الفصل الثاني وسائل حماية التراضي في العقد الإلكتروني، وتناولنا الوسائل المعروفة في التقنين المدني في نظرية عيوب الإرادة وعالجنا مسألة كفاية هذه النظرية في تحقيق الأمن لطرفي العقد، وتناولنا أيضاً وسائل التحقق من هوية كل طرف وسلامة أهليته.

وبما أن الخاصية الهامة للعقد الإلكتروني هي كونه عقدا يبرم عن بعد، فإن التشريعات المنظمة للتعاقد الإلكتروني ومشروع تعديل التقنين المدني قد كفلا حماية للتراضي في هذا العقد تبعا لهذه الخاصية عن طريق تقرير الحق في العدول عن العقد الذي خصصنا له المبحث الثاني بتعريفه وتحديد مضمونه ونطاقه وآثار استعماله.

وختمنا هذه الدراسة بجملة من النتائج نراها كفيلة بإرساء دعائم النظام القانوني للتعاقد الإلكتروني وحاولنا وضع خلاصة بحثنا بين أيدي المهتمين بالموضوع والقائمين على أمر التشريع لتطوير النظام التشريعي الجزائري لتفادي ما يعتريه من نقائص..

الباب الأول

ماهية العقد الإلكتروني ووسائله

يحتل النظام القانوني للتعاقد مكانا متميزا ومهما في مختلف الأنظمة التشريعية، فهو يعبر عن أهم التصرفات القانونية في تعاملات الأفراد اليومية، ويعد محورا لنشاطهم الاقتصادي الذي تنشأ عنه أغلب الالتزامات بينهم.

وتأكيدا لأهميته تلك، فقد أحاطته التشريعات بعناية خاصة، فأقرت له مجموعة من الأحكام القانونية ظلت ثابتة على مر العصور، كما عكف فقهاء القانون المدني على دراسة النظرية العامة للعقد دراسة مستفيضة.

غير أنه ونظرا للتطور السريع والمتلاحق لأنظمة الاتصال وتقنياته، ظهرت وسائل الاتصال الحديثة وشاع استخدامها في إبرام العقود، ما أدى إلى أن طفا على سطح الساحة التشريعية والفقهيّة العديد من التساؤلات حول التعاقد باستخدام وسائل الاتصال الحديثة ومدى تأثيرها في النظرية العامة للعقد، أو احتواء هذه الأخيرة لأحكام العقد الإلكتروني رغم حداثة عهده بالبيئة القانونية.

وفي سبيل الوصول إلى ماهية العقد الإلكتروني ومعرفة مدى انطباق أحكام النظرية العامة للعقد عليه أو خروجه عنها، فإننا نخصص هذا الباب للبحث في حقيقة هذا العقد ومظاهر الخصوصية فيه من خلال فصلين، نتناول في الأول منهما ماهية العقد الإلكتروني بالوقوف عند مفهومه وخصائصه، ثم تمييزه عن غيره في العقود، لنتناول في الفصل الثاني بيان وسائل التعاقد الإلكتروني وهي الوسائل التي تخرج هذا العقد عن الطرق المعروفة في التقنين المدني.

الفصل الأول

ماهية العقد الإلكتروني

بظهور وسائل الاتصال الحديثة وسهولة استخدامها، عرفت السنوات الأخيرة نمواً متزايداً للعقود الإلكترونية إذ أصبحت تمثل نسبة عالية في حجم المعاملات سواء بين الأفراد أو الشركات. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى سهولة وسرعة إبرام تلك العقود بالنظر إلى شيوع وسائل الاتصال المتطورة ولجوء الأفراد إلى إبرام أغلب عقودهم ومعاملاتهم بها، ما يثير التساؤلات حول ماهية هذا العقد المبرم بالوسائل الإلكترونية، وجواز استخدام تلك الوسائل في التعبير عن الإرادة ومدى اختلاف هذا العقد عن غيره من العقود.

وبغرض الوقوف على ماهية العقد الإلكتروني نرى ضرورة ضبط المفهوم الدقيق للعقد من خلال استعراض مختلف التعريفات الفقهية والتشريعية له، ثم بيان خصائصه، وهو ما نخصص له المبحث الأول من هذا الفصل، لنكرس المبحث الثاني لتمييز العقد الإلكتروني عن العقود المشابهة له.

المبحث الأول

مفهوم العقد الإلكتروني

يشمل تحديد مفهوم العقد الإلكتروني، في نظرنا، اختيار تعريف له، وهو ما لا يتسنى لنا إلا بعد استعراض مختلف التعريفات الفقهية له، ثم التعريفات الواردة في مختلف التشريعات المقارنة.

كما أن مفهوم العقد الإلكتروني لن يضبط إلا بعد وضع مسألة جواز التعبير عن الإرادة وإبرام العقد بالوسائل الإلكترونية، أي بيان مشروعية العقد الإلكتروني. وهذا ما نخصص له المطلب الأول، في حين نستعرض في المطلب الثاني خصائص هذا العقد في نظر الفقه وتلك التي يمكن استنباطها من مجمل التعريفات التي سنوردها ونناقشها.

المطلب الأول

التعريف بالعقد الإلكتروني وبيان مشروعيته

رغم أن العقد الإلكتروني لا يشكل نوعاً جديداً من العقود ليضاف إلى العقود المعروفة في فقه القانون المدني، ورغم أن التقنيات المدنية لم تهتم بطريقة التعبير عن الإرادة لتحديد نوع العقد، فإن العقد الإلكتروني لم يكن محل اتفاق في تعريفه سواء من الوجهة الفقهية أو التشريعية. كما أنه لم يكن موضع اتفاق حول مشروعيته وجواز التعبير عن الإرادة فيه بالوسائل الإلكترونية.

ومن أجل الوصول إلى تعريف دقيق ومتكامل للعقد الإلكتروني، نتعرض لمختلف التعريفات الفقهية والتشريعية في الفرع الأول، لنتولى مناقشة مشروعية التعاقد بالطرق الإلكترونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

التعريف بالعقد الإلكتروني

أثار تعريف العقد الإلكتروني الكثير من الجدل واختلقت فيه وجهات النظر. ولعل مرد هذا الخلاف تنوع العقود التي تبرم بوسائل الاتصال وتقنياته وتشعب مجالاتها، ما أدى إلى اختلاف التعريفات التي وردت في شأنه باختلاف الزاوية التي ينظر منها إليه. كما أن بعضاً من التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية قد حاولت وضع تعريف له ونظراً لتباينها فإننا نورد أهمها فيما يلي:

أولاً- التعريف الفقهي:

عرف جانب من الفقه العقد الإلكتروني بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة أو مرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل"⁽¹⁾.

يلاحظ على هذا التعريف أنه قصر العقد الإلكتروني على المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت فقط. ومن المعلوم أن تقنيات الاتصال متعددة ومختلفة وبالإمكان إبرام العقد عن طريقها، كما أنه من غير الدقيق أن يرتبط تعريف العقد الإلكتروني بوسيلة اتصال معينة وهي الوسائل التي تتطور يوماً بعد يوم، وسيوضح عبر مراحل الدراسة أن شبكة الاتصال الدولية ليست هي الوسيلة الوحيدة للتعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية⁽²⁾.

كما يلاحظ أن التعريف السابق للعقد الإلكتروني لم يبين النتيجة المترتبة على النقاء الإيجاب بالقبول، وهي إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات عقدية⁽³⁾.

غير أن فقهاء آخرين يرون أن هذا التعريف مهم لكونه ركز على خصوصية هذا العقد التي تتمثل في الوسيلة التي يبرم بها، إضافة إلى أنه لم يغفل صفة هامة من صفاته وهي انتمائه إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد⁽⁴⁾.

¹ - راجع في هذا التعريف: د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 120؛ د/ عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 148.

Olivier ITEANU, Internet et le droit; aspects juridiques du commerce électronique, éditions Ayrolle, 1996, p. 23.

² - في انتقاد التعريف راجع: د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى؛ 2006، ص 66؛ د/ سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2008، ص 18.

³ - راجع في ذلك: د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2006، ص 52.

⁴ - د/ تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، غير منشورة، جامعة القاهرة، 2008، ص 38.

وهناك من الفقه، من ركز، في محاولته تعريف العقد الإلكتروني، على الصفة الدولية فيه حيث رأى بأنه: "العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائل التكنولوجية المتعددة خصوصا شبكة المعلومات الدولية، من جانب أشخاص متواجدين في دولة أودول مختلفة، بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائل بإتمام العقد"⁽¹⁾.

إن هذا التعريف لا يعبر، في نظرنا، بدقة عن العقد الإلكتروني لسببين:

الأول: إن شبكة الاتصال الدولية لا تعرف الحدود الجغرافية، إذ من الممكن إبرام عقد إلكتروني بين شخصين عن طريق الشبكة الدولية وهما في دولة واحدة، فليس كل عقد إلكتروني عقدا دوليا بالضرورة.

و الثاني: إن الشبكة الدولية، كما سبق بيان ذلك، ليست الوسيلة الوحيدة لإبرام العقد الإلكتروني فهناك وسائل أخرى تستعمل لإبرامه كما سنرى.

ولأن العقد الإلكتروني يرتبط ارتباطا وثيقا بالتجارة الإلكترونية ويعد الأداة الأساسية لها، فإن هناك من الفقه من رأى بأن عقد التجارة الإلكتروني هو "تنفيذ بعض أوكل المعاملات التجارية في السلع والخدمات، التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أوبين تاجر ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"⁽²⁾.

¹ - راجع في هذا التعريف، د/ صالح المنزلاوي، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 12؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دارالنهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 2002، ص 68.

² - راجع في ذلك، د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 17، تامر محمد سليمان الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 38.

وفي نفس السياق عرف بعض الفقه عقود التجارة الإلكترونية بأنها "مجموعة المبادلات المرقمة المرتبطة بالأنشطة التجارية بين المشروعات والأفراد أوبين المشروعات والإدارة، ويتميز بإلغاء المسافات الجغرافية واقتصار الوقت"⁽¹⁾.

وكما هو واضح، فإن هذا التعريف ركز على الصفة التجارية والاستهلاكية للعقد، والواقع أنه وإن كانت تلك الصفة تغلب على العقد لاستئثار البيوع التجارية على البيئة الإلكترونية بمختلف وسائلها، فإن هذا العقد الإلكتروني يمكن أن يتم بين الأفراد العاديين الذين ليسوا تجاراً، كما يمكن أن يرد على الخدمات والعقود المدنية البحتة كالإيجار والعارية، ولذلك فإنه لا يمكن أن تكون صفة أطراف العقد غالبية على تعريفه⁽²⁾.

وفي محاولة لإيجاد تعريف عام للعقد الإلكتروني بتقادي الانتقادات السابقة، سعى جانب من الفقه إلى وضع تعريف له مركزاً على وسيلة إبرامه وتنفيذه وبعض خصائصه جاء فيه: "العقد الإلكتروني هو اتفاق يبرم وينفذ كلياً أو جزئياً من خلال تقنية الاتصال عن بعد، بدون حضور مادي متزامن للمتعاقدين، بإيجاب وقبول، يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسائط وذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإبرام العقد"⁽³⁾.

ورغم أن هذا التعريف يتدارك بعض الانتقادات التي وجهت للتعريفات السابقة، فإنه يخلو من الإشارة إلى النتيجة المترتبة على التعاقد، وهي إنشاء التزامات عقدية، مكتفياً بإيراد الغرض من التعاقد وهو إشباع الحاجات المتبادلة للأطراف.

كما يؤخذ عليه تركيزه على خصائص الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد وانعدام الحضور المادي للأطراف وما سماه الصفة التفاعلية، مع ملاحظة حرصه من البداية تأكيد إبرام العقد وتنفيذه بوسيلة إلكترونية، غير أنه عاد وذكر أنها الوسيلة ذاتها

¹ - في استعراض هذا التعريف راجع: د/ محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2005 ص 13، هامش رقم 20 ص 14 نفس الهامش؛ د/ طاهر شوقي عبد المؤمن، عقد البيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2007، ص 20.

² - راجع في ذلك، رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، مذكرة ماجستير، جامعة الإسكندرية، 2006، ص 45.

³ - د/ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 14، 15.

المستخدمة في التعبير عن الإيجاب والقبول، رغم أن معنى الإبرام ينصرف إلى ذلك وهو تفصيل زائد ما كان ينبغي إيراد⁽¹⁾.

ثانياً - التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني:

إذا كانت تلك هي أبرز المحاولات الفقهية لتعريف العقد الإلكتروني، فإن التشريعات الدولية والوطنية قد حاولت بدورها وضع تعريف لهذا العقد.

1- تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية وتوجيهات الاتحاد الأوروبي:

أهم التشريعات وأسبقها في تعريف العقد الإلكتروني هو القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المعد من طرف لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة المسماة الأونسترال⁽²⁾ وقد حاول هذا القانون⁽³⁾ وضع تعريف للعقد الإلكتروني من خلال تعريف الوسائل التي يتم من خلالها إبرامه، حيث جاء في نص المادة الثانية منه المخصصة للتعريفات في الفقرة "أ" ما يلي:

يراد بمصطلح "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس، أو النسخ البرقي.

¹ - تامر الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 39.

² - الأونسترال لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة تم إنشاؤها بموجب القرار رقم 2205 المؤرخ في 17/12/1966 تضم في عضويتها غالبية الدول الممثلة للأنظمة القانونية المختلفة، أنشئت من أجل تحقيق الانسجام بين القواعد القانونية المنظمة للتجارة العالمية. وقد حققت هذه اللجنة العديد من الإنجازات أهمها اتفاقية فيينا للبيع الدولية عام 1980، ويرمز إليها اختصاراً باللغة الإنكليزية UNCITRAL وباللغة الفرنسية CNUDCI.

³ - صدر هذا القانون عن اللجنة في 12/06/1996، وتم إقراره بناء على التوصية رقم 162/51 الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1996 وهو يتكون من 17 مادة مقسمة إلى بابين الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية في المواد 01 إلى 10، في حين يتكون الباب الثاني من فصل وحيد يتعلق بعقود نقل البضائع، وألحق بهذا القانون خطاب موجه إلى الدول يوصي بضرورة اعتماده من طرف الدول عند سن تشريعاتها أو تنقيحها في استعراض القانون النموذجي ودليله التشريعي راجع، وائل أنور بندق، قانون التجارة الإلكترونية قواعد الأونسترال ودليلها التشريعي مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2009، موقع اللجنة على الشبكة www.uncitral.org.

يراد بمصطلح " تبادل البيانات الإلكترونية" نقل المعلومات إلكترونياً من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق معليه لتكوين المعلومات...".

كما نصت المادة 11 من هذا القانون على ما يلي: " في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض...".

يتضح من خلال هذين النصين، أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لمح إلى تعريف العقد الإلكتروني من خلال تعريفه لوسائل التعبير عن الإرادة عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة، إذ عرف رسالة البيانات بأنها كل المعلومات التي يتم إنشاؤها وإرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسيلة إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة. ثم أعطى أمثلة عن الوسائل التي يمكن استخدامها في نقل المعلومات، منها البريد الإلكتروني، والبرق، والتلكس، والنسخ البرقي⁽¹⁾.

كما بينت المادة 11 ذاتها الواردة تحت عنوان " تكوين العقود وصحتها"، أنه يمكن استخدام رسالة البيانات في التعبير عن الإيجاب أو القبول، وأن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أن الإيجاب أو القبول أو أحدهما تم بواسطة رسالة بيانات⁽²⁾.

وبالنظر إلى النصين السابقين فإنه يتجلى أن قانون الأونسترال لم يعرف العقد الإلكتروني بطريقة مباشرة وصريحة، لكنه عرف الوسائل المستخدمة في إبرامه. كما يلاحظ أنه توسع في تعداد وسائل إبرام هذا العقد، فالانترنت حسب هذا القانون ليست هي الوسيلة الوحيدة في إبرام العقد الإلكتروني كما فعل بعض الفقهاء عند محاولتهم تعريفه.

¹ - راجع في ذلك: د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 27، برني نذير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، غير منشورة، الجزائر، الدفعة 14 سنة 2003، ص 6، 2004.

² - باسيل يوسف، الجوانب القانونية للعقود التجارية عبر الحواسيب وشبكة الانترنت والبريد الإلكتروني، بحث منشور بمجلة "دراسات قانونية"، تصدرها بيت الحكمة، بغداد، العراق، السنة الثانية، العدد الرابع، ديسمبر 2000، ص 66.

كما يتبين من هذا القانون أن العقد يمكن أن يوصف بأنه إلكتروني بمجرد استعمال وسيلة اتصال في الإيجاب أو القبول.

وينبغي أن نشير إلى أن قانون الأونسترال لا يعد قانونا ملزما للدول، كما لا يعد نظاما تشريعيا للمعاملات الإلكترونية، وإنما هو مجرد وسيلة تقدم للمشرعين الوطنيين مجموعة من القواعد المقبولة دوليا بهدف إزالة عدد من العقبات القانونية، وتساعد على تهيئة بيئة قانونية أكثر أمانا للمعاملات الإلكترونية. كما يساعد القانون النموذجي على تدارك وتجاوز مواطن القصور في التشريعات الداخلية وتذليل العقبات التي تظهر من جراء شيوع استعمال تقنيات الاتصال العصرية في التفاوض على العقود وإبرامها، ولذلك فإن نصوصه غير ملزمة بل كان الهدف الرئيس من وضعها توحيد القوانين الوطنية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية⁽¹⁾.

وتكريسا للمبادئ التي وضعها قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أصدر البرلمان الأوروبي التوجيه رقم 97-07 في 20/05/1997⁽²⁾ الخاص بحماية المستهلك في العقود عن بعد، وقد تضمن هذا التوجيه تعريفا للعقد الإلكتروني من خلال تعريف العقد عن بعد في المادة الثانية منه التي تنص على ما يلي: ⁽³⁾

¹ - وقد بين الدليل التشريعي لقانون الأونسترال أن الهدف من إعداد هذا القانون لم يكن الزام الدول به، بل وضع منهج تتبعه عن سن قوانينها الداخلية. وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 30، 31؛ د/ إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 43.

² - التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20/05/97 الجريدة الرسمية ليوم 04/06/1997 عدد رقم 144 ص 119. متاح على موقع القوانين الفرنسية والأوروبية: www.legifrance.gouv.fr

³ - تجري صياغة المادة الثانية من التوجيه باللغة الفرنسية كما يلي:

"Le contrat à distance comme tout contrat concernant des biens ou services, conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance organisé par le fournisseur qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication du contrat y-compris la conclusion du contrat elle-même "

" العقد عن بعد هو كل عقد متعلق بالسلع أو الخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام التعاقد"⁽¹⁾.

فالتعاقد عن بعد، وفقا لأحكام التوجيه الأوروبي، هو كل عقد مبرم بواسطة وسيلة اتصال حديثة بما فيها شبكة الانترنت. ولأن هذا العقد يتم بوسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الحديثة فقد عرف هذا التوجيه وسائل الاتصال بأنها: " أية وسيلة تستخدم في التعاقد ما بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي والمتزامن لهما وذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف"⁽²⁾.

ويتضح من خلال نصوص التوجيه الأوروبي رقم 97-07 أن كل عقد تم بوسيلة اتصال حديثة هو عقد عن بعد، مما يعني أن العقد الإلكتروني الذي يتم بوسائل الاتصال الحديثة هو عقد عن بعد.

ووفقا لأحكام هذا التوجيه، كان على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي إصدار التشريعات اللازمة أو موائمة تشريعاتها القائمة بما يتفق ومقتضياته، بموجب المادة 15 منه التي ألزمت الدول أعضاء الاتحاد بموائمة تشريعاتها لمقتضى التوجيه خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات من تاريخ دخوله حيز النفاذ⁽³⁾.

وبتاريخ 2000/06/08 أصدر البرلمان الأوروبي التوجيه رقم 2000-31 المتعلق بالتجارة الإلكترونية. ورغم أن هذا التوجيه لم يحدد المقصود بالتجارة

¹ - راجع في إيراد هذا النص: د/ شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 17؛ د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق ص 17؛ محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006، ص 250.

² - د/ عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، دار النهضة العربية، مصر 2008 ص 43؛ مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، مصر، 2007، ص 82.

³ - راجع: د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 17؛ د/ سمير حامد الجمال، المرجع السابق، ص 64.

الإلكترونية، فإن المادة الأولى منه حددت الهدف منه ومجال تطبيقه وهو إنشاء مقدمي خدمات تكنولوجيا المعلومات، الاتصالات التجارية، العقود الإلكترونية⁽¹⁾.
ويلاحظ أن هذا التوجيه جاء تكملة للتوجيه 07-97 سابق الذكر⁽²⁾.

2- تعريف العقد الإلكتروني في التشريع الفرنسي:

التزاما من المشرع الفرنسي بأحكام التوجيه الأوروبي رقم 07-97 و 31-2000، صدر الأمر رقم 741-2001 المتعلق بالبيع عن بعد، الذي تولى فيه المشرع وضع مفهوم للعقد عن بعد من خلال إضافة المادة 121-16 إلى تقنين الاستهلاك الفرنسي التي تضمنت تعريفا للعقد عن بعد، و قد نصت على ما يلي: "تنطبق أحكام هذا القسم على كل بيع لمال أو أداء خدمة يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف، بين مستهلك ومهني، واللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد، على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد"⁽³⁾.

يتضح من هذا النص، أن المشرع الفرنسي عرف العقد الإلكتروني من خلال تعريفه للعقد عن بعد، وذلك لأن العقد الإلكتروني يتم بوسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الحديثة دون حضور مادي معاصر لأطراف العلاقة العقدية.

¹ - تجري الصياغة الفرنسية لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذا التوجيه كما يلي:

"La présente directive rapproche, dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif visé au paragraphe 1, certaines dispositions nationales applicables aux services de la société de l'information et qui concernent le marché intérieur, l'établissement des prestataires, les communications commerciales, les contrats par voie électroniques..."

² - راجع في ذلك: د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 24؛ د/ سمير حامد الجمال، المرجع السابق، ص 65.

³ - تجري صياغة المادة 121-16 من تقنين الاستهلاك الفرنسي كما يلي:

"les dispositions de la présente section, s'appliquent à toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance."

وقد تجسد هذا التعريف وتوسع في ظل القانون الخاص بالتجارة الإلكترونية المسمى بقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الذي يحمل رقم 575-2004 الصادر في 2004/06/21⁽¹⁾.

فقد عرفت المادة 14 منه التجارة الإلكترونية على أنها: "نشاط اقتصادي يقوم شخص من خلاله بتأكيد تبادل السلع أو الخدمات عن بعد بطريقة إلكترونية".

وفي تعليقه على هذا القانون، رأى بعض الفقه، أنه أعطى تعريفا واسعا جدا للتجارة الإلكترونية، وقد رد الفقه ذلك إلى حداثة هذا القانون وتأثره بالتطور السريع لوسائل الاتصال الذي لا يقف عند حد⁽²⁾.

3- تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات العربية:

إذا كان وضع تعريف العقد الإلكتروني على هذا المستوى من الاهتمام على الصعيد الأوروبي والساحة التشريعية الفرنسية، فإن بعض التشريعات العربية تصدت للعناية بتنظيم المعاملات الإلكترونية، محاولة تهيئة بيئة قانونية حيوية للعقد الإلكتروني. وقد أوردت أغلب التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية تعريفا للعقد الإلكتروني أوبينا لوسائل إبرامه.

وقد كانت تونس أول دولة عربية تضع تقنيا خاصا بالمعاملات الإلكترونية وهو التقنين رقم 83 لسنة 2000⁽³⁾، وقد نصت الفقرة الثانية من الفصل الأول منه على أن العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون.

¹ - نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية رقم 143 بتاريخ 2004/06/22، ص 1168، وهو متاح على الموقع التالي: www.legifrance.gouv.fr

² - VERBIEST Thibault, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, article disponible sur: www.droit-technologie.org

³ - صدر هذا التقنين في 09 أوت 2000، وقد تضمن 53 فصلا (مادة) مقسمة على تسعة أبواب عنيت بتحديد نظام قانوني للمبادلات الإلكترونية في الجانب المدني والجزائي، راجع في بنود هذا القانون، محمد خالد جمال رستم، المرجع السابق، ص 161.

وقد وضح القانون التونسي المقصود ببعض المفاهيم المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني، حيث عرف المبادلات الإلكترونية بأنها المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية، كما عرف التجارة الإلكترونية بأنها عبارة عن العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية⁽¹⁾

وباستقراء المادتين الأولى والثانية من القانون التونسي المذكور يتجلى بأن هذا القانون، وإن لم يورد تعريفا صريحا للعقد الإلكتروني، حاول إيضاح معالمه بأنه عقد تنطبق عليه أحكام العقود الكتابية أو التقليدية، من حيث التعبير عن الإرادة وآثارها القانونية، وصحتها وقابليتها للتنفيذ، وبأن العقد الإلكتروني يختلف عنها في وسيلة إبرامه وهي الوسيلة الإلكترونية⁽²⁾.

غير أنه يلاحظ قصور محاولة المشرع التونسي عن تحديد المقصود بالوسيلة الإلكترونية، وهي سبب الاختلاف حول تعريف العقد الإلكتروني.

أما المشرع الأردني فقد اهتم بضبط المفاهيم المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية⁽³⁾ وكذلك فعل المشرع في إمارة دبي⁽⁴⁾ وقانون مملكة البحرين⁽⁵⁾ على النحو التالي:

¹ - عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ص 134.

² - د/ فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 2008، ص 163، شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 27.

³ - قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 الصادر بتاريخ 2001/12/11 بالجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية رقم 4524 يوم 2001/12/31 ص 6010، ودخل حيز التنفيذ بعد ثلاثة أشهر من ذلك، راجع محمد خالد رستم، المرجع السابق، ص 181؛ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، رسالة ماجستير منشورة من طرف دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2006 ص 56، هامش 01.

⁴ - قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية هو القانون رقم 02 لسنة 2002 الصادر في 2002/02/12؛ محمد خالد جمال رستم، المرجع نفسه، ص 195.

⁵ - قانون مملكة البحرين الصادر بتاريخ 2002/09/14 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية راجع : د/ إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص 440.

عرفت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية المعاملات بأنها: "إجراء أو مجموعة من الإجراءات، يتم بين طرفين أو أكثر لإنشاء التزامات على طرف واحد أو التزامات تبادلية بين أكثر من طرف ويتعلق بعمل تجاري أو التزام مدني أو بعلاقة مع أية دائرة حكومية".

وعرف بعد ذلك المعاملات الإلكترونية بأنها المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية، كما عرفت الفقرة الثالثة من المادة نفسها مصطلح الإلكتروني بأنه: "تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها"⁽¹⁾.

ثم عرفت الفقرة الثانية من نفس النص العقد الإلكتروني بأنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية، كلياً أو جزئياً".

كما تناولت المادة الثانية من قانون إمارة دبي توضيح المقصود بالإلكتروني حيث جاء فيها:

"إلكتروني: ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية ورقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو ضوئية أو ما شابه ذلك".

ثم عرفت المعاملات الإلكترونية بأنها "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية، وعرفت التجارة الإلكترونية بأنها المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الإلكترونية".

كما ورد بالمادة الأولى من القانون البحريني الخاص بالمعاملات الإلكترونية أنه يراد بمصطلح إلكتروني: "تقنية استعمال وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو كهرومغناطيسية أو بايومترية أو فوتونية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة". وباستقراء تلك النصوص يلاحظ ما يلي:

¹ - عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 135.

أ- حرص القانون الأردني، في الفقرة الأولى من المادة الثانية، على النص صراحة على أن المعاملات الإلكترونية التي ينظمها هذا القانون قد تتعلق بعمل تجاري أوبالتزام مدني،⁽¹⁾ وهذا حتى ينفي ما ذهب إليه بعض الفقه في تركيزه على تعريف العقد الإلكتروني واقتصاره في التعريف على الصفة التجارية للعقد. أشرنا، فيما سبق، إلى بعض الفقه، قد حصر تعريف العقد الإلكتروني في الأنشطة التي تتم بين التجار أوبيّنهم وبين المستهلكين باستخدام وسائل الاتصال⁽²⁾.

وبناء على ذلك فإن المعاملات الإلكترونية تشمل جميع المعاملات التي تتم بالطريق الإلكتروني سواء كانت مدنية أوتجارية⁽³⁾.

ب- تمييز قانون إمارة دبي بين مصطلحي المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية، بحيث أصبح مصطلح التجارة الإلكترونية قاصرا على المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الإلكترونية، مما يعني أن المعاملات الإلكترونية أوسع نطاقا من التجارة الإلكترونية، وهو ما يؤكد أن تعريف العقد الإلكتروني، من خلال تعريف التجارة الإلكترونية من طرف الفقه، هو تعريف غير دقيق كما أوضحنا سابقا.

ج- ملاحظة أن المشرع الأردني قد عرف المعاملات الإلكترونية بأنها المعاملات التي **تنفذ** بوسائل إلكترونية، في حين عرف العقد الإلكتروني بأنه الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أوجزئيا، كما عرف قانون دبي المعاملات الإلكترونية بأنها أي تعامل أوعقد أواتفاقية يتم إبرامها أوتنفيذها بشكل كلي أوجزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية⁽⁴⁾.

إن من يطالع بدقة تلك النصوص يجد نفسه أمام تساولين هامين، تتكفل الإجابة عنهما بضبط تعريف دقيق للعقد الإلكتروني وهما:

¹ - د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 162.

² - راجع في التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني ما سبق ص 14.

³ - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 130، د/ محمد فواز المطلقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2006، ص 26.

⁴ - بشار محمود دودين، الرسالة السابقة، ص 57.

التساؤل الأول: هل وصف العقد بأنه إلكتروني منوط باتعقاده أم بتنفيذه؟

أشرنا فيما سبق إلى أن القانون الأردني عرف المعاملات الإلكترونية بأنها المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية، ولذلك فإنه يبدو للوهلة الأولى أن الصفة الإلكترونية تطلق على المعاملة متى نفذت بوسيلة إلكترونية.

ولأن العقد الإلكتروني صورة من صور المعاملات الإلكترونية، فقد كان منتظرا أن يعرفه القانون الأردني بأنه العقد الذي ينفذ بوسيلة إلكترونية، أولا يعرفه أصلا ويكتفي بتعريف المعاملات الإلكترونية.

غير أن القانون الأردني عرف العقد الإلكتروني بأنه الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية، كليا أو جزئيا.

ولذلك يتضح التناقض بين النصين، وذلك أن المعاملة الإلكترونية، إذا أبرمت بوسيلة إلكترونية ولم تنفذ بوسيلة إلكترونية لا تكون معاملة إلكترونية لعدم انطباق التعريف عليها. أما العقد الإلكتروني فإنه يكون إلكترونيا طالما انعقد بوسيلة إلكترونية ولولم ينفذ بها، وصورة ذلك أن يتفق طرفان، بواسطة شبكة الانترنت، على بيع منتج استهلاكي، ويتم تنفيذ العقد بشكل مادي لتعلقه بسلعة، فهذا العقد يعد عقدا إلكترونيا ولكنه ليس معاملة إلكترونية⁽¹⁾.

ولو تم إبرام اتفاق على بيع برنامج علاجي طبي بالطريق العادي وكانت بنود الاتفاق تنص على تنفيذه بالطريق الإلكتروني، أي أن يلجأ الطرف المشتري إلى الشبكة لتحميل البرنامج، فإن هذا العقد لم ينعقد بالطريق الإلكتروني فهو ليس عقدا إلكترونيا، ولكنه نفذ بالطريق الإلكتروني فهو معاملة إلكترونية.

هذا ما يستفاد من مطابقة الفقرة الثانية من المادة الثانية بالفقرة الثامنة من المادة نفسها. ووفقا لهذا التناقض غير المقصود، يرى بعض الفقه أنه لما كانت إزالة التناقض تقتضي إخراج العقد الإلكتروني من تحت مظلة المعاملات الإلكترونية، وهو أمر غير

¹ - عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 137.

يمكن بأي حال من الأحوال لأن العقد الإلكتروني هو الصورة الأكثر شيوعاً وأهمية في المعاملات الإلكترونية، ولذلك تم تفسير إرادة المشرع الأردني بأن المقصود بالمعاملات الإلكترونية هو كل المعاملات التي تبرم أو تنفذ بوسيلة إلكترونية وأن العقد الإلكتروني هو العقد الذي ينعقد أو ينفذ بوسيلة إلكترونية⁽¹⁾.

وقد تنبه المشرع في إمارة دبي فلم يقع في هذا التناقض، وأورد تعريفاً واحداً للمعاملات الإلكترونية، ولم يخصص تعريفاً للعقد الإلكتروني، على اعتبار أن الأول أشمل من الثاني، فنصت الفقرة 24 من المادة الثانية على أن المعاملات الإلكترونية هي أي تعامل أو عقد أو اتفاق يتم إبرامه أو تنفيذه بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية.

وإجابة عن التساؤل الذي طرحناه، فإن الصفة الإلكترونية تلحق بالعقد متى تم إبرامه أو تنفيذه باستخدام وسيلة إلكترونية، سواء في إبرامه أو تنفيذه أو كليهما معاً.

التساؤل الثاني: هل يكفي لتحقيق الصفة الإلكترونية في عقد ما أن تلحق هذه

الصفة بجزء منه فقط؟

استعمل المشرع الأردني عبارتي "كلياً أو جزئياً"، واستعمل مشرع إمارة دبي عبارة "بشكل كلي أو جزئي"، وهما يقصدان إبرام العقد أو تنفيذه. فيكفي أن يبرم العقد أو أن ينفذ جزئياً بوسيلة إلكترونية حتى ينطبق عليه وصف العقد الإلكتروني وتسري عليه أحكام المعاملات الإلكترونية.⁽²⁾

غير أنه إذا كان استخدام الوسيلة الإلكترونية هامشياً أو بصفة محدودة سواء في إبرام العقد أو في تنفيذه، فإنه لا يمكن أن يوصف بالعقد الإلكتروني في نظر بعض الفقهاء، فلوجهت شركة ما دعوة للتعاقد عبر وسيلة إلكترونية فاتصل المشتري بها وأبرم العقد

¹ - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 133.

² - د/ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 26.

بصفة تقليدية ونفذه، فلا يمكن القول إن هذا العقد قد أبرم بشكل جزئي بوسيلة إلكترونية لعدم تأثير الوسيلة الإلكترونية في رضا المشتري أوفي تكوين العقد⁽¹⁾.

ثالثاً- تعريف العقد الإلكتروني في بعض مشاريع القوانين:

عند بداية الاهتمام بمختلف مسائل المعاملات الإلكترونية ظهر اتجاهان فقهيان.

يرى الإتجاه الأول أن المعاملات الإلكترونية لا تحتاج إلى تنظيم تشريعي خاص إلا فيما يتعلق بالإثبات الإلكتروني، أما العقد فحسبه أن يخضع للقواعد العامة في نظرية العقد التي تعد كافية في نظره، لاستيعاب هذه الوسيلة الحديثة للتعاقد.

في حين يرى الإتجاه الثاني وجوب أن يتضمن التنظيم التشريعي للمعاملات الإلكترونية المسألتين معاً، فالنظرية العامة للعقد قد لا تكفي في هذا الشأن، ولو من باب إيجاد بعض الحلول لكثير من المسائل المستجدة التي لم تكن في أذهان واضعي التقنيات المدنية⁽²⁾.

وقد رأينا فيما مضى أن بعض التشريعات وضعت تنظماً للعقد الإلكتروني والإثبات في تقنين واحد⁽³⁾، في حين عمد بعض المشرعين إلى وضع تنظيم للإثبات الإلكتروني فقط وأهمل تنظيم العقد الإلكتروني، أخذاً بما ذهب إليه الإتجاه الأول ومنهم المشرع المصري الذي أصدر قانون التوقيع الإلكتروني بتاريخ 2004/04/22⁽⁴⁾.

غير أن المشرع المصري، وكأنه قد اعترف بقصور نظرة الإتجاه الأول، عاد ووضع مشروعاً لتنظيم التجارة الإلكترونية هو المشروع الذي أيقن بموجبه بأهمية ضبط

¹ - د/ عاطف عبد الحميد حسن، ، المرجع السابق، ص 65؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 134.

² - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع نفسه، ص 8.

³ - كالتشريع التونسي والأردني وقانون إمارة دبي، وقانون مملكة البحرين.

⁴ - القانون رقم 15 لسنة 2004 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 17، راجع في شرح التقنين والتعليق عليه، د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005، ص 9.

مفهوم دقيق للعقد الإلكتروني رغم أنه ليس من مهام التشريع وضع التعريفات، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من المشروع الذي لم يصادق عليه بعد تعريف للعقد الإلكتروني " أنه كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أويتم التفاوض بشأنه أوتبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني"⁽¹⁾.

وكان المشرع المصري قبل ذلك قد عرف الوسيط الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني المشار إليه في المادة الأولى من فقرة "د" بأنه: " أداة أو أدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني"⁽²⁾.

يلاحظ على تعريف العقد الإلكتروني في مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري أنه يكفي ليوصف العقد بأنه عقد إلكتروني أن تصدر إرادة طرف واحد عبر وسيلة إلكترونية، ولا يهم أن يتم تطابق الإرادتين عبر هذه الوسيلة.

كما يلاحظ أن المشروع ذاته أغفل العقد الذي يتم تنفيذه بالطرق الإلكترونية وإن لم يبرم بواسطتها، كما رأينا في بعض التشريعات، إذ يمكن أن يبرم العقد بطريقة غير إلكترونية ولكنه ينفذ بها، وعندئذ يوصف بأنه عقد إلكتروني وتطبق عليه أحكام المعاملات الإلكترونية.

وفي لبنان، لم يصدر لحد الآن قانون يعنى بالمعاملات الإلكترونية لا من حيث إبرامها وتنفيذها ولا من حيث إثباتها، رغم أنه بتاريخ 2004/04/22 قدم إلى البرلمان اللبناني مشروع قانون يتضمن تنظيم المعاملات الإلكترونية ينقسم على قسمين، ينظم الأول أحكام المعاملات الإلكترونية، ويتعلق الثاني بإنشاء هيئة للتوقيعات الإلكترونية⁽³⁾. وقد تضمنت المادة الثانية منه ضبط لمصطلحات التجارة الإلكترونية، حيث إذ في الفقرة 38 منها، عقد إلكتروني: يعني عقدا تم جزئياً أو كلياً بواسطة عملية إلكترونية، وكانت الفقرة الأولى من هذه المادة قد عرفت لفظ إلكتروني بأنه كهربائي، أو رقمي، مغناطيسي،

¹ - راجع في إيراد هذا النص، د/ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 377.

² - راجع/ أسامة أحمد شتات، قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2006.

³ - عرض هذا المشروع ونصه الكامل، د/ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 463، 465؛ محمد خالد جمال رستم، المرجع السابق، ص 89 وما بعدها.

ممكّن، لاسلكي، مغناطيسي، بصري، ضوئي، وكل ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة والائترنيت وذنو قدرات تقنية أخرى مشابهة.

ومن الملاحظ أن المشروع اللبناي لم يبين ما إذا كان المقصود بالعقد الإلكتروني العقد الذي يبرم بالطريق الإلكتروني أم الذي ينفذ أم كلاهما، وذلك أنه استعمل عبارة: "عقد تم جزئيا أوكليا".

وفي دولة الكويت أعدت غرفة تجارة وصناعة الكويت مشروع قانون ينظم التعاملات الإلكترونية. ورغم أن هذا المشروع خصص المادة الثانية منه لتحديد وضبط المصطلحات، فإنه لم يتضمن تعريفا للعقد الإلكتروني، ولكن جاء في الفقرة "ب" من المادة الثانية بأن "المستند الإلكتروني يقصد به المعلومات التي يتم إنشاؤها وإرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل أخرى مشابهة..."(1). ونصت في المادة الثامنة منه بأنه يجوز استخدام المستند الإلكتروني للتعبير عن الإيجاب والقبول في إبرام العقود ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك(2).

أما فيما يتعلق بالقانون الجزائري فقد جاء في عرض أسباب مشروع تعديل التقنين المدني، في جزئه المتعلق بعقد البيع، والذي لم يصادق عليه بعد، أن المشروع يرمي إلى تحقيق مجموعة من الأهداف، منها سد الفراغات الموجودة في التقنين المدني عن طريق تنظيم أصناف جديدة لعقد البيع، ومنها عقود البيع عن بعد التي تعرف تطورا ملحوظا في الجزائر(3).

وبناء على ذلك أورد القائمون على مشروع التعديل نص المادة 31 منه بغرض تعديل عنوان القسم الثاني من الفصل الأول من عقد البيع من الأمر 58/75 المتضمن

¹ - أعدت غرفة التجارة الصناعة الكويتية مشروع قانون للتجارة الإلكترونية، كما تقدم نائب كويتي باقتراح قانون وهما منشوران في مجلة الحقوق الكويتية، ملحق العدد الثالث، السنة 29 سبتمبر 2005، ص 79 وما بعدها.

² - محمد خالد جمال رستم، المرجع السابق، ص 245؛ محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأترنيت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2004، ص 230.

³ - عرض أسباب المشروع التمهيدي لتعديل التقنين المدني المعد من طرف اللجنة المكلفة بمراجعة التقنين المدني بوزارة العدل، وثيقة غير منشورة، ص 04.

التقنين المدني المعدل والمتمم ليصبح عنوانه: "البيع الخاصة" وهو القسم الذي يتضمن سابعاً، "البيع عن بعد".

ومن خلال المادة 412 مكرر 01 أراد القائمون على التعديل ضبط تعريف للعقد عن بعد، إذ قضت بما يلي: "يعتبر بيعاً عن بعد كل عملية بيع تبرم دون حضور مادي للأطراف في آن واحد وفي نفس المكان، بين مشتري مستهلك وبائع مهني بواسطة تقنية اتصال عن بعد أو أكثر دون سواها".

لهذا يتضح أن مشروع التعديل حاول وضع تعريف للعقد الإلكتروني باعتباره عقداً عن بعد يتم إبرامه أو تنفيذه بواسطة تقنية للاتصال عن بعد.

وقد تفادى المشروع الانتقادات التي وجهها الفقه للتعريفات التشريعية للعقد الإلكتروني فرغم أنه قصر العقد عن بعد في عقد البيع بين مستهلك ومهني فقط، فإنه ركز على وسيلة إبرامه وهي تقنيات الاتصال الحديثة⁽¹⁾.

وبعد هذا العرض لمختلف المحاولات التشريعية والفقهية لضبط تعريف للعقد الإلكتروني، يمكننا القول أن العقد الإلكتروني هوكل عقد يتم إبرامه أو تنفيذه كلياً أو جزئياً بواسطة وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الحديثة.

هذا التعريف هو الذي نرتضيه، لسببين هما:

- تركيزه على أن وصف العقد بأنه إلكتروني يعود إما إلى وسيلة إبرامه أو وسيلة تنفيذه.
- استبعاده أية صفة أو خاصية من خصائص العقد الإلكتروني سواء الدولية أو الاستهلاكية أو التجارية. فقد رأينا أن هناك من الفقهاء من ركز في تعريفه على الصفة الدولية، ومنهم من ركز على الصفة التجارية، ومنهم من ركز على انتماء هذا العقد لزمرة عقود الاستهلاك.

¹ - يلاحظ أن مشروع التعديل الذي لم يصادق عليه بعد، يكاد يطابق نص المادة 121-16 من تقنين الاستهلاك الفرنسي والمعدل سنة 2001، التي عرفت البيع عن بعد، المشار إليها سابقاً، ص 19.

والواقع، كما سبق بيانه، أن العقد يوصف بأنه إلكتروني متى استعملت الوسيلة الإلكترونية سواء، في إبرامه أو في تنفيذه، مهما يكن نوعه دوليا أو غير دولي، تجاريا أم مدنيا، استهلاكيا أو تبادليا.

وإذا ما انتهينا إلى القول بأن العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم استخدام الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة فيه، فإنه حقيق بنا أن نتساءل، هل يجيز التقنين المدني استخدام هذه الوسائل في التعبير عن الإرادة؟ وهل يعتد بهذه الوسائل ويرتب عليها آثارا؟ التساؤل نحاول الإجابة عن هذا التساؤل في الفرع التالي.

الفرع الثاني

مشروعية العقد الإلكتروني

تقتضي المبادئ الأساسية في إبرام العقود صدور الإرادة من شخص يجيز له القانون التعبير عن إرادته ويعتد بها. غير أنه بمناسبة العقد الإلكتروني الذي يتم فيه التعبير عن الإرادة بواسطة أجهزة ووسائل إلكترونية اختلف فقهاء القانون المدني حول مسألة جواز إبرام العقد بتلك الوسائل.

وفي الإجابة عن هذا التساؤل، تعددت المحاولات الفقهية الرامية إلى إجازة تحقق الإرادة التعاقدية عن طريق الوسائل الإلكترونية وما يترتب على ذلك من إضفاء صفة المشروعية على العقد الإلكتروني، كما اعترض كثير من الفقهاء على استعمال تلك الوسائل في التعبير عن الإرادة، وساق كل اتجاه حججه وآراءه.

وفيما يلي نناقش رأي كل اتجاه وحججه ثم نعرض موقف التشريعات من المسألة:

أولا- عدم مشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية:

يرى بعض الفقه أن التقنين المدني، بأحكامه الحالية، لا ينص صراحة على استعمال الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة، وأنه لا يمكن بحال من الأحوال تفسير نصوص التقنين المدني تفسيراً موسعاً وقياس وسائل الاتصال الحديثة على الهاتف إذ

ذكرته معظم التشريعات ، فلو أراد المشرع إباحة استخدام تلك الوسائل في التعبير عن الإرادة لذكر ذلك صراحة كما فعلت بعض التشريعات. (1)

ويدعم هذا الجانب من الفقه رأيه بأن استخدام وسائل الاتصال الحديثة والمتطورة يوماً بعد يوم في إبرام العقود يؤدي إلى مخاطر لا يمكن تلافي نتائجها، فهي لا تسمح لأطراف العلاقة العقدية بالتأكد من هوية المتعاقد الآخر أو صفاته أو جديته في التعاقد (2).

ووفقاً لهذا الرأي فإن المشرع الجزائري عندما عدل التقنين المدني بموجب القانون 10/05 وأضاف النصوص المتعلقة بالاثبات بالطرق الإلكترونية وبالضبط المادتين 323 مكرر 01 و324 فإن ذلك لا يعني أنه يقر استخدام الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة، إذ يجوز إثبات عقد عادي وحفظه بالطرق الإلكترونية.

ثانياً - مشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية:

خلافاً للرأي السابق، يذهب جانب كبير من الفقه إلى الجزم بمشروعية العقد الإلكتروني تأسيساً على أحكام التقنين المدني، وانقسموا في تبرير مشروعيته إلى عدة اتجاهات:

1- ذهب بعضهم إلى منح الشخصية القانونية وما يتبعها من أهلية قانونية وصلاحيّة لإبرام العقود للجهاز الإلكتروني الذي يتم بواسطته إبرام العقد، فهم يرون أن الجهاز الإلكتروني بمثابة الشخص القانوني الذي يتمتع بأهلية إبرام العقود (3).

غير أن هذا القول يصعب قبوله من الناحية القانونية، فمن يتمتع بالشخصية القانونية يتمتع بالذمة المالية، ومن ليس له ذمة مالية لا تثبت له شخصية قانونية.

¹ - تنص المادة 64 من التقنين المدني على مايلي: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل".

² - SANTIAGO Cavanillas Mugica, les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat, édition delta, Beyrouth, Liban, 2001, p 99.

³ - د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 227؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 73.

وغني عن البيان أن الجهاز الإلكتروني ليس له ذمة مالية، ولذلك ليست له شخصية قانونية وتتعهد لديه الأهلية، إضافة إلى ذلك إن الشخصية القانونية، وما يتبعها من أهلية قانونية وذمة مالية، لا تثبت لغير الأشخاص الطبيعيين إلا بالاعتراف القانوني، وهذا الأخير مقصور على مجموعات الأشخاص والأموال، ولا يمتد إلى الآلات⁽¹⁾.

2- ذهب البعض الآخر إلى تصوير الجهاز الإلكتروني، الذي يتم إبرام العقد بواسطته، بأنه أداة أو وسيلة اتصال تربط بين المتعاقدين شأنه شأن الهاتف والفاكس. ووفقاً لهذا الرأي فإن الوسيلة الإلكترونية لا تعبر عن إرادة ذاتية خاصة بها، وإنما تقوم فقط بنقل إرادة كل من المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر.

ويدعم أصحاب هذا الاتجاه موقفهم بما جاء في نصوص التقنيات المدنية الخاصة بالتعبير عن الإرادة المطابقة لنص المادة 64 من التقنين المدني التي تنص على مايلي:

" إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل"⁽²⁾.

وعبارة " بأي طريق مماثل " تشير بوضوح إلى أية وسيلة تقترب فنياً من الهاتف أو تكون أكثر تطوراً منه، كما يفهم منها أن المشرع قد تعمد تركها دون تحديد لعلمه بأن وسائل الاتصال متطورة يوماً بعد يوم، ولا تدخل تحت حصر وقد يؤدي الاقتصار على ذكر الهاتف فقط إلى أن يكون النص عائقاً أمام التطور⁽³⁾.

¹ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 163.

² - يقابل هذا النص نص المادة 94 من التقنين المدني المصري، والمادة 95 من التقنين المدني السوري، والمادة 102 من التقنين المدني الأردني، ويقترب من معنى نص الفصل 27 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية رغم أنه لم يذكر عبارة: بأي طريق مماثل واقتصر على ذكر الهاتف، في حين كان التقنين المدني اليمني أكثر وضوحاً في إقرار مشروعية التعاقد الإلكتروني إذ ذكرت المادة 156 منه جواز إبرام العقد بوسائل الاتصال السلكية واللاسلكية.

³ - د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 78؛ احمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، رسالة ماجستير، مطبوعة من طرف دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2002، ص 20.

ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد، فقد قرر بعض الفقهاء أن الجهاز الإلكتروني كالحاسوب¹، لا يقتصر على نقل إرادة المتعاقدين، بل يترتب على توسطه انعدام التفاوض بينهما، ولا يكون لإرادة المتعاقد أي دور، وفي هذا يختلف دور الحاسوب عن بعض الأجهزة الأخرى كالهاتف أو الفاكس.

وضربوا لذلك مثالا جاء فيه أنه إذا أراد شخص ما شراء تذكرة طيران لإحدى شركات الطيران عن طريق موقعها على شبكة الانترنت، فيستطيع أن يطلع على مواعيد الرحلات وثمان التذكرة ويقوم بحجز مقعد في الطائرة التي يريد السفر على متنها بعد أن يقوم بدفع قيمة التذكرة عن طريق إحدى وسائل الدفع الإلكترونية أو بطاقة ائتمان مثلا، ويتصل بمكتب الشركات في المطار ليستلم التذكرة ففي هذه الحالة تنشأ علاقة تعاقدية بين الشخص والوسيط الإلكتروني ألا وهو جهاز الحاسوب، ويختفي أي دور لممثل شركة الطيران في إبرام العقد⁽²⁾.

3 - برر آخرون مشروعية العقد الإلكتروني بفكرة مفادها اعتبار الجهاز الإلكتروني المستخدم في إبرام العقد بمثابة الوكيل الذي يبرم عقدا نيابة عن المتعاقد وباسمه ولحسابه⁽³⁾.

وفي نظر هذا الاتجاه فإن المشرع، إذ أجاز التعاقد عن طريق الوكالة في نص المادة 571 من التقنين المدني الجزائري⁽⁴⁾، لم يحدد المقصود بالوكيل ما إذا كان شخصا طبيعيا

¹ - لفظ الحاسوب مقابله في اللغة الفرنسية ordinateur وفي الإنجليزية computer وفي اللغة العربية تعددت الاصطلاحات، حيث كان يطلق عليه بادئ الأمر العقل الإلكتروني، ثم سمي بعد ذلك الحاسب الآلي، وفي عام 1987 صدر معجم الحاسبات عن مجمع اللغة العربية واستخدم مصطلح الحاسب على وزن فاعل. وقد اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال مصطلح الحاسوب، وهو المصطلح الذي نفضله لتمشيه مع لغة التشريع الدولي الموحد لقواعد المعاملات الإلكترونية.

² - في تحليل الفكرة وعرض المثال راجع، د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 162.

³ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 79.

⁴ - يطابق هذا النص نص المادة 699 من التقنين المدني المصري التي استشهد بها هذا الجانب من الفقه في عرض وتبرير رأيه.

أم جهازا إلكترونيا⁽¹⁾. وهذا القول يبعد كثيرا عن الصحة والمنطق، فهو يجعل من الجهاز الإلكتروني وكيلا، وهو ما لا يمكن قبوله لسبب قانوني سديد هو عدم إمكان تصور قيام عقد الوكالة وهو عقد رضائي، بين الجهاز والموكل. ويمكن إلحاق هذا الرأي بالرأي السابق الذي يجعل للجهاز شخصية قانونية⁽²⁾.

ويلاحظ بأن المبرر القانوني وراء اعتبار بعض الفقه الجهاز الإلكتروني نائبا عن المتعاقد في إبرام العقد، ما قضت به بعض قوانين المعاملات الإلكترونية من إجازة لإبرام العقد بين وسائط إلكترونية، تسمى الوسائط الإلكترونية المؤتمتة⁽³⁾، وهي التي يقصد بها كل برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب للتصرف بشكل مستقل كليا أو جزئيا، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له⁽⁴⁾.

كما أجازت تلك القوانين إبرام العقد بين شخص طبيعي ووسيط إلكتروني، فقد نصت المادة الرابعة عشر من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية على ما يلي: "كما يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي إذا كان الأخير يعلم، أو من المفترض أن يعلم، أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد وتنفيذه."⁽⁵⁾

غير أنه يجب ألا يغيب عن الأذهان أن الجهاز إنما قام بإبرام العقد بعد أن تمت برمجته من طرف شخص طبيعي، لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة 14 من قانون

1 - عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 227؛ د /خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص 161.

2 - أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، مطبوعة من طرف دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2006، ص 133.

3 - اشتمق قانون إمارة دبي لفظ مؤتمت من اللفظ automatique ويقصد به الآلي، مع ملاحظة أن لفظة مؤتمت لفظ غريب عن اللغة العربية، في انتقاد هذا الاشتقاق راجع: أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق ص 172.

4 - راجع المادة الثانية من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية المذكور آنفا، مع الإشارة إلى أن القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية أورد التعريف نفسه للوسيط الإلكتروني لكنه لم يستعمل لفظ مؤتمت.

5 - في نفس المعنى ما نصت عليه المادة 12 من التقنين البحريني الخاص بالتجارة الإلكترونية التي جاء فيها: "يجوز إبرام العقود بين فرد ووكيل إلكتروني كما يجوز أن يتم بين وكلاء إلكترونيين".

إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية، الواردة تحت عنوان الفصل الثالث منه الخاص بإنشاء العقود على ما يلي: "يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة نظام معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم التعاقد صحيحا وناظدا ومنتجا آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة".

وقد اعترض بعض الفقه على اعتبار إبرام العقد عن طريق الوسيط الإلكتروني من قبيل عقد الوكالة لعدم اتساق هذا التكييف مع أساس عقد الوكالة وهو طول إرادة النائب محل إرادة الأصل، فالنائب وإن لم يتعاقد باسمه ولحسابه فإنه يتعاقد بإرادته هو ولا يستعير إرادة الأصل، وهذا ما يفرق بين الرسول والوكيل⁽¹⁾. فالوكيل الإلكتروني ليس إلا حاسوبا أو أية وسيلة إلكترونية تستخدم لإجراء تصرف معين دون تدخل من أي شخص وقت إجراء التصرف، ولذلك فلا يمكن بأي حال من الأحوال نسبة الإرادة التعاقدية لهذه الوسيلة. وقد اقترح بعض الفقهاء تسمية الوسيط الإلكتروني بالرسول الإلكتروني طالما أن دوره ينحصر في مجرد نقل تعبير عن إرادة أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر، غاية ما في الأمر أنه قد تم إعداد هذه الإرادة مسبقا بحيث يتم التعبير عنها آليا دون حاجة لتدخل صاحب الإرادة⁽²⁾.

ثالثا- موقف التشريعات من مشروعية التعاقد الإلكتروني:

يمكن القول أن الأجهزة المستخدمة في إبرام العقد لا يمكن أن نصنفها كوكيل يقوم بإبرام التصرف لأنها لا تخرج عن كونها أداة في يد أحد المتعاقدين أو كليهما لنقل إرادة كل منهما إلى الآخر، وهذا التكييف لدور الجهاز الإلكتروني في إبرام العقود الإلكترونية ينسجم مع ما أخذ به قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية حيث نصت المادة 11 منه على ما يلي:

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 82؛ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 134.

POULET Yves, la conclusion du contrat par un agent électronique, édition Delta, Beyrouth, Liban, 2001, p . 130.

² - راجع في ذلك: د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 174.

" في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"⁽¹⁾.

كما نصت المادة 125 منه على ما يلي: " في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه ورد على شكل رسالة بيانات"⁽²⁾.

كما نصت المادة 13 من نفس القانون على إسناد رسالة البيانات إلى منشئها وليس إلى الجهاز المستعمل في إرسالها⁽³⁾.

واعتبر المشرع الأردني الأجهزة الإلكترونية المستخدمة في إبرام العقود مجرد وسائل للتعبير عن الإرادة فقد نصت المادة 14 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على مايلي: " تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه أو بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل أوتوماتيكيا بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه"⁽⁴⁾.

ودلت على مشروعية إبرام العقد بالطرق الإلكترونية المادة 13 من نفس القانون التي جاء فيها أن رسالة المعلومات تعتبر وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي.

¹ - سبق البيان أن قانون الأونسترال عرف في مادته الثانية رسالة البيانات بأنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي".

² - وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 17.

³ - تقضي المادة 13 من قانون الأونسترال بما يلي: " تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ، هو الذي أرسلها. - في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:

أ- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات

ب- من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا.

⁴ - د/ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 61؛ د/ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 50.

وكانت قبل ذلك المادة السابعة من نفس القانون قد اعتبرت العقد الإلكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على العقود العادية، وأنه لا يمكن إغفال الأثر القانوني لها لمجرد إجرائها بوسائل إلكترونية⁽¹⁾.

كما اعترف قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية للعقد الإلكتروني بمشروعيته إذ نصت المادة السابعة منه على أن الرسالة الإلكترونية لا تفقد أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل إلكتروني، ومن المعلوم أن الرسالة الإلكترونية هي وسيلة التعبير عن الإرادة.

وبصريح العبارة أقرت المادة 13 من نفس القانون بمشروعية التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية إذ جاء فيها: "لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية".

وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة: "لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة إلكترونية واحدة أو أكثر".

ولإيراده هذه التفصيلات، يرى بعض الفقه أن قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية يعد أكثر القوانين في العالم انسجاماً مع قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية⁽²⁾.

وفي نفس السياق أورد قانون مملكة البحرين الخاص بالتجارة الإلكترونية نص المادة 10 منه تحت عنوان إبرام العقود جاء فيها: "في سياق إبرام العقود يجوز التعبير، كلياً أو جزئياً، عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه، بما في ذلك ذمة أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب والقبول، عن طريق السجلات الإلكترونية. ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"⁽³⁾.

ودون حاجة على إيراد نص صريح، رأى المشرع التونسي أن التعبير عن الإرادة بالطرق والوسائل الإلكترونية أمر جائز قانوناً إذ أشار إلى أنه يجري على العقود

¹ - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 161؛ د/ محمد فواز المطالفة، المرجع السابق، ص 58.

² - د/ بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت. عالم الكتاب الحديث، الأردن، طبعة 2004 ص 30.

³ - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع نفسه، ص 163؛ د/ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 440.

الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة، ومفعولها القانوني، وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون، وهذا ما قضى به الفصل الأول من القانون⁽¹⁾.

كما أجاز مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية في المادة الأولى منه المخصصة للتعريفات إذ جاء فيها: أن العقد الإلكتروني هو كل عقد تصدر فيه إرادة احد الطرفين أو كليهما أو يترك التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني⁽²⁾.

كما سوى القانون التجاري المغربي الصادر سنة 2006 بين العقود الإلكترونية والعقود عن بعد والعقود التي تبرم بالمراسلة من حيث القوة الملزمة للعقد⁽³⁾.

وبتاريخ 2007/11/30 أصدر المشرع المغربي القانون رقم 53/05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الذي عدل قانون الالتزامات والعقود المغربي وقد أجازت المادة 65 بعد تعديلها التعاقد بالوسائل الإلكترونية.

وقد ورد بالمادة الخامسة من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لدولة فلسطين أنه ينطبق على العقود الإلكترونية ما يطبق على العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وأثرها القانوني وصيغتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون. وهذا يعني أنه يجوز إبرام العقود وتنفيذها بالوسائل الإلكترونية وأنها تظل تتمتع بصحتها وقوتها سواء بسواء مع العقود المبرمة بالطرق العادية⁽⁴⁾.

¹ - د/ بشار طلال مومني، المرجع السابق، الموضوع نفسه؛ عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 233، وراجع المادة الثانية من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

² - راجع نص المادة الأولى من المشروع الذي أورده دون التعليق عليه د/ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 377؛ وقد سبق الحديث عن هذا النص عند الكلام عن تعريف العقد الإلكتروني.

³ - د/ أحمد ادريوش، تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية طبعة 2009، المغرب، ص 51؛ د/ المختار بن أحمد عطار، العقد الإلكتروني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2010، ص 24.

⁴ - عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني، المرجع نفسه، ص 235.

كما أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت قد أورد نصاً يجيز إبرام العقود بالطرق الإلكترونية وهونص المادة 8 التي جاء فيها: "يجوز استخدام المستند الإلكتروني للتعبير عن الإيجاب والقبول في إبرام العقود ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"⁽¹⁾.

ولإثراء هذا المشروع عقدت مجلة الحقوق الكويتية حلقة نقاشية حضرها أساتذة القانون ومهتمون بالمجال، وقد رأى بعضهم أن إيراد نص يتعلق بالتعبير عن الإرادة في المشروع أمر لا حاجة إليه إذ تكفي القواعد العامة في إبرام العقود لكونه يشبه التعاقد بالمراسلة وانتهى النقاش على الإبقاء عليها نظراً لما ينطوي عليه العقد الإلكتروني من خصوصية في مرحلة إبرامه⁽²⁾.

وعن مشروع قانون المعاملات الإلكترونية اللبناني، فإنه يمكن القول أن مشروعية استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقد يستخلص من البند رقم 40 بالمادة الثانية منه الخاصة بالتعريف بالمصطلحات التي جاء فيها: "أن المعاملات الإلكترونية هي أي تعامل أو عقود أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية"⁽³⁾.

وعلى صعيد التشريع الفرنسي فإن التقنين المدني قد تم تعديله بموجب الأمر الرئاسي رقم 2005/674 الصادر بتاريخ 2005/06/16 الذي أدرج نصوصاً في التقنين المدني تتعلق بجواز التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية⁽⁴⁾.

¹ - يتطابق هذا النص مع نص المادة 08 الواردة في الاقتراح بقانون الذي قدم للبرلمان الكويتي للمصادقة عليه، لمزيد من التفصيل راجع نص المشروع والاقتراح المنشور بمجلة الحقوق الكويتية، ملحق العدد الثالث، السنة 29 سبتمبر 2005.

² - لمزيد من التفصيل والاطلاع أكثر على وقائع الحلقة النقاشية راجع، مجلة الحقوق الكويتية، وقائع الحلقة النقاشية حول مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، ليوم 2005/04/05 ملحق العدد الثالث، السنة 29، سبتمبر 2005، ص 05.

³ - راجع نص المشروع وعرض أسبابه: د/ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 465.

⁴ - ordonnance 2005/674 du 16 juin 2005, ordonnance relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique, texte publiée au journal officiel n°14 du 17 juin 2005, page 10342.

حيث نصت المادة 1-1369 من التقنين المدني بعد تعديلها: يمكن استخدام الطرق الإلكترونية لوضع شروط العقد وتبادل المعلومات حول السلع والخدمات⁽¹⁾.

كما أصبحت المادة 2-1369 تنص على ما يلي: "المعلومات المطلوبة لإبرام عقد معين أو تنفيذه يمكن تبادلها بالطرق الإلكترونية إذا وافق الطرف المستقبل على ذلك"⁽²⁾.

ويلاحظ أن هذه النصوص قد أدخلت على التقنين المدني الفرنسي انسجاماً واتساقاً مع ما تضمنه التوجيه الأوروبي في مجال التجارة الإلكترونية⁽³⁾.

كما هو واضح فقد اشترط القانون الفرنسي للاعتداد بالوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة اتفاق الطرفين، وهذه الملاحظة يمكن تعميمها على كل التشريعات بما فيها قانون الأونسترال النموذجي، إذ لم تجز كل تلك التشريعات استخدام الوسائل الإلكترونية إلا إذا تم الاتفاق على ذلك.

وغير بعيد عن نصوص القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية فإن كثيراً من الفقهاء قد رأى بأن مشروعية العقد الإلكتروني تجد أساسها في القواعد العامة في التعبير عن الإرادة، ذلك أن التقنين المدني الجزائري قد وضع مبدأ عاماً في المادة 60 منه التي تقضي بحرية التعبير عن الإرادة بأية طريقة، وتخول للطرفين الحرية الكاملة في اختيار طريقة إخراج الإرادة التي هي أمر نفسي إلى العالم الخارجي.

وبما أن المادة 60 من التقنين المدني الجزائري أتاحت اختيار طريقة التعبير عن الإرادة، فإن استخدام وسيلة إلكترونية أو أكثر في التعبير عنها يعد مسألة منسجمة مع هذا النص في لفظه وفحواه، فقد جاء فيها: **التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة،**

¹ - جاءت صياغة المادة 1-1369 باللغة الفرنسية كما يلي:

« la voie électronique peut être utilisé pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services ».

² - جاءت صياغة المادة 2-1369 باللغة الفرنسية كما يلي:

« Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen ».

³ - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 31.

GAUTRAIS (V), le contrat électronique international, Delta édition, 2^{ème} édition , p 85.

أوبالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه⁽¹⁾.

وعليه فإنه يمكن القول أن القواعد العامة الواردة في التقنين المدني، والقواعد الخاصة التي جاءت بها التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، ومشاريع القوانين الخاصة بها، والمواثيق الدولية كلها تجيز التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية مما يبرر للعقد الإلكتروني مشروعيته.

وقد سبق البيان أن المشرع الجزائري قد أقر صراحة في عرض أسباب مشروع القانون رقم 10/05 المتضمن تعديل التقنين المدني بأن تقنين المعاملات الإلكترونية التي تتعدّد بالوسائل الحديثة أصبح ضرورة حتمية حتى تتمكن الجزائر من مواكبة التطورات على الساحة الدولية ولتصبح نصوص التقنين المدني أكثر اتساقا مع المنظومة التشريعية العالمية⁽²⁾.

ويبقى أن نلاحظ بأن القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008⁽³⁾ المتضمن تقنين الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في الجزائر قد تضمن نص المادة 1041 التي جاء فيها انه يجب إبرام اتفاقية التحكيم تحت طائلة البطلان كتابة أوبأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، وهذا ما يعني أن المشرع قد أقر صراحة بجواز إبرام العقود عموما واتفاقية التحكيم بوسائل الاتصال الحديثة.

¹ - يتقابل هذا النص ويتطابق مع المادة 90 من التقنين المدني المصري، والمادة 93 من التقنين المدني السوري، ويتقابل مع المادة 93 من التقنين المدني الأردني، والمادة 105 من التقنين المدني اليمني.

² - راجع عرض أسباب مشروع تعديل التقنين المدني المعد من طرف اللجنة المكلفة بمراجعة التقنين المدني ووثيقة غير منشورة، ص 05.

³ - وهو التقنين الصادر بالجريدة الرسمية رقم 21 ليوم 2008/04/22، والذي دخل حيز التنفيذ بعد عام واحد من نشره بالجريدة الرسمية عملا بأحكام المادة 1062 منه.

المطلب الثاني

خصائص العقد الإلكتروني

رغم أن العقد الإلكتروني قد يتفق مع غيره من العقود التي تحوي أحكامها النظرية العامة للعقد، سواء من حيث موضوعه أو أطرافه أو سببه، فإنه من خلال المحاولات الفقهية والتشريعية التي سعت إلى ضبط تعريف دقيق لهذا العقد، قد اتضحت معالم الخصوصية فيه وأن له خصائص تميزه عن غيره من العقود.

فقد رأى الفقه أنه نظراً لعدم التواجد المادي لأطرافه، فإن العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد باستعمال وسائل الاتصال الحديثة، وأنه عقد تجاري غالباً، ويتم بين مستهلك ومهني فهو لذلك عقد استهلاكي.

كما أن بعض الفقه قد وصفه بأنه عقد إذعان ورأى آخرون أنه عقد مساومة، وفضل جانب آخر من الفقه النظر إليه أنه عقد دولي.

وبالنظر إلى أهمية كل خاصية من تلك الخصائص في بناء نظام قانوني متكامل للعقد الإلكتروني فإننا نفرّد لكل منها فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول

العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد بوسيلة إلكترونية

يتم إبرام العقد الإلكتروني دون التواجد المادي لأطرافه، لذلك ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد وهي السمة البارزة فيه إذ يتم بين طرفين لا يجمعها مجلس عقد حقيقي⁽¹⁾.

وقد مر معنا عند استعراض التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني أن التوجيه الأوروبي رقم 07/97 قد عرف العقد عن بعد في نص المادة الثانية منه التي جاء فيها: "التعاقد عن بعد هوكل عقد يتعلق بالبضائع والخدمات يبرم بين مورد ومستهلك

¹ - د/ فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 177.

في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد ينظمه المورد الذي يستخدم لهذه العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد⁽¹⁾.

كما عرفت المادة 121-16 من تقنين الاستهلاك الفرنسي التعاقد عن بعد بأنه: كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني والذين يستخدمان لإبرام هذا العقد على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد⁽²⁾.

كما حاول المشرع الجزائري في مشروع تعديل التقنين المدني الذي سبقت الإشارة إليه وضع تعريف للبيع عن بعد في المادة 412 مكرر 01 من المشروع التي جاء فيها: "يعتبر بيعاً عن بعد كل عملية بيع تبرم دون حضور مادي للأطراف في آن واحد وفي نفس المكان، بين مشتري مستهلك وبائع مهني بواسطة تقنية اتصال عن بعد أو أكثر دون سواها"⁽³⁾.

ومن خلال تعريف العقد عن بعد في تلك النصوص يتبين أن العقد الإلكتروني باعتباره ينتمي إلى زمرة العقود عن بعد، يتم بين متعاقدين لا يجمعها مجلس عقد حقيقي بل حكمي افتراضي، وذلك باستخدام وسائل إلكترونية في إبرامه⁽⁴⁾.

ويرى البعض أنه رغم أن العقد الإلكتروني تلحق به صفة التعاقد عن بعد، فإن حداثة هذا النوع من التعاقد المتمثلة في قيام الوسيلة الإلكترونية بتحرير العقد من غلافه المكتوب وجعله في صورة غير مادية، أمر يدعو إلى القول بأن العقد الإلكتروني أضفى على المفهوم التقليدي للتعاقد عن بعد أبعاداً جديدة.

¹ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 17.

² - HUTE(J), le code civil et les contrats électroniques, article disponible sur : www.actoba.com

³ - سلفت الإشارة إلى هذا النص عند تعريف العقد الإلكتروني من خلال تعريف المشرع لعقد البيع عن بعد.

⁴ - د/ شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 42؛ د/ فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 171.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان العقد الإلكتروني يستلهم الأحكام الخاصة بالعقد المبرم عن بعد، فإنه يجب أن يخضع أيضا لبعض الأحكام التي تأخذ في الاعتبار خصوصيته المتمثلة في إبرامه بوسيلة إلكترونية⁽¹⁾.

واستنادا على ذلك يتميز العقد الإلكتروني عن باقي العقود التي تبرم عن بعد بوجود الصفة التفاعلية التي تسمح بوجود حوار مفتوح بين أطراف العقد في آن واحد خلافا لباقي أنماط التعاقد عن بعد كالتعاقد بالمراسلة التقليدية مثلا⁽²⁾.

كما تتيح الصفة التفاعلية إمكانية تنفيذ العقد مباشرة كالحصول على برنامج من شركة معينة بصفة فورية عبر الشبكة الدولية، ويعطي العقد الإلكتروني لصفة البعد معنى آخر، ففي العقود عن بعد هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، وهو ما قد يتحقق عكسه في العقد الإلكتروني إذ يتم هذا العقد بصفة متعاصرة فيختزل الزمن ويبرم العقد لحظة صدور الإيجاب والقبول وتطابقهما⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس ذهب جانب من الفقه⁽⁴⁾ إلى أن فكرة البعد يمكن التخلي عنها في حالة التعامل الإلكتروني، لتحل محلها فكرة المعاصرة كسمة خاصة في العقد الإلكتروني، غير أن هذه الفكرة محل نظر إذ يجب أن يبقى العقد الإلكتروني ضمن طائفة العقود عن بعد مع مراعاة عنصر التفاعلية والمعاصرة فيه اللذين تتيحهما وسائل إبرامه، فتطور هذه الوسائل لا بد أن يؤثر في مفهوم التعاقد عن بعد⁽⁵⁾.

كما يرى بعض الفقه أن العقد الإلكتروني لا يكون فوريا معاصرا على الإطلاق أوبصفة دائمة، لأن طرق التعاقد فيه متعددة بتعدد الوسائل الإلكترونية المستخدمة في إبرامه، ومنها البريد الإلكتروني، ففي حالة استعمال هذه الوسيلة في التعاقد، قد لا يطلع

¹ - د/ تامر محمد سليمان الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 43؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 60.

² - د/ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 23.

³ - د/ تامر الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 43 هامش 07، وص 44 نفس الهامش.

⁴ - د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 18.

⁵ - في عرض هذا الرأي والتعليق عليه راجع: د/ عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الانترنت، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2007، ص 69.

أحد الأطراف على بريده الإلكتروني إلا بعد مرور مدة قد تطول على إرسال الطرف آخر الرسالة الإلكترونية إليه، وبالتالي لا يمكن القول بوجود عقد فوري متعاصر، فالعقد في هذه الفرضية يندرج تحت العقود الزمنية ولا يكون فوري الانعقاد⁽¹⁾.

ولا يتوقف وصف العقد الإلكتروني بأنه عقد عن بعد عند مرحلة إبرامه فقط، بل يمتد إلى مرحلة تنفيذه، إذ يمكن تنفيذه عن بعد أيضا في الحالات التي تسمح بها طبيعة العقد وموضوعه، ففي عقود الخدمات المصرفية وبنوك المعلومات والمواقع يمكن تنفيذ العقد عن بعد إذ نتصور إمكانية تحميل برنامج أو تقديم الاستشارات وتنفيذها بدون حضور مادي للأطراف.

ولكن هناك عقود إلكترونية تستلزم التنفيذ العادي كسواء سيارة مثلا عن طريق شبكة الانترنت فلا يمكن تصور عملية التنفيذ عن بعد⁽²⁾.

ويبقى أن نشير إلى أنه لا يمكن أن يوصف العقد الإلكتروني بأنه عقد عن بعد، إلا إذا تم استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرامه أوفي تنفيذه، ولأن الوسائل الإلكترونية هي وسائل الاتصال الحديثة وهي لا تدخل تحت حصر، فقد عرفها التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الذي سبقت الإشارة إليه في مادته الثانية التي عرفت التعاقد عن بعد، ثم تولت وضع تعريف لوسائل الاتصال حيث جاء فيها: " كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين طرفين دون حضور مادي للمستهلك والمهني"⁽³⁾.

ويعد استخدام الوسائط الإلكترونية سواء في إبرام العقد أوفي تنفيذه من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل هي أساس هذا العقد الذي لا يختلف من حيث موضوعه أو أطرافه عن غيره من العقود ولكنه يختلف عنها من حيث طريقة إبرامه.

¹ - د/ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 62؛ د/ شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 42.

² - Shandi (Y), La formation du contrat à distance par voie électronique, thèse de doctorat, université Strasbourg 3, soutenue le 28/06/2005, p72.

³ - جاءت صياغة الفقرة الثانية من المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 باللغة الفرنسية كمايلي: "Tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties".

أورد هذا النص وعلق عليه: د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 19.

ويشمل مصطلح إلكتروني كل وسائل الاتصال التي تستخدم للتعبير عن الإرادة بالصوت أو الصورة أو الكتابة أو الإشارة الدالة على محتواها⁽¹⁾.

الفرع الثاني

العقد الإلكتروني عقد تجاري استهلاكي

مرّ معنا أن جانبا كبيرا من الفقه اعتمد في تعريفه للعقد الإلكتروني على الصفة الإلكترونية فيه، لذلك أطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية بالنظر إلى الصفة الغالبة فيه⁽²⁾ فالتجارة الإلكترونية هي المجال الخصب الذي يظهر فيه العقد الإلكتروني بصفة خاصة، كونه من أهم وسائل تلك التجارة.

والواقع أنه لا وجود لعقود تجارية بالمعنى الدقيق المقصود بهذا الاصطلاح، وذلك أن العقود التي ينظمها التقنين المدني هي نفسها العقود التجارية إذا كان محلها عملا تجاريا سواء بحسب شكله أو موضوعه، وأن التاجر أبرمها لحاجات تجارته، ومن ثم فإنه لا توجد نظرية مستقلة تحكم العقود التجارية تختلف عن تلك التي تحكم العقود المدنية، فالعقد الإلكتروني يعد عقد تجاريا لأسباب وظروف خارجية لا علاقة لها بمضمون العقد وجوهره، ومن تلك الأسباب ما يتعلق بطبيعة موضوع العقد أو بصفة من يبرمه، وعليه فإن العقد يكون عقد تجاريا أو مدنيا حسب ما إذا كان الشخص الذي أبرمه تاجرا أو غير تاجر وحسب الهدف المطلوب من إبرام العقد⁽³⁾.

ولعل هذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى تعريف العمل التجاري وتعداد صورته، وأغفل الحديث عن العقود التجارية⁽⁴⁾.

¹ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 53؛ د/ فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 180؛ د/ خالد عمر زريقات، المرجع السابق، ص 66.

² - مراد محمود يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص 75؛ د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 19.

³ - د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة 2003، ص 273.

⁴ - وهو ما يتضح من خلال استقراء المواد 2، 3، 4، من التقنين التجاري الجزائري الصادر بالأمر 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم.

ورغم هذا فإن مسألة التمييز بين العقود التجارية والعقود المدنية ليست أمرا جديدا فقد عرفت من قبل في معرض التفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية بغرض تحديد ماهية العمل التجاري وسبب اختلاف المفاهيم القانونية وتفاوت الأنظمة التشريعية في هذا الصدد⁽¹⁾.

ويضع فقه القانون التجاري عدة آثار تترتب على التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري أهمها حرية الإثبات والإعفاء من الإغذار في المسؤولية والمهل القضائية والتقادم⁽²⁾.

وعليه يمكن القول أن العقد الإلكتروني يمكن أن يكون عقدا تجاريا إذا كان القائم به تاجرا أبرمه لحاجات تجارته، كما يكون كذلك إذا كان موضوعه تجاريا وفقا لما جاء في المادة الثانية من التقنين التجاري الجزائري⁽³⁾.

وينبني على تجارية العقد الإلكتروني أنه يبرم غالبا بين تاجر مهني محترف وبين مستهلك مما يجعله عقدا من عقود الاستهلاك⁽⁴⁾ ولذلك تسري عليه أحكام عقد الاستهلاك وما تفرضه هذه الأحكام من حماية المستهلك باعتباره طرفا تجب حمايته، ومن أهم صور تلك الحماية الالتزام بالإعلام الملقى على عاتق المهني عند تعاقد مع المستهلك وهو الالتزام الذي مفاده قيام المهني بإخطار المستهلك بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالبضاعة أو الخدمة، وبكافة شروط البيع وكل ما يتعلق بالخصائص الأساسية والسمات الجوهرية للمنتج الذي يسعى للحصول عليه⁽⁵⁾.

ولأن شيوع المعاملات الإلكترونية بين أفراد المجتمع يعني أن أكبر نسبة منهم تدخل في فئة المستهلكين، فإن التوجيه الأوروبي رقم 07/97 المتعلق بحماية المستهلك في

¹ - د/ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 28؛ د/ فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 174.

² - د/ فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، دار ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، الطبعة الثانية، 2003، ص 78.

³ - يتطابق هذا النص مع نص المادة الرابعة من التقنين التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999 النافذ.

⁴ - د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 19؛ د/ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 64.

⁵ - VERBIEST (T), contrats en ligne : quelle valeur juridique ? article disponible sur www.juriscom.net

العقود عن بعد ألزم المهني في المادة الرابعة منه بإعلام المستهلك بالبيانات الجوهرية للعقد المراد إبرامه وتأكيد تلك المعلومات كتابة، كما نصت على هذا الالتزام المادة 121-18 من تقنين الاستهلاك الفرنسي⁽¹⁾.

وقد نصت المادة 412 مكرر 3 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري على هذا الالتزام الملقى على عاتق البائع المهني عند إبرامه عقد البيع عن بعد⁽²⁾.

ويترتب على اعتبار العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد وأنه عقد استهلاكي تخويل الطرف المستهلك الحق في العدول عن العقد وهو ما يسمى في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية بخيار الرؤية⁽³⁾.

ولم يظهر الحق في العدول عن العقد في التقنيات الحديثة إلا بمناسبة عقود الاستهلاك وبزوغ فكرة حماية المستهلك بعد أن شاعت أنواع البيوع التي يسعى فيها البائع إلى إغراء المشتري بكافة صور الدعاية والإعلان، لاسيما في العقد الإلكتروني الذي يبرم بوسائل اتصال لا تتيح للمشتري أن تكون البضاعة بين يديه⁽⁴⁾.

وتنص أغلب القوانين والتشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية على إتاحة الحق في العدول عن العقد بعد إبرامه خلال مدة معينة وهو ما فعله المشرع في المادة 412 مكرر 3 من مشروع تعديل التقنين المدني والمشرع المصري في مشروع قانون المعاملات الإلكترونية⁽⁵⁾.

¹ - د/ نبيل محمد صبح، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية، ملحق العدد الثالث، السنة 29 سبتمبر 2005، ص134؛ د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص32.

² - سنعود لتفصيل أحكام الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني في الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الدراسة.

³ - للإطلاع على معنى خيار الشرط ومشروعيته في الفقه الإسلامي راجع: د/ محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي، كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة للنشر، طبعة 1998، ص: 11 ، 12.

⁴ - راجع في ذلك: د/ عبد العزيز المرسي محمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، دار النهضة، طبعة 2005، ص69؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص63؛ د/ نبيل محمد صبح، المقال السابق، ص135.

⁵ - سنعود لتفصيل حق العدول وأحكامه في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الدراسة.

الفرع الثالث

العقد الإلكتروني بين المساومة والإذعان

إذا كان العقد الإلكتروني لا يختلف من حيث أركانه أو مضمونه عن العقد التقليدي، فإن تحديد طبيعة هذا العقد محل نظر، حيث يثور التساؤل حول كونه عقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي الحر بين طرفيه، أم أنه عقد إذعان يستقل أحد طرفيه بوضع شروط لا يقبل مناقشة فيها ولا يكون للطرف الآخر سوى قبولها جملة واحدة أو رفضها⁽¹⁾.

فإذا كان التراضي في عقد المساومة يقوم على أساس المساواة الفعلية والقانونية بين أطرافه بحيث يستطيع كل منهم مناقشة شروطه، ولا يتم العقد إلا بعد المناقشة وقبولها ولكل منهم حرية مناقشتها، فإن عقد الإذعان كما عرفه بعض الفقه هو العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كلياً أو جزئياً بصورة مجردة عامة قبل الفترة التعاقدية⁽²⁾.

فوجه الخصوصية في عقد الإذعان يتمثل في أن الإيجاب يصدر في شكل شروط مقررة وضعت لمصلحة الموجب، وأن الطرف المذعن يقبل بتلك الشروط دون مناقشة.

هذا وقد نصت المادة 70 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"⁽³⁾ وطبقاً لهذا النص يتضح أن المشرع الجزائري يرى أن معيار الإذعان هو انعدام المناقشة السابقة على التعاقد والتسليم بكل ما هو مقرر من شروط.

وحماية للطرف الضعيف في عقود الإذعان قرر المشرع وضع أساليب تتمثل في

صورتين:

¹ - محمد أمين الرومي، المرجع نفسه، ص 53.

² - في استعراض التعريفات المختلفة لعقد الإذعان راجع على الخصوص: لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر طبعة 1990، ص 23.

³ - يتطابق هذا النص مع نص المادة 100 من التقنين المدني المصري، والمادة 101 من التقنين المدني السوري والمادة 104 من التقنين المدني الأردني.

الأولى تتجسد في الحماية من الشروط التعسفية بأن أجاز المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد، فيما تتمثل الثانية في أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن دأنا كان أومدينا⁽¹⁾.

ولتحديد ما إذا كان العقد الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان أم لا ينبغي الرجوع إلى مفهوم عقد الإذعان في الاتجاهات الفقهية، فوق المنهج التقليدي، فإن العقد لا يكون عقد إذعان إلا إذا توافرت فيه ثلاثة عناصر، أولها تعلق العقد بسلع أومرافق ضرورية، والثاني احتكار هذه السلع أومرافق احتكاراً فعلياً أوقانونياً، والثالث صدور الإيجاب إلى الجمهور بشروط مماثلة وغير محدودة⁽²⁾.

وهذا في حين يميل الاتجاه الحديث في الفقه إلى عدم التشدد في تحديد الفكرة التي تقوم عليها عقود الإذعان فيكفي في نظره أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقاً بواسطة الموجب الذي لا يقبل مناقشة الشروط التي وضعها.

وطبقاً لهذا المفهوم الموسع لعقد الإذعان ذهب البعض إلى اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان لأن أحد طرفيه مستهلك وهو الطرف الضعيف الجدير بالحماية التي تتمثل في رفع مظاهر الإذعان التي يكون قد تعرض لها والمتمثلة في الشروط التعسفية⁽³⁾.

ويدعم هذا الجانب رأيه بأن المتعاقد في العقد الإلكتروني لا يملك إلا أن يوافق على الشروط المعروضة عليه عبر وسيلة الاتصال المستعملة في إبرام العقد دون مناقشة أومشاركة للطرف الآخر⁽⁴⁾.

¹ - راجع المواد 110 / 112 من التقنين المدني الجزائري، المقابلة لنصوص المواد 149 / 151 من التقنين المدني المصري والمواد 150 / 152 من التقنين المدني السوري والمادة 240 من التقنين المدني الأردني.

² - راجع في ذلك: د/ لعشيب محفوظ، المرجع السابق، ص58؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص61.

³ - راجع في ذلك: د/ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص192.

⁴ - راجع في ذلك: د/ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 25؛ د/ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص192؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص55.

ويؤخذ على هذا الرأي أنه تجاهل وجود التفاوض والنقاش حول شروط العقد في بعض وسائل الاتصال كالبريد الإلكتروني، حيث يتم عرض الإيجاب وشروط العقد ويستطيع الطرف الثاني بكل حرية مناقشتها وتعديلها⁽¹⁾.

ويرى آخرون أن العقد الإلكتروني يتشابه مع عقد الإذعان من حيث كونه عقداً نمطياً أي معداً مسبقاً من أحد طرفيه الذي يستقل وينفرد بفرض شروطه وبنوده، ويقتصر دور الطرف الآخر على مجرد قبول الشروط، وبذلك تنعدم المفاوضة والمساومة فيه⁽²⁾.
غير أنه وإن كان العقد الإلكتروني عقداً نمطياً في معظم الأحيان، فإن وسيلة إبرامه قد تتيح لطرفيه التفاوض حول شروطه.

بينما يذهب اتجاه ثان من الفقه إلى أن العقد الإلكتروني عقد رضائي، فعملية المساومة ما زالت تسود العقود الإلكترونية بمختلف أنواعها وأن الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفاً بل له -كمستهلك- مطلق الحرية في التعاقد مع أي مورد أو محترف، كما أنه يلزم لتوافر الإذعان أن تكون السلعة أو الخدمة محل العقد من الضرورات الأساسية التي يصعب الاستغناء عنها وأن تكون محل احتكار من جانب المورد أو المهني⁽³⁾.

وغني عن البيان أنه لكي يوصف العقد بأنه لكي يوصف العقد بأنه عقد إذعان فإنه يجب أن تكون المنافسة حول السلعة أو الخدمة محل الاحتكار محدودة النطاق.

ويلاحظ أن هذا الجانب من الفقه قد اعتمد على المفهوم التقليدي لفكرة الإذعان، وتمسك بحرفية الشروط التقليدية المتطلبة في عقد الإذعان، وهذا في حين يعد العقد الإلكتروني نموذجاً جديداً من صور إبرام العقود التي تقتضي طبعة خاصة.

وينتهي بعض الفقه إلى أنه لبيان طبيعة العقد الإلكتروني فإنه يجب التمييز بين الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد، فإذا تم العقد بواسطة البريد الإلكتروني، أو الوسائل

¹ - د/ تامر محمد سليمان الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 46؛ د/ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 65.

² - د/ عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 161.

³ - د/ صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 26.

السمعية البصرية فإنه يكون عقدا رضائيا إذ يتبادل طرفاه وجهات النظر عبر الرسائل الإلكترونية، ويستطيع من وجّه إليه الإيجاب التفاوض بحرية حول شروط العقد والمفاضلة بين العروض المطروحة حتى يحصل على أفضل عرض، أما إذا تم العقد عن طريق مواقع الشبكة الدولية التي تستخدم غالبا عقود نموذجية تكون شروطها معدة سلفا ولا مجال للمناقشة فيها، فإن المتعاقدين لا يكونان على قدم المساواة لعدم التكافؤ في القدرة التعاقدية⁽¹⁾.

وينتهي آخرون إلى أنه في غياب قاعدة قانونية موجودة على المستوى الدولي تنظم مسألة الإذعان فإنه يكفي الأخذ بإمكانية التفاوض في العقود الإلكترونية كمعيار يحدد ما إذا كانت عقود إذعان أو مساومة، فالأمر يتوقف على مدى إمكانية التفاوض حول شروط العقد، فإذا كان العقد يجيز التفاوض ويسمح لمن وجه إليه الإيجاب بمراجعة شروطه وتعديلها كان العقد عقد مساومة، أما إذا انعدمت سمة التفاوض وكانت بنود العقد صارمة لا تقبل النقاش أو التعديل فهو عقد إذعان⁽²⁾.

ويلاحظ بأن قوانين المعاملات الإلكترونية في البلاد العربية لم تتضمن نصوصا صريحة في هذا الشأن غير أنه يمكن القول أن تلك القوانين قد تركت للقضاء سلطته المخولة له بموجب الأحكام العامة الواردة في التقنيات المدنية.

وهذا في حين أورد المشرع المصري في المادة الخامسة من مشروع قانون المعاملات الإلكترونية التي تقضي بإبطال كل الشروط التعسفية المتعلقة بإعفاء مقدم الخدمة من المسؤولية.

ولم يتضمن مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري نصا بهذا الشأن بل ترك الأمر في نظرنا للأحكام العامة وهي على ما نرى كفيلة بفتح مجال واسع للقاضي لتقدير وجود الإذعان في العقد ومتى تأكد ذلك جاز له أن يعدل شروطه أو أن يعفي الطرف المذعن منها.

¹ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 64؛ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 66.

² - د/ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 28؛ د/ فيصل محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 190؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 56.

الفرع الرابع

العقد الإلكتروني عقد دولي

بالنظر إلى أن العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد وينعدم فيه الاتصال المادي بين طرفيه، فإنه من المحتمل أن يخترق حدود الدولة الواحدة، ويوصف تبعاً لذلك بأنه عقد دولي.

وبالرجوع إلى القواعد العامة، فإن العقد يكون دولياً طبقاً لأحد معيارين، الأول هو المعيار القانوني ومؤداه أن العقد يكون دولياً إذا اشتمل على عنصر أجنبي، سواء أعلق هذا العنصر به في مرحلة إبرامه أو تنفيذه، أو تخلله من حيث أطرافه أو موضوعه أو سببه، في حين يسمى المعيار الثاني بالمعيار الاقتصادي، ومؤداه أنه كلما تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية كان العقد دولياً⁽¹⁾.

إن دولية العقد هي الشرط الضروري لإمكان اختيار الأطراف للقانون الذي يسري عليه، فلا يمكن الحديث عن القانون واجب التطبيق إلا بعد التأكد من الصفة الدولية للعقد الذي يثير دون سواه مشكلة تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي بشأنه.

ومن المعلوم أن تكييف الرابطة العقدية وتحديد وصفها، من حيث كونها عقداً دولياً أم لا، هي مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة القانون⁽²⁾.

وبصدد تكييف العقد الإلكتروني، اختلف الفقه حول مفهوم الصفة الدولية فيه، ويرجع اختلافهم لصعوبة توطين العلاقات القانونية التي تنشأ عن العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية وخصوصاً العقد المبرم عبر شبكة الانترنت⁽³⁾.

¹ - د/ عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 151.

² - د/ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون ذكر سنة الطبع، ص 11؛ د/ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 44.

³ - زياد خليف شداخ العنزي، تنازع القوانين في المعاملات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، سنة 2008، ص 208؛ مراد محمود يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص 75.

وقد انقسم الفقه في هذا إلى اتجاهين:

أولاً: فرق أصحاب الاتجاه الأول بين نوعين من العقود، فالعقود التي يكون أحد أطرافها مستخدماً لشبكة الإنترنت مثلاً مقيماً في دولة و يقيم مورد خدمات الاشتراك في الشبكة في دولة أخرى، في حين أن المركز الرئيس لشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر الشبكة في دولة ثالثة، فهذه العقود في نظرهم عقود دولية بلا نقاش لاحتوائها على المعيارين فاتصالها بأكثر من دولة جعلها تتعلق بالمعيار القانوني واتصالها بصالح التجارة الدولية جعلها تستوفي المعيار الاقتصادي⁽¹⁾.

أما النوع الثاني في نظر أصحاب هذا الاتجاه فهي العقود التي تتركز فيها جميع العناصر المكونة لها في دولة واحدة، فلا يمكن القول بأي حال من الأحوال بدولية هذه العقود التي تبقى خاضعة للقانون الداخلي⁽²⁾.

ثانياً: يذهب أنصار الاتجاه الثاني إلى أن البعد الدولي هو الغالب في العقود الإلكترونية أياً كان نوعها، ومهما كانت الوسيلة المستعملة في إبرامها تأسيساً على تقنيات الاتصال والشبكة الإلكترونية التي تعد تجسيداً حقيقياً لفكرة العولمة، فأهمية تقنيات الاتصال الإلكترونية تكمن في أنها لا تعترف بالحدود السياسية بين الدول، وأنها بددت فرقة العالم ومن ثم يصعب توطينها أو توطين المعاملات القانونية التي تجري في إطارها⁽³⁾.

والمواقع أن التفرقة بين العقد الدولي والعقد الداخلي المبرم بوسائل وتقنيات الاتصال الحديثة أصبحت أمراً صعباً في كثير من الأحيان، فمن الممكن أن يستعمل شخص ما هاتفه النقال أو حاسوبه الشخصي وينتقل من دولة لأخرى وهو يتفاوض على العقود

¹ - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص33؛ د/ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص35.

² - د/ عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 152؛ د/ فيصل محمد كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص177.

³ - د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص34؛ د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص21.

ويبرمها فكيف يمكن القول أن هذا العقد داخلي، كما أن هذا الشخص قد يكون على ظهر باخرة في المياه الدولية أوفي أعالي البحار.

يضاف إلى ذلك أن العناوين الإلكترونية في الشبكة العالمية لا تنتمي إلى دولة معينة، حيث يمكن لأي شخص دخول الشبكة، والانتفاع بخدماتها من أي مكان.

ويجزم بعض الفقه بأن دولية العقد أصبحت مسألة واقعية تؤكد عهدها عقود التجارة الإلكترونية التي تسمح للمتعاقدين وتتيح لهم اختيار القانون واجب التطبيق على معاملاتهم⁽¹⁾.

وبهذا الشكل فإن العقد الإلكتروني يتطلب ضرورة تضافر الجهود على المستوى الدولي والإقليمي والوطني لوضع القواعد القانونية التي تنظم أحكامه بصورة تضمن عدم التعارض بين القواعد القانونية بين مختلف الأنظمة التشريعية والاجتماعية والاقتصادية⁽²⁾ وقد كان هذا من بين أهداف، بل لنقل الهدف الرئيس، لوضع قانون الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية المسمى الأونسترال.

المبحث الثاني

تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المشابهة

من خلال استعراض تعريف العقد الإلكتروني والوقوف على خصائصه اتضح أن هذا العقد له من مظاهر الخصوصية التي تميزه عن غيره من العقود.

ولأجل استكمال تحديد ماهية العقد الإلكتروني، فإننا نرى أنه يتوجب علينا تمييزه عن بعض العقود المشابهة له من حيث طريقة انعقاده، كما أنه ينبغي تمييزه عن العقود التي يتشابه معها من حيث البيئة التي ينشأ فيها، ونقصد بها البيئة الإلكترونية.

ونخصص لكل طائفة من الطائفتين مطلبا مستقلا.

¹ - د/ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص39.

² - د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص77؛ د/ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص44.

المطلب الأول

التمييز بين العقد الإلكتروني وغيره من العقود بالنظر لطريقة انعقاده

عرفت البشرية نظام التعاقد عن بعد عصرا بعد عصر باستخدام وسائل كانت تتطور بصفة مستمرة حتى وصلت إلى استخدام وسائل الاتصال والتقنيات الحديثة التي أنتجت ما يسمى بالعقد الإلكتروني.

ومن تلك الوسائل التي يتشابه إبرام العقد بواسطتها مع العقد الإلكتروني، الهاتف والتلفزيون، والفاكس، والتلكس، والمنيتل.

ومن أجل الوقوف على أوجه الشبه والاختلاف بين العقد الذي يتم بإحدى تلك الوسائل والعقد الإلكتروني فإننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين.

نكرس الفرع الأول للمقارنة بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الهاتف والفاكس والتلكس والمنيتل في حين نستعرض في الفرع الثاني المقارنة بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون.

الفرع الأول

التمييز بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الهاتف والفاكس والتلكس والمنيتل

من المعلوم أن الهاتف وسيلة لنقل المكالمات الشخصية من خلال الأسلاك التي تربط بين نقطتين (المرسل، المستقبل) يمر فيها تيار كهربائي وفق ذبذبات صوت المتكلم، واحتل الهاتف مكانة مرموقة في الاتصالات جعلته يستخدم في إبرام العقود⁽¹⁾.

يقصد بالتعاقد عبر الهاتف تبادل الإيجاب والقبول عن طريق هذا الجهاز حيث يتم التعبير عن الإرادة بصفة شفوية، ويلاحظ أن الإيجاب في التعاقد عن طريق الهاتف هو إيجاب موجه لشخص معين بذاته وليس إجابا موجه للجمهور⁽²⁾.

¹ - د/عباس العبودي، المرجع السابق، ص20.

² - راجع في ذلك: د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث، ص 198، 199.

ويرى بعض الفقه أن التعاقد عن طريق الهاتف تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان⁽¹⁾ ففي هذه الصورة من التعاقد لا تفصل فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، فهولذلك يعتبر تعاقدًا بين حاضرين حكماً، ولكن يظل أطراف العقد متباعدين من حيث المكان، ونتيجة لذلك فهو ينتمي إلى زمرة العقود عن بعد⁽²⁾.

وقد واكب جهاز الهاتف تطورات سريعة، حيث أضيفت له ملحقات مثل المجيب الآلي الذي يسجل المكالمات تلقائياً عن طريق جهاز التسجيل، ويخبر المتصل بغياب صاحبه ليقوم بتسجيل المكالمات التي يتركها المتصل وفي هذه الصورة فإنه لا جدال في أن التعاقد فيها هو تعاقد بين غائبين⁽³⁾.

وبظهور الهاتف المحمول وصل جهاز الهاتف إلى أرقى مراتب تطوره، حيث أصبح بالإمكان استعماله في التعاقد عن طريق الاتصال العادي، كما يمكن التعاقد بواسطته عن طريق الرسائل الإلكترونية⁽⁴⁾.

ويرى البعض أن التعاقد بواسطة الرسائل القصيرة بجهاز الهاتف النقال هو تعاقد بين غائبين، في حين يرى آخرون أنه في هذه الحالة ينبغي التفرقة بين ما إذا كان الاتصال بالرسائل الإلكترونية مباشراً بحيث لا يوجد فاصل زمني بين إرسال الرسالة وعلم الطرف الآخر بها والرد عليها برسالة أخرى فورية، أو اتصال شفوي، فإن العقد يعتبر حينها تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، أما إذا كان هناك فاصل زمني بين إرسال الرسالة الإلكترونية والعلم بها أو الرد عليها، فإن العقد يعتبر تعاقدًا بين غائبين⁽⁵⁾.

¹ - في استعراض النقاش الفقهي حول طبيعة مجلس العقد في التعاقد عن طريق الهاتف، راجع: د/ سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 133.

² - BOUCHERBERG (L), Internet et commerce électronique, 2^{ème} édition, Delmas, Paris 2001, p42

³ - د/ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 23.

⁴ - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع نفسه، ص 39.

⁵ - د/ سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 135؛ د/ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 146.

ويتضح من الطريقة التي يتم بها العقد عبر الهاتف وطبيعة مجلس العقد فيه، أن التعاقد عن طريق الهاتف يتشابه مع العقد الإلكتروني في وجود الصفة التفاعلية بين الموجب والموجه إليه الإيجاب بحيث يمكن الطرفين الحديث ومناقشة مسائل العقد.

كما يتشابه العقد الإلكتروني الذي يتم باستخدام البريد الإلكتروني مع التعاقد بالهاتف الذي يتم عن طريق الرسائل القصيرة، بل يمكن القول بأن التعاقد عن طريق الهاتف المحمول يعد صورة من صور العقد الإلكتروني في هذه الحالة إذ ينطبق على التعاقد عن طريق الهاتف النقال تعريف العقد الإلكتروني كما ينطبق عليه وصفة وحكمه وخصائصه⁽¹⁾.

ويختلف العقد الإلكتروني عن التعاقد عن طريق الهاتف في أن الأول أكثر تطوراً من الثاني، إذ يمكن لطرفي العقد الإلكتروني مشاهدة بعضهما، والتفاوض بشأن تفاصيل العقد كما في استخدام الشبكة الدولية كأحدث صورة من صور التعاقد الإلكتروني.

أما جهاز الفاكس فيتم استخدامه أيضاً في إبرام العقود، حيث يعرف جهاز الفاكس بأنه جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات بكامل محتوياتها كأصلها تماماً⁽²⁾.

ويتم تشغيل جهاز الفاكس في إطار إعداد وتجهيز خط هاتفي، حيث يتم وضع الرسائل المراد إرسالها في المكان المخصص لذلك بالجهاز، وتتم عملية إرسال الوثائق عن طريق تسليط خلية ضوئية على الوثائق ثم تقوم الخلية بإصدار إشارة كهربائية يتم نقلها إلى المرسل إليه حيث تتحول إلى كتابة في جهاز الفاكس الخاص بالمرسل إليه⁽³⁾.

ولا شك أن التعاقد عن طريق الفاكس ما هو إلا طريقة متطورة من طرق التعاقد بالمراسلة الذي يعد تعاقدًا بين غائبين.

¹ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 68؛ د/ عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 186.

² - كلمة فاكس هي اختصار لكلمة: فاكسيميلي Fax - Simile وهي تعني: صورة طبق الأصل، راجع: د/ سهيل إدريس المنهل، قاموس فرنسي عربي، دار الأدب، بيروت، لبنان، الطبعة الثلاثون، 2002، ص 512.

³ - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 45؛ سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 37.

وقد أشار قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية إلى الفاكس باعتباره أحد الوسائل التي يتم استخدامها في التعاقد في المادة الثانية فقرة أ منه⁽¹⁾.

كما أن القوانين العربية الخاصة بالمعاملات الإلكترونية وإن لم تذكر جهاز الفاكس باسمه، فقد اعترفت به كوسيلة لإبرام العقد الإلكتروني، إذ عرفت المادة الثانية من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية لفظ إلكتروني بأنه ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية ورقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو ضوئية أو ما شابه ذلك، وهونفس ما ذكره المشرع في قانون مملكة البحرين في المادة الأولى منه والأردني في مادته الثانية.

وعليه، يمكن القول أن استخدام جهاز الفاكس في إبرام العقود الإلكترونية ينتج عنه أن التعاقد عن طريق الفاكس هو عقد عن بعد، ويتميز العقد المبرم عن طريق الفاكس عن التعاقد بغيره من الطرق الإلكترونية بالتواجد المادي للوثيقة الورقية، ولذلك فإن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بياناتها عن طريق جهاز الحاسوب، بل كل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طبعها على الورق، في حين أن التعاقد الإلكتروني عن طريق الشبكة الدولية مثلاً يتميز بطابعه غير المادي، حيث أن مكونات الاتفاق لا تكون ثابتة على دعامة ورقية بل تكون على دعامة إلكترونية⁽²⁾.

ويمتاز التعاقد عن طريق الفاكس بسهولة التحقق من شخصية المتعاقد معه، والتأكد من هويته وأهليته بخلاف التعاقد عبر جهاز الحاسوب الإلكتروني الذي يصعب من الناحية التقنية التعرف عليه والتأكد من سلامة إرادته واكتمال أهليته⁽³⁾.

¹ - جاء في المادة الثانية فقرة أ من قانون الأونسترال ما يلي: "لأغراض هذا التقنين": يراد بمصطلح رسالة البيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي...".

² - د/فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2003، ص:44، أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 77.

³ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص70؛ د/ سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص38.

ومن أجهزة الاتصال الحديثة المستعملة في إبرام العقود أيضا الجهاز المعروف بالتلكس الذي يعني التبادل البرقي، ويعرّف جهاز التلكس بأنه جهاز طباعة إلكتروني مبرق يطبع البيانات الصادرة من المرسل بلون معين والبيانات الصادرة من المرسل إليه بلون مغاير فيستطيع الشخص بذلك الاتصال مباشرة مع أي مشترك آخر يمتلك الجهاز نفسه وإرسال تعبيره عن الإرادة.

ويوفر التعاقد عن طريق التلكس العديد من المزايا منها السرعة، إذ يستطيع الشخص الذي يبرم إبرام العقد تأمين وصول إيجابه إلى الشخص الآخر خلال ثوان معدودة، كما يوفر الجهاز السرية أيضا فالرسالة المرسلة بالتلكس رسالة مكتوبة لا يعرف ما فيها من معلومات إلا المرسل الذي أرسلها، كما يتميز التلكس بالإتقان والوضوح، غير أنه من عيوب هذا الجهاز أنه لا يستطيع نقل الرسوم التوضيحية والهوامش والتوقيعات⁽¹⁾.

ويجمع الفقه على أن التعاقد عن طريق التلكس هو تعاقد بين غائبين تسري عليه من حيث لحظة إبرام العقد القواعد العامة المعروفة في التقنين المدني⁽²⁾.

وقد أشار قانون الأونسترال النموذجي إلى التعاقد عن طريق التلكس بوصفه إحدى صور العقد الإلكتروني في المادة الثانية فقرة " أ " منه⁽³⁾.

ورغم النص السابق، فإن الصور المتطورة للعقد الإلكتروني كالشبكة الدولية للانترنت مثلا، تجعل من العقد الإلكتروني عقدا بين حاضرين في الزمان غائبين في المكان، فهي تتيح لأطراف العقد التفاعل الحواري بينهم وتسمح لكل منهم مشاهدة الآخر، كما يختلف العقد الإلكتروني المبرم عبر الانترنت عن التعاقد الإلكتروني بالتلكس في الدعائم الورقية، وهذا ما يحول وسيلة الإثبات في العقد الإلكتروني عبر الانترنت إلى وسيلة إلكترونية، في حين تظل وسيلة الإثبات في العقد المبرم عن طريق التلكس ورقية.

¹ - د/ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 27، 28؛ د/ بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 11.

² - د/ سامح التهامي، المرجع السابق، ص 11.

³ - النص مشار إليه سابقا ص 56 الهامش 1.

ولم يحظ التلكس بثقة القضاء اللبناني، حيث قضت محكمة التمييز المدنية في قرار لها الذي يحمل رقم 16 الصادر بتاريخ 24 جوان 1997 بما يلي: "إن التلكس لا يصح اعتباره سنداً ذا توضيح خاص ولا يشكل في أي حال إقرار قضائياً وإن أبرزت صورته في المحاكمة طالما أنه لم يحصل في مجلس القاضي الناظر في النزاع المتعلق بموضوعه، فالتلكس كأداة للمراسلة يفتقر إلى توقيع المرسل"⁽¹⁾.

وفي سنة 1985 ظهر في فرنسا جهاز يسمى المنيتل وقد لاقى انتشاراً واسعاً، ففي البداية كان يستعمل كبديل للدليل الهاتفي ثم أصبح يستعمل في حجز تذكر السفر وفي إبرام العقود⁽²⁾.

والمنيتل هو جهاز يشبه الحاسوب ولكنه صغير الحجم نسبياً ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح وأرقام مثل تلك الخاصة بالحاسوب وهو وسيلة مرئية تنقل الكتابة على الشاشة دون الصوت والصورة، ويكفي لاستعماله أن يوصل بخط هاتفي⁽³⁾.

ورغم شيوع استخدامه لم ينل المنيتل ثقة القضاء الفرنسي، فهو لا يكفي في نظره للتعبير عن الإرادة على نحو جازم، بالإضافة إلى أنه لا يقدم الضمانات الكافية للمتعاقدين من حيث التأكد من صفة الطرف الآخر وأهليته وصدق معلوماته⁽⁴⁾.

ومن الناحية العملية يتيح المنيتل لكل شخص مشترك في الخدمة أن يوجه من خلاله طلباته بالبيع أو الشراء، وهولذلك جهاز لإرسال رسائل إلكترونية لعناوين معينة، من خلال شبكة توصل بها كل أجهزة المنيتل في فرنسا، ويتم التعاقد من خلال تبادل الإيجاب والقبول عن طريق كتابة الرسائل وإرسالها عبر هذه الشبكة⁽⁵⁾.

¹ - د/ سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص42، هامش رقم 04.

² - د/ محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 2008 ص 21، هامش 12؛ د/أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص25.

³ - د/ سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص:43، سامح التهامي، المرجع السابق، ص41.

⁴ - د/ محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 1993، ص 31.

⁵ - MOREAU (N), La formation du contrat électronique, mémoire p.c, p 42

والتعاقد عبر المنيئل هو تعاقد بين غائبين لوجود فترة زمنية بين صدور القبول والعلم به، وهو أيضا تعاقد عن بعد، وهو في هذه الجزئية الأخيرة، يتشابه مع العقد الإلكتروني في صورة التعبير عن الإرادة باستخدام البريد الإلكتروني ولكنه أقل تطورا منه، فالبريد الإلكتروني يسمح بنقل الصورة والملفات الصوتية والفيديو⁽¹⁾ في حين يختلف عن العقد الإلكتروني في غياب الصفة التفاعلية التي تسمح بالتعاصر بين الإيجاب والقبول.

وإذا كان الهاتف والفاكس والتلكس قد صمدوا أمام التطور المذهل لتقنيات الاتصال الحديثة، إذ لا يزال بالإمكان إبرام العقود بواسطة تلك الأجهزة، فإن جهاز المنيئل لم يكتب له الانتشار خارج فرنسا وقد انحصر استعماله وتراجع بسبب تطور وسائل الاتصال وتحول الفرنسيين عنه إلى شبكة الانترنت.

على أنه يمكن القول أن كلا من جهاز الهاتف والفاكس والتلكس على اختلاف في صور التعبير عن الإرادة من خلالها فإنها تعد صورا من صور التعاقد الإلكتروني، بدليل المادة الثانية فقرة " أ " من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، ومضمون نصوص قوانين المعاملات الإلكترونية في البلاد العربية.

الفرع الثاني

التمييز بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون⁽²⁾

عرّف بعض الفقه التعاقد الذي يتم عن طريق التلفزيون بأنه عبارة عن طلب سلعة أو منتج بواسطة الهاتف بعد عرضها بواسطة التلفزيون⁽³⁾.

¹ - د/ سامح التهامي، المرجع السابق، ص 47؛ د/ سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 43.

² - ظهر التعاقد عن طريق التلفزيون سنة 1978، بولاية فلوريدا بالولايات المتحدة الأمريكية، وبداية من سنة 1985 ثم تعميمه على كامل الولايات، ثم ظهر في كندا في أوت 1986، ثم اليابان، لينتقل بعد ذلك إلى أوروبا، بداية من إيطاليا سنة 1986 وألمانيا وصولا إلى فرنسا 1987، ليعمم بعد ذلك إلى كامل بلدان العالم، راجع في ذلك د/ محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، مطبوعات النسر الذهبي للطباعة والنشر، دون ذكر سنة الطبع، ص 3؛ د/ أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 19، العدد 03، سبتمبر 1995، ص 179.

³ - محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع نفسه، ص 10.

وهذا يعني أن التعاقد لا يتم كله عن طريق التلفزيون الذي يقتصر دوره على عرض السلع والخدمات مع تحديد الأوصاف والأسعار ثم يقوم المشاهد بالاتصال هاتفياً بالبرنامج ليبيدي قبوله بشراء السلعة أو الاشتراك في الخدمة، وبالتالي فالقبول لا يتم من خلال التلفزيون بل يكون من خلال الهاتف⁽¹⁾.

ولذلك رأى البعض أنه من الخطأ إطلاق اصطلاح التعاقد عن طريق التلفزيون على هذه الطريقة في التعاقد، لأن دوره يقتصر على عرض السلعة أو الخدمة على الجمهور والإعلان عنها وإذا ما رغب أحد المشاهدين في التعاقد بشأن منتج أو خدمة عرضت عليه، فإنه يقوم بالاتصال بمقدم الخدمة أو المنتج عن طريق الهاتف⁽²⁾.

في حين رأى آخرون أنه لما كان الإيجاب الموجه عن طريق التلفزيون إيجاباً كاملاً يتضمن كافة العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، فإنه يمكن وصف العملية بأنها تعاقد عن طريق التلفزيون⁽³⁾ فإذا تضمن عرض السلعة أو الخدمة بواسطة التلفزيون المبيع والتمن فإنه يعتبر إيجاباً شأنه في ذلك شأن عرض البضائع على واجهات المحال التجارية مع بيان أثمانها وفي الحالتين يتحقق لمن وجه إليه الإيجاب رؤية السلعة والبضاعة بالصوت والصورة⁽⁴⁾.

أما إذا عرض برنامج ما سلعة معينة وحدد أوصافها تحديداً تاماً لكنه ترك السعر ليكون موضوعاً للمناقشة أو المساومة، وأرفق عرضه بتحديد لأرقام الهاتف ليقوم المشاهد بالاتصال، فإن ذلك لا يعتبر إيجاباً وإنما دعوة للتعاقد ويكون اتصال المتلقي هاتفياً إيجاباً ينعقد به العقد إذا لحقه قبول مطابق⁽⁵⁾.

1 - د/ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 54.

2 - د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 135.

3 - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 41 هامش رقم 03.

4 - د/ أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، ص 192.

5 - د/ أحمد السعيد الزقرد، المقال نفسه، الموضع نفسه.

ولما كان العقد عن طريق التلفزيون ينعقد باتصال القابل عن طريق الهاتف بالموجب، وبالنظر إلى أن الموجب والقابل لا يلتقيان بصفة مادية، فإن مسألة تحديد مكان وزمان انعقاد العقد توضع في نفس الحدود التي يتم عن طريقها معالجة التعاقد بين غائبين بالمراسلة وفي التعاقد عن طريق الهاتف إذ تكفي القواعد العامة في تحديد لحظة إبرام العقد ومكانه⁽¹⁾.

وعند تنظيمه للبيع عن طريق التلفزيون بالقانون رقم 21/88 الصادر في 6 جانفي 1988 اعتبر المشرع الفرنسي هذا العقد من العقود التي تبرم عن بعد⁽²⁾.

وبالنظر إلى المعطيات السابقة، فإنه يتضح أن هناك تماثلا بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون، يصل إلى حد اعتبار الأخير صورة من صور الأول، كما أن بينهما اختلافا في أكثر من وجه.

فإذا كان التعاقد عن طريق التلفزيون والعقد الإلكتروني يتشابهان في أن العرض الموجه للمشاهدين هونفسه إذ يتم بالصوت والصورة، فإن الإعلام في التلفزيون له طابع وقتي، إذ غالبا ما تحدد برامج عرض السلع والخدمات لوقت محدد حتى في القنوات المخصصة للإعلان عن المنتجات، فإنها تقسم وقت البث على فترات كل منها لمنتج معين، ودائما يكون الحصول على التفاصيل أو الإعلان عن القبول عن طريق الهاتف⁽³⁾.

في حين يظل العرض قائما طول أوقات النهار والليل في العقد الإلكتروني باستخدام الشبكة مثلا، كما يختلفان في ازدواج وسيلة التعاقد، إذ يتم إبلاغ القبول عن طريق الهاتف، في حين يتم التعبير عن القبول في العقد الإلكتروني عن طريق رسالة البيانات التي يتم نقلها عبر الوسيط الإلكتروني المستعمل هوذاته في التعبير عن الإيجاب⁽⁴⁾.

¹ - محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 80؛ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 55.

² - نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، بتاريخ 1988/01/07، ص 271.

³ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 69؛ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 78.

⁴ - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 42.

هذا بالإضافة إلى أن البث التلفزيوني يتم من جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التلفزيون فلا وجود لإمكانية التجاوب أو أية مبادرة من الطرف الثاني في العقد، وهذا عكس ما هو عليه الأمر في العقد الإلكتروني الذي يتيح الصفة التفاعلية الحوارية بين طرفي العقد⁽¹⁾.

هذه الصفة التفاعلية تسمح بحضور افتراضي متعاصر بين أطراف التعاقد، كما تسمح بتسليم بعض الأشياء تسليمًا حكميًا أو أداء بعض الخدمات فوراً⁽²⁾.

ويمكن القول أن وجه الشبه الوحيد بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون يكمن في طريقة عرض السلع أو الخدمات في حال استخدام الشبكة الدولية في العقد الإلكتروني مع طريقة عرضها عن طريق التلفزيون، كما يكمن التماثل في أن كلا العقدين ينتميان إلى زمرة العقود عن بعد وأن كليهما عقد استهلاكي غالبًا.

في حين يسري على العقد الإلكتروني نظرا لخصوصيته قواعده المعاملات الإلكترونية التي تتضمن توفير بيئة ملائمة له، خلافاً للتعاقد عن طريق التلفزيون الذي تظل القواعد العامة كفيلة ببيان أحكامه.

ونخلص مما تقدم أن العقد الإلكتروني هونوع جديد من العقود، فهو وليد التقدم التكنولوجي ونتيجة لتطور وسائل التقنية والاتصال الحديثة، وهو عقد له خصوصية ذاتيته المستقلة التي تميزه عن أنظمة التعاقد الأخرى التي تتم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة.

المطلب الثاني

التمييز بين العقد الإلكتروني وغيره من العقود بالنظر إلى مضمونه

تنقسم العقود الإلكترونية بالنظر إلى طبيعة محلها إلى نوعين، عقود تبرم عبر شبكة الانترنت وتنفذ خارجها عندما تتعلق بأشياء مادية تقتضي طبيعتها تسليمها في بيئة مادية

¹ - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 50.

² - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 69.

كالمسلع مثلا، وهناك عقود تبرم وتنفذ عبر شبكة الانترنت دون حاجة إلى العالم المادي خارج الشبكة⁽¹⁾. كالعقود التي يكون موضوعها خدمة من الخدمات أو شيئا غير مادي.

غير أن هناك طائفة من العقود تبرم بسبب التجارة الإلكترونية وتعد لازمة لتحقيقها دون أن تكون التجارة الإلكترونية موضوعا لها، وفي هذا تختلف وتتميز عن العقد الإلكتروني وهي تسمى عقود الخدمات الإلكترونية⁽²⁾.

ولتمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود التي تشابهه والتي تختلف عنه في البيئة الإلكترونية، فإننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول منها عقود الخدمات الإلكترونية وفيه نتعرض للعقود التي تبرم في البيئة الإلكترونية دون أن تتعلق بالمعاملات الإلكترونية، في حين نخصص الفرع الثاني لعقود التجارة على الخط والتي تبرم وتنفذ عبر شبكة الاتصالات.

الفرع الأول

عقود الخدمات الإلكترونية

يقصد بعقود الخدمات الإلكترونية تلك العقود الخاصة بتجهيز خدمات الانترنت وتقديمها وكيفية الاستفادة منها، فهي العقود التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات الانترنت والمستفيدين منها⁽³⁾.

ونظرا للتنوع الشديد والتطور المتسارع لهذه العقود فإنها لا تدخل تحت حصر غير أن أهمها عقد الدخول إلى الشبكة، وعقد الإيجار المعلوماتي، وعقد إنشاء المتجر الافتراضي، ونعرض فيما يلي لكل عقد من تلك العقود:

¹ - د/ فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 09؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 69.

² - د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 26؛ د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 54.

³ - بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 76؛ مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص 88.

أولاً- عقد الدخول إلى شبكة الانترنت:

نظرا لأن مباشرة المعاملات الإلكترونية تتطلب الدخول إلى شبكة الاتصال في الفضاء الإلكتروني عن طريق أحد موردي الدخول إليها، فإنه يتوجب على من يريد الدخول إلى الشبكة إبرام عقد لهذا الغرض⁽¹⁾.

وقد عرف بعض الفقه هذا العقد بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول إلى الانترنت من الناحية الفنية، وذلك بإتاحة الوسائل التي تمكنه من ذلك وأهمها برنامج الاتصال الذي يحقق الربط بين جهاز الحاسوب والشبكة، والقيام ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل، وذلك مقابل التزام العميل بسداد رسوم الاشتراك المقررة⁽²⁾.

وعقد الدخول إلى الشبكة هو عقد ملزم للجانبين، إذ يقع على مقدم الخدمة التزام أساسي بتقديم خدمة الدخول، وهو التزام بتحقيق نتيجة، في حين يلتزم مستخدم الانترنت بسداد قيمة الاشتراك مقابل الدخول والإبحار في الشبكة⁽³⁾.

ويعتبر عقد الدخول إلى الشبكة من أهم العقود الإلكترونية المألوفة وأكثرها شيوعا على الانترنت بالنظر إلى أن هذه الشبكة أصبحت لها أهميتها المتزايدة بين الأفراد والشركات.

ويلاحظ أن هذا العقد يتخذ صورة عقد الإذعان، حيث أن العميل لا يتاح له إلا أن يقبل شروط العقد ويلتزم بكافة أجزائه وأحكامه، وإما أن يرفضه⁽⁴⁾.

كما يلاحظ على هذا النوع من العقود أن لها قاسما مشتركا يتمثل في أنه رغم اتساع نطاقها لتشمل كافة أرجاء الكرة الأرضية، وبغض النظر عن اختلاف موضوع

¹ - راجع في ذلك: د/ فريد عبد المعز فرج، التعاقد بالانترنت، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية تصدر عن كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، فرع دمهور، العدد 18 الجزء الأول، سنة 2003، ص496.

² - د/ عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 191؛ د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 79؛ د/ فيصل محمد كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص96.

³ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 73؛ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص71.

⁴ - د/ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص162؛ د/ إلياس ناصيف، ص49.

التعاقدات، فإنه يوجد تماثل بينها، سواء تمت في الجزائر أوفي مصر أو لبنان أو واشنطن أوباريس فإنها تتم بصورة واحدة، والسبب في ذلك أن التقنية واحدة والمشاكل متشابهة يقتضي حلها حلولاً متشابهة⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أن مسؤولية مقدم الخدمة هي مسؤولية تعاقدية، تقوم في حالة عدم تنفيذ التزامه بتمكين العميل من الدخول إلى الشبكة، غير أنه لا يعد مسؤولاً عن محتوى المعلومة وذلك أنه لا يملك الوسائل الفنية التي تمكنه من رقابة صحة تلك المعلومات أو مشروعيتها وقد يضع مقدم الخدمة شروطاً تعفيه من المسؤولية أوتحد منها⁽²⁾.

وقد وضع المجلس الوطني للاستهلاك في فرنسا بعض التوصيات المتعلقة بإبرام هذا العقد، وبيّن أنه يجب لكل طلب دخول للشبكة أن يصاحبه شرح للتعريف بالعقد والالتزامات الخاصة به، وأنه يتعين على المورد أن يعلم العميل بمدى كفاءة الظروف المستعملة وبعدد المشتركين، وأن يعلم بالبرامج المقدمة ومدى حداتها وأن يقدم له دون أية مصاريف إضافية عدداً للوقت في الحالة التي تتم محاسبته بالمدة⁽³⁾.

ويمكن القول أن الدخول إلى الشبكة أو عقد الاشتراك فيما يسميه البعض، هو عقد إلكتروني محله استغلال شبكة الانترنت، في حين أن العقد الإلكتروني موضوع دراستنا هو العقد الذي يبرم في بعض صورته بواسطة شبكة الانترنت، ما يعني أن هذه الأخيرة تعد وسيلة للتعاقد أوللتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني في حين تعتبر موضوعاً للعقد في عقد الاشتراك وهو ما يجعل الاختلاف بين العقدين واضحاً.

¹ - د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص34؛ د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص49.

² - د/فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 97؛ د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص27.

³ - د/ فريد عبد المعز فرج، البحث السابق، ص498،

ثانياً - عقد الإيجار المعلوماتي (عقد الإيواء) :

عقد الإيجار المعلوماتي أو عقد الإيواء كما يفضل بعض الفقه تسميته، هو ذلك العقد الذي يتضمن التزاماً من مقدم الخدمة باستقبال موقع العميل، أو متجره الافتراضي على الشبكة لمدة معينة وفي مقابل معين⁽¹⁾.

وعرفه آخرون بأنه عقد بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشترك بعض إمكانيات أجهزته وأدواته المعلوماتية على شبكة الانترنت⁽²⁾.

وبمقتضى هذا العقد يلتزم مقدم الخدمة باستقبال العميل، ويتيح له استعمال ما لديه من أجهزة وأدوات ووضعها على الشبكة تحت تصرف العميل لمدة معينة مقابل التزام هذا الأخير بدفع المبلغ المتفق عليه⁽³⁾.

ويرتبط هذا العقد ارتباطاً وثيقاً بالشبكة الدولية، حيث يقوم على ضرورة المرور الفني الإلزامي عبر الانترنت، فيتخذ العميل موقعا على الشبكة وعن طريق هذا الموقع يتمكن من التعامل مع الغير وقد كيّف بعض الفقه هذا العقد بأنه عقد إيجار للأشياء تسري عليه الأحكام العامة لعقد الإيجار⁽⁴⁾ على أساس أن مقدم الخدمة يضع إمكانياته الفنية وبعض أجهزته تحت تصرف المشترك وهو لذلك لا يعدون أن يوصف بأنه عقد إيجار⁽⁵⁾.

في حين اعترض آخرون على هذا التكييف، فأرأوا أنه رغم أن عقد الإيجار المعلوماتي ينطوي على بعض عناصر عقد الإيجار، فإنه يقوم على عمل فني يضاف إلى الإيجار المادي للأشياء، وأن هذا العقد يلتزم فيه مقدم الخدمة بتحقيق نتيجة وليس ببذل

¹ - د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 80؛ د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

² - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 77؛ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 77.

³ - د/ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 51؛ د/ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 39؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 78.

⁴ - وهو العقد المنظم بالمادة 1713 وما بعدها من التقنين المدني الفرنسي، والمادة 558 من التقنين المدني المصري، والمادة 467 وما بعدها من التقنين المدني الجزائري والمادة 526 وما بعدها من التقنين المدني السوري.

⁵ - مراد محمود يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص 90؛ د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، السابق، ص 80.

عناية كما في عقد الإيجار، وانتهى هذا الجانب إلى حد اعتبار عقد الإيواء يشكل عقدا مركبا من عقدي المقولة والإيجار⁽¹⁾.

غير أن الرأي الثاني محل نظر، وذلك أن مقدم الخدمة ينسحب من كل العملية ويترك كامل الحرية للعميل في استخدام الموقع أو الأجهزة والشبكة مقابل المبلغ المتفق عليه، ولذلك فإن عقد الإيواء أو عقد الإيجار المعلوماتي في نظرنا هو عقد إيجار تسري عليه أحكام عقد الإيجار.

وبالنظر إلى أن مقدم الخدمة يسمح لعميله بالانتفاع بأجهزته مع الاحتفاظ بملكيتها، ويتنازل له عن حيازته لبعض الإمكانيات التي تتيحها هذه الأجهزة، فإن مسؤوليته عن الأضرار التي يسببها استعمال العميل لأجهزته تتحدد بالقدر الذي يتخلى فيه عن حيازته لتلك الأجهزة، فإذا خرجت الأجهزة من تحت حراسته، فإنه لا يمكن أن يسأل عن الأضرار التي تلحق بالغير جراء استعمال العميل لها، ما لم يثبت أن مقدم الخدمة كان يعلم بما قام به العميل⁽²⁾ وتتبع في هذا الشأن مسؤولية حارس الشيء في القواعد العامة في التقنين المدني.

لقد اتضح بأن العقد الإلكتروني الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه عبر وسيلة إلكترونية يختلف اختلافا عن عقد الإيواء أو عقد الإيجار المعلوماتي، ففي حين تكون الوسائل الإلكترونية موضوعا للعقد ومحلا له، تكون في العقد الإلكتروني وسيلة للتعبير عن الإرادة.

ثالثا - عقد إنشاء المتجر الافتراضي: يقصد بعقد إنشاء المتجر الافتراضي ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بأن يمكن التاجر من عرض بضاعته من خلال موقع إلكتروني، أو مركز تجاري افتراضي مقابل أجر متفق عليه⁽³⁾.

¹ - د/ إلياس ناصيف، المرجع السابق، 52؛ د/ فريد عبد المعز فرج، البحث السابق، ص 499.

² - د/ عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 194؛ د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 60؛ د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 28.

³ - د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 81؛ د/ عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة الموضوع نفسه؛ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 78.

ويطلق البعض على هذا العقد عقد المشاركة، وذلك لأنه العقد الذي بمقتضاه يصبح المتجر الافتراضي مشاركا في المركز التجاري الافتراضي الذي يجمع العديد من التجار في مكان واحد⁽¹⁾.

وتبدوا أهمية المتجر الافتراضي كونه نواة التجارة الإلكترونية، حيث تقوم هذه الأخيرة على فكرة أساسية مفادها تجميع البائعين والمستهلكين في مراكز تجارية افتراضية والتي تنقسم إلى قسمين: الأول يمكن الدخول إليه دون حاجة لإجراءات معينة ولكنه يسمح بالاطلاع والتصفح والتجول فقط من أجل عرض السلع والخدمات والتعرف عليها دون شرائها، في حين يتم الشراء في القسم الثاني الذي يتم الولوج إليه بعد إتباع إجراءات معينة تستهدف التحقق من شخصية الزائر وتسجيله تمهيدا للتعاقد معه⁽²⁾.

ويكتسي هذا العقد أهمية بالغة في المعاملات الإلكترونية، فلكي يتمكن التاجر من إبرام الصفقات التجارية عبر شبكة الانترنت، فإنه يتوجب عليه أن ينشئ موقعا تجاريا على الشبكة، وهو في سبيل ذلك قد يعهد بهذه المهمة إلى أحد المهنيين المتخصصين في مجال المعلوماتية الذي يتولى تصميم الموقع آخذا في الاعتبار جمال التصميم وفاعليته وسهولة الاستخدام وسرعة تحميل الصفحات، وعرض السلع والخدمات بطريقة جذابة وواضحة مع بيان دقيق لمواصفاتها وأسعارها، ومبينا شروط التعاقد وكيفية تنفيذ العقد وغيرها⁽³⁾.

ويتضمن عقد المتجر الافتراضي نوعين من الشروط، الأول يتعلق بشروط عامة تخضع لها كل المتاجر المشاركة في المركز التجاري الافتراضي في حين يتعلق بالشروط الخاصة بكل متجر على حدة وغالبا ما تتضمن الشروط العامة ما يتصل بتحديد البيانات الشخصية لمقدم الخدمة، ووصف دقيق للمنتج المعروض، واللغة المستخدمة، وتحديد

¹ - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص13؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص77.

² - محمد أمين الرومي، المرجع السابق ص 72؛ مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص91.

³ - رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مقال منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة 26، ديسمبر 2002، ص237.

الأسعار بوضوح، مع بيان قيمة الضرائب ونفقات الشخص ومواعيد التسليم وعموماً كل ما يلزم لإعلام المستهلك⁽¹⁾.

وقد كيّف البعض عقد المتجر الافتراضي بأنه عقد ينتمي إلى عقود الخدمات، ويدخل في نطاق عقد المقاوله الذي عرفته المدة 549 من التقنين المدني الجزائري بأنه: "المقاوله عقد يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يعهد به المتعاقد الآخر"⁽²⁾.

فالمقاوله عقد رضائي لا يشترط لانعقاده شكل معين، وهو عقد معاوضة وعقد ملزم للجانبين، كما أن التراضي في عقد المقاوله يقع على عنصرين، الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول، والأجر الذي يتعهد رب العمل بدفعه، وكلها أحكام تنطق على عقد إنشاء المتجر الافتراضي.

ونخلص إلى القول بأن عقد إنشاء المتجر الافتراضي موضوعه إلكتروني ولكنه لا ينعقد بالوسائل الإلكترونية ما يعني وجود الاختلاف الواضح بين العقدين رغم أنه من المتصور أن يستعمل التاجر وسيلة من الوسائل الإلكترونية في التعبير عن إرادته ونقلها إلى الشخص المطلوب منه إنشاء الموقع، ففي هذه الحالة يكون عقداً إلكترونياً، ولكن تبقى للعقد الإلكتروني خصوصيته المتمثلة في وسيلة إبرامه دائماً.

الفرع الثاني

عقود المعلوماتية

ذكرنا أنه يمكن تقسيم عقود التجارة الإلكترونية إلى قسمين بالنظر إلى مدى ارتباط تنفيذها بالوسائل الإلكترونية، فهناك عقود تبرم بالوسائل الإلكترونية لكن طبيعتها محلها تقتضي تنفيذها في العالم المادي، غير أن الطائفة الهامة من العقود الإلكترونية هي تلك

¹ -/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 31؛ د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 31 vaincent gautrais, le contrat électronique international op.cit, page 273.

² - هذا النص يتطابق مع نص المادة 1710 من التقنين المدني الفرنسي والمادة 646 من التقنين المدني المصري، والمادة 612 من التقنين المدني السوري.

التي تبرم وتنفذ بالوسائل الإلكترونية وهي ما يطلق عليه في لغة التجارة الإلكترونية عقود المعلوماتية⁽¹⁾.

ووفقا لنص المادة الثانية من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية، فإنه يقصد بالمعلومات الإلكترونية كل المعلومات ذات الخصائص الإلكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج حاسب آلي أو غيرها من قواعد البيانات⁽²⁾. والعقود التي ترد على الأموال ذات الطبيعة المعلوماتية متعددة وكثيرة يصعب

حصرها وذلك سنقف عند أهمها:

أولاً - عقد الاشتراك في بنوك المعلومات:

يقصد ببنك المعلومات الإلكترونية مجموعة المعلومات التي تتم معالجتها إلكترونياً من أجل بثها عبر شبكة الانترنت بحيث يمكن للمشارك الوصول إليها من خلال ربط جهاز الحاسوب الخاص به بشبكة الانترنت⁽³⁾.

فالوظيفة الأساسية لبنوك المعلومات وفقاً لهذا التعريف، تتمثل في تقديم المعلومات إلكترونياً إلى المشتركين، والهدف من إنشاء بنك المعلومات الإلكتروني هو إتاحة الاستفادة من المعلومات لكل من يدخل إلى الشبكة.

ومن الطبيعي أنه يجب أن تتوفر عدة شروط في تلك المعلومات، منها أن تكون حديثة ومحينة أي أن يضيف المورد إليها كل جديد يتعلق بالمجال المطلوب.

¹ - تعتبر المعلومة شيئاً غير مادي يصلح لأن يكون محلاً للحقوق المالية وخصوصاً حق الملكية، فالمعلومة قد تكون منتجاً أو سلعة مستقلة، ومن المعروف أنها تستقل عن الشكل المادي الذي تتمثل فيه سواء أكان كتابةً أو صوتاً أو صورة، راجع تفصيلاً لذلك: د/نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 2001، ص46.

² - راجع المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي هي تطابق المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، في حين لم يرد بالقانون التونسي والبحريني تعريف للمعلومة.

³ - د/فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص150؛ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص80، 81.

وعليه، فإنه يمكن القول أن عقد الاشتراك في بنوك المعلومات هو ذلك العقد الذي يضع بموجبه المورد تحت تصرف المستخدم إمكانية النفاذ إلى قاعدة المعلومات بهدف الحصول على ما يناسبه من معلومات تتفق مع حاجاته⁽¹⁾.

وبذلك يرتب هذا العقد التزامات متبادلة تقع على عاتق طرفيه، فالمورد يلتزم بأن يزود العميل بالوسائل الفنية التي تمكنه من الاتصال بقاعدة المعلومات كما يلتزم بالحفاظ على سرية مطالب العميل، في حين يلتزم هذا الأخير بحسن استخدام المعلومات والمحافظة عليها وأن يدفع المقابل النقدي المتفق عليه⁽²⁾.

وفي تكييفه لهذا العقد اختلف الفقه، فمنهم من رأى أنه بمثابة تنازل عن حق استعمال المعلومات نظراً لأن المستفيد منها لا يحصل إلا على مجرد منفعة ولا ينتقل إليه أي حق من الحقوق المالية، وذهب آخرون إلى أنه عقد بيع يرد على المعلومات لأن قاعدة المعلومات تكون معدة سلفاً قبل إبرام عقد الاشتراك بحيث يمكن استخدامها من كافة الأشخاص ولم يتم اختيارها خصيصاً لتلبية طلب العميل⁽³⁾.

ويرد على هذا بأن ملكية المعلومات تظل للمنتج ولا تنتقل إلى المشترك، فكيف يمكن وصف العقد بأنه عقد بيع وسمة هذا الأخير تنحصر في نقل الملكية، فلا يتاح للمشارك سوى استعمال المعلومات والاستفادة منها.

وكيف آخرون هذا العقد بأنه من قبيل عقد الوكالة، في حين رأى جانب آخر أنه عقد مركب لأنه يحتوي على علاقات قانونية متشابكة⁽⁴⁾.

والرأي الغالب أن عقد الاشتراك في بنوك المعلومات هو عقد مقاوله، لأن مضمونه يتمثل في إنجاز عمل محدد من أجل إشباع رغبة طالب المعلومة، فهو لا يعدو أن يكون تقديم خدمة هي إتاحة الولوج إلى قاعدة المعلومات، وعقود الخدمات هي عقود مقاوله،

¹ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص80؛ د/ عمرو عبد الفتاح علي بونس، الرسالة السابقة، ص201.

² - د/ مراد محمود يوسف المطلق، الرسالة السابقة، ص 91، 92؛ د/ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص105.

³ - د/ فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص31.

⁴ - بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص81؛ د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص84.

وليس ما يمنع عقد المقابلة من أن يكون موضوعه شيئاً غير مادي ما دام يمكن تقويمه بالمال⁽¹⁾.

ويتشابه العقد الإلكتروني مع عقد الاشتراك في بنوك المعلومات في أن الأخير قد يبرم بوسيلة إلكترونية، فمن يريد دخول مكتبة افتراضية على الشبكة، خاصة بالمراجع القانونية مثلاً فما عليه إلا الاستعلام عن المبلغ المطلوب دفعه ثم يتاح له الدخول إلى المكتبة والاطلاع، كما يستطيع تحميل المراجع التي يريد بعد دفع ثمن التحميل إن كان مسموحاً به.

وبذلك تكتمل صورة العقد الإلكتروني، إذ يكون قد أبرم ونفذ بوسيلة إلكترونية وتتعدد الأمثلة والنماذج بتعدد الروابط العقدية.

ثانياً - عقد الإعلان الإلكتروني:

بعد أن أصبحت وسائل الاتصال الحديثة وخصوصاً الانترنت مجال خصبا للتجارة الإلكترونية، فإنه كان لابد أن تستعمل شبكة الاتصال في الإعلان عن السلع والخدمات عن طريق عقد الإعلان الإلكتروني.

ويعتبر عقد الإعلان الإلكتروني من طائفة العقود التي تبرم وتنفذ عبر الانترنت، وهو عقد رضائي تسري عليه القواعد العامة في التعبير عن الإرادة وتطابق الإرادتين، كما أنه عقد غير مسمى في التشريع الجزائري.

وعقد الإعلان هو ذلك العقد الذي يبرم بين وكالة الإعلان والمعلن بغرض الترويج لبضاعة معينة أو خدمة محددة عبر قنوات الإرسال أو شبكة الانترنت، حيث تتيح المواقع عرض تلك البضائع أو الخدمات ليصبح بإمكان كل مستخدم لهذه الشبكة الاطلاع عليها⁽²⁾. وقد يكون الإعلان مقروءاً أو مسموعاً أو مرئياً، بينما يعتبر الإعلان عبر الانترنت من أهم وسائل الإعلان المرئية المسموعة ويطلق عليه اسم الإعلان الإلكتروني⁽³⁾.

ويختلف المركز القانوني لوكالة الإعلان تجاه المعلن حسب طبيعة العمل المعهود إليها، فقد يقتصر دور الوكالة على التقريب بين المعلن وأداة الإعلان دون أن تشارك في العملية

¹ - د/فاروق الأباصيري، المرجع نفسه، ص22؛ د/ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 60.

² - د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص42.

³ - د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص91.

الإعلانية وهي في هذه الفرضية تتصرف كسمسار، كما قد يكون للوكالة حق تمثيل المعن فتتصرف عندئذ كوكيل باسمه ولحسابه⁽¹⁾.

هذا ويذكر الفقهاء نماذج أخرى لعقود إلكترونية موضوعها ومحلها المعلومة بكافة أشكالها ومن ذلك عقد النشر على الخط وهو العقد الذي يبرم من أجل نشر المؤلفات والمطبوعات إذ يمكن للعميل الحصول على المنشورات سواء أكانت كتباً أو مجلات أو أسطوانات عبر تقنيات الاتصال المختلفة مقابل مبلغ متفق عليه⁽²⁾، ومنها أيضاً عقد التسهيلات الإدارية الذي يقصد به العقد الذي يبرم بين شخصين بمقتضاه يقوم الطرف المتخصص في مجال المعلومات بتولي إدارة نظم المعلومات لدى الطرف الثاني مقابل أجر وقد اعتبره البعض من قبيل عقود المقاول⁽³⁾.

ويتضح مما سبق أن العقد الإلكتروني له ذاتيته وخصوصيته التي تميزه عن غيره من العقود سواء بالنظر إلى طريقة إبرامه، حيث يختلف عن مجمل العقود المبرمة عن بعد، فهو العقد المبرم عن طريق إحدى وسائل الاتصال الحديثة التي تسمح بوجود الصفة التفاعلية الحوارية بين طرفيه، فإن لم تسمح الوسيلة المستعملة في إبرام العقد بالتفاعل والوجود المتعاصر للطرفين لم يكن العقد إلكترونياً وإن أمكن وصفه بأن عقد عن بعد كما هو الحال بالنسبة للتعاقد عن طريق التلفزيون أو الفاكس.

كما يظل العقد الإلكتروني محتفظاً بخصوصيته وذاتيته حتى بين العقود المبرمة في البيئة الإلكترونية، فهو يختلف عن عقد الدخول إلى الشبكة أو عقد إنشاء المتجر الافتراضي من حيث وسيلته وموضوعه، فقد رأينا أنه لكي يوصف أي عقد بأنه عقد إلكتروني ينبغي أن تستعمل الوسيلة الإلكترونية في إبرامه أو في تنفيذه، في حين أن عقود البيئة الإلكترونية موضوعها وسائل الاتصال بل الوسيلة الأكثر انتشاراً وهي الانترنت ويستوي في العقد الإلكتروني أن يكون محله مادياً أو غير مادي، فخصوصيته ليست في محله أو سببه بل يقتصر على ركن التراضي فيه وطرق التعبير عن الإرادة عند إبرامه.

¹ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 85.

² - د/ عمرو الفتح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 201.

³ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 86.

الفصل الثاني

وسائل التعاقد الإلكتروني وصوره

طالما أن العقد الإلكتروني يظل محتفظا بوصفه عقدا بالمفهوم الواضح في النظرية العامة، فإنه لابد لانعقاده وقيامه صحيحا وجود الإرادة والتعبير عنها، وبما أن التشريعات المختلفة قد أطلقت العنان لمبدأ سلطان الإرادة ولم تحصر وسائل التعبير عنها، فإننا قد انتهينا في الفصل الأول إلى أن فقه التقنين المدني وتشريعه يجيز التعاقد بالوسائل الإلكترونية، وقد مر معنا أن وجه الخصوصية في العقد الإلكتروني يكمن في وسيلة إبرامه.

ومن أجل الوصول إلى حقيقة العقد الإلكتروني، فإننا نتطرق في هذا الفصل إلى الوسائل المستخدمة في نقل الإرادة بين طرفي العقد وهوما يسمى بالتبادل الإلكتروني للبيانات حيث نخصص لذلك المبحث الأول.

ولأن البحث في حقيقة العقد الإلكتروني لن يكتمل في نظرنا إلا بالوقوف عند صور نقل الإرادة وتبادلها بين طرفي هذا العقد، فإننا نتناول الصور المختلفة التي يتم من خلالها إنشاء العقد الإلكتروني في المبحث الثاني.

المبحث الأول

التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات

يحتاج الراغب في إبرام عقد إلكتروني إلى وسيلة فنية لإنشاء هذا العقد ونقل إرادته إلى الطرف الآخر من خلالها، هذه الوسيلة الفنية هي التي تضيف على العقد صفته الإلكترونية إذ لو انعدمت لظل العقد محتفظا بوصفه عقدا عاديا لا خصوصية فيه.

وإذا ما تم للطرفين استخدام الوسيلة الإلكترونية في التعبير عن الإرادة، فإن هذه العملية يطلق عليها التبادل الإلكتروني للبيانات، ولأن العقد المبرم بهذه الطريقة يكون تعاقدًا بين غائبين في المكان على الأقل، فإنه يكون من الصعب التأكد من نسبة الإرادة

إلى صاحبها ومصدرها، كما أن الوسيلة الإلكترونية لا تتيح معرفة كل طرف لشخصية الطرف الآخر وهويته، كما أن هناك احتمال حدوث خطأ أوتحريف في مضمون الإرادة ومحتواها، وهذا ما يستدعي بيان الضوابط التي تكفل سلامة الإرادة المنقولة عبر الوسيلة الإلكترونية وضرورة التأكد من نسبتها إلى مصدرها حتى يطمئن كل طرف إلى الآخر وتستقر للعقد قوته ويتضح مضمونه.

وعليه، فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في الأول منها مفهوم التبادل الإلكتروني للبيانات، ونتناول في الثاني الحديث عن أحكام التبادل الإلكتروني للبيانات.

المطلب الأول

مفهوم التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات

يتم التبادل الإلكتروني للبيانات عن طريق رسائل البيانات كوسيلة من أهم وسائل نقل الإرادة بالطرق الإلكترونية.

وللبحث في رسالة البيانات كوسيلة من وسائل نقل الإرادة بهدف إنشاء وتكوين العقد الإلكتروني، فإنه يتعين تحديد مفهومها بوضع تعريف لها، وبما أن استخدام رسالة البيانات يتم عادة من قبل أطراف العلاقة العقدية، فإن مفهومها يشمل أيضا تحديد طرفيها وهو منشئ الرسالة والمرسل إليه.

كما تثار مسألة صلاحية رسالة البيانات لنقل الإرادة وقيمتها القانونية، ولذلك فإننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نعالج في الأول تعريف رسالة البيانات وبيان أطرافها، ونتناول في الفرع الثاني مسألة صلاحية رسالة البيانات لنقل الإرادة.

الفرع الأول

تعريف رسالة البيانات⁽¹⁾ وتحديد أطرافها

يشمل تعريف رسالة البيانات تحديد مفهوم أولاً، ثم الحديث عن أطرافها:

أولاً- تعريف رسالة البيانات:

عرّفت الفقرة أ من المادة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية رسالة البيانات بأنها المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي

ثم عرّفت الفقرة ب من نفس المادة تبادل البيانات الإلكترونية بأنه نقل المعلومات إلكترونيًا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات⁽²⁾.

ولأن تعريف رسالة البيانات والتبادل الإلكتروني للبيانات يعتمد على المعلومات في حد ذاتها، فقد اهتم بعض الفقه بتعريف المعلومات، إذ عرفها البعض بأنها كل رسالة يمكن نقلها إلى الغير بأية وسيلة كانت، وسبب وجود المعلومات هو قابليتها للنقل للغير، وهي تتكون من عنصرين هما الصياغة والنقل، على أن هناك تفرقة فنية وتقنية بين مصطلحي البيانات والمعلومات، فالبيانات هي المدخلات إلى جهاز الحاسوب بهدف استغلالها والحصول على المخرجات في صورة المعلومات.

وعرّف قانون المعاملات التجارية الإلكترونية الأمريكي لسنة 1999 في الفقرة العاشرة من المادة الثانية منه بأنها البيانات والكلمات والصور والأصوات والرسائل

(1) - تسمى رسالة البيانات بتسميات أخرى، فقد سماها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رسالة المعلومات في مادته الثانية، وهونفس المصطلح الذي استعمله القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006 بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية الإلكترونية، وأطلقت عليها المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي الرسالة الإلكترونية والسجل الإلكتروني والمستند الإلكتروني، وفي قانون مملكة البحرين يطلق عليها السجل الإلكتروني في حين استعمل مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري المحرر الإلكتروني، والمستند الإلكتروني في مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت.

(2) - راجع نص المادة الثانية من قانون الأونسترال للتجارة الإلكترونية.

وبرامج الكمبيوتر والبرامج الموضوعة على الأقراص المرنة وقواعد البيانات أو ما شابه ذلك⁽¹⁾، كما عرفت المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رسالة البيانات بأنها سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراج أو نسخه أو إرساله أو إيلاجه أو استلامه بوسيلة إلكترونية علي وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه⁽²⁾.

ومن خلال تعريف رسالة البيانات سواء في قانون الأونسترال النموذجي أو في التشريعات الوطنية فإنه يمكن ملاحظة ما يلي :

أولاً: جاء تعريف رسالة البيانات بلفظ وصياغة عامة تستوعب كل ما يتم عن طريق الوسائل الإلكترونية في نقل الإرادة، سواء أكان إيجاباً أم قبولاً، أم دعوة للتعاقد، أم مجرد إعلان لا علاقة له بالمعاملات والروابط العقدية، ولذلك حرص القانون النموذجي والتشريعات التي سارت على نهجه، على إطلاق مصطلح رسالة البيانات على كل المعلومات التي يتم إنشاؤها أو تداولها بالطرق الإلكترونية⁽³⁾.

ثانياً: أشار التعريف الوارد في الفقرة أ من المادة الثانية من قانون الأونسترال إلى وسائل مشابهة واستعملت التشريعات التي نظمت الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية مصطلح أو أي وسيط إلكتروني آخر، في دلالة واضحة على أن الغرض من رسالة البيانات لا ينحصر في إطار تقنيات الاتصال القائمة في الوقت الحاضر، بل يشمل التعريف جميع التطورات التقنية والتكنولوجية المتوقعة في المستقبل، وقد ظهر هذا جلياً

¹ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 94.

² - يتطابق هذا التعريف لرسالة البيانات مع التعريف الوارد لها في كل من المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، والمادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية لمملكة البحرين، والمادة الأولى من قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية الصادر سنة 1999، والفصل الأول بند 1 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، والمادة الأولى من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين، في حين تبني المشرع الأردني ومشروع قانون دولة الكويت للتجارة الإلكترونية الصياغة التي جاء بها قانون الأونسترال عند تعريفه لرسالة البيانات.

³ - راجع في ذلك د/ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 98؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق،

عندما استخدم قانون الأونسترال عبارة : **بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر**، ثم أورد البريد الإلكتروني والتبادل الإلكتروني والتلكس وغيرها من وسائل (1).

ثالثا : جاء في الدليل التشريعي لقانون الأونسترال أن مفهوم رسالة البيانات ليس مقصورا على الإبلاغ بمعنى النقل، ولكن يقصد منه أيضا أن يشمل السجلات التي ينتجها الحاسوب ولا يقصد إبلاغها، ومعنى ذلك أن مفهوم رسالة البيانات يمتد ليشمل البيانات التي يخزنها الشخص لمعلوماته أو تجارته الخاصة وهذا ما يسمى بسجل البيانات (2).

رابعا : أنه يقصد من تعريف رسالة البيانات أيضا أن يشمل حالة الإلغاء

أو التعديل، وذلك أنه يجوز أن تتضمن رسالة البيانات تعديلا أو إلغاء لرسالة بيانات سابقة، وهذا أمر منطقي يستشف من فحوى النصوص ولم يكن ضروريا التطرق إليه صراحة في النص .

خامسا : أن القانون النموذجي لم يحسم مسألة ما إذا كان تعريف التبادل الإلكتروني للبيانات يدل بالضرورة على أن رسائل التبادل الإلكتروني تبلغ إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر، أو ما إذا كان التعريف الذي يشمل في المقام الأول حالات تبلغ فيها رسائل البيانات بواسطة نظام الاتصالات السلكية واللاسلكية، يشمل أنواع أخرى تصاغ فيها البيانات في شكل رسالة من رسائل التبادل الإلكترونية وتبلغ بوسائل لا تدخل ضمن وسائل الاتصال كأن توضع في قرص مرن وتسلم يدويا إلى المرسل إليه مثلا، غير أنه بصرف النظر عما إذا كانت رسالة البيانات منقولة يدويا أم لا فإنه ينبغي أن يشملها التعريف لأنها مقصودة بعبارة إنشاء أو تخزين (3).

¹- د/ أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية، دار نسر للطباعة الحديثة، طبعة 2008، ص36؛ د/ محمد سعيد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة 2005، ص 128.

²- راجع الدليل التشريعي لقانون الأونسترال النموذجي، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 46، 47؛ باسيل يوسف، البحث السابق، ص 56.

³- راجع الدليل التشريعي، المرجع السابق، ص48؛ د/مدوح محمد خيرى هاشم، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في التقنين المدني، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص 66.

بقي أن نشير إلى أنه لا يجب أن يتبادر إلى الذهن أن مفهوم رسالة البيانات يقتصر على المعلومات التي يتم تبادلها عن طريق أجهزة الحاسوب فقط، فهذه الأخيرة ما هي إلا صورة من صور تبادل رسائل البيانات والتي منها البرق والتلكس وغيرها من أنظمة الاتصال⁽¹⁾، ولذلك أعطت المادة الثانية أمثلة عن الطرق التي بها يتم تبادل رسائل البيانات.

ولأن عملية تبادل البيانات الإلكترونية تقتضي وجود أطراف لها لقيام العقد، فإن أطراف رسالة البيانات هما منشئ الرسالة والمرسل إليه، وتبدو أهمية تحديد هذين الطرفين في كونهما لا يجمعهما مكان واحد لذلك يكون من الصعب التحقق من سلامة منشئها والمرسل إليه.

وبما أن المعلومات التي تتضمنها رسالة البيانات تعبر عن إرادة منشئها، فإنه يجب تحديد كل من المنشئ والمرسل إليه حتى يمكن إسناد الإرادة إلى صاحبها وإلزامه تبعا لذلك بمضمونها.

ثانيا: أطراف رسالة البيانات

المنشئ والمرسل إليه:

عرّفت الفقرة ب من المادة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية منشئ رسالة البيانات بأنه الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، إن حدث، تم على يده أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة.

وشرحا لهذا النص جاء في الدليل التشريعي لقانون الأونسترال أن مفهوم الشخص ينسحب للدلالة على أصحاب الحقوق والالتزامات، وأنه ينبغي تفسيره ليشمل كلا من الأشخاص الطبيعية والمعنوية.

¹- راجع في ذلك، د/عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص111.

كما أن تعريف المنشئ لا يشمل فقط الحالة التي تنشأ فيها المعلومات وتبلغ، بل يشمل أيضا الحالة التي فيها تنشأ المعلومات وتخزن دون أن تبلغ، بيد أنه يقصد من تعريف المنشئ أن يستبعد اعتبار المتلقي الذي يقوم بتخزين رسالة البيانات فقط منشئاً⁽¹⁾ هذا وعرفت المادة الثانية من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية المنشئ بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم أويتم بالنيابة عنه إرسال الرسالة الإلكترونية أيا كانت الحالة، ولا يعتبر منشئاً الجهة التي تقوم بمهمة مزود خدمات فيما يتعلق بإنتاج أو معالجة أو إرسال أو حفظ تلك الرسالة الإلكترونية وغير ذلك من الخدمات المتعلقة بها⁽²⁾.

وعليه، فإن منشئ رسالة البيانات هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بإرسال رسالة البيانات أو بناء مجموعة من البيانات وحفظها أو تخزينها وإن لم يتم إبلاغها إلى أي شخص آخر أيا كانت تلك المعلومات بيانات أرسوماً أو صوراً أو كتابات. ولا يعتبر منشئاً مزود الخدمات الذي يتكفل بتوفير المعدات للمنشئ بغرض تخزين المعلومات أو إرسالها.

ويلاحظ أن المادة الثانية من قانون الأونسترال قد استبعدت من تعريف المنشئ الشخص الذي يتصرف كوسيط لإرسال رسالة البيانات، في حين توسعت التشريعات العربية في استبعاد الجهة التي تقوم بمهمة مزود الخدمات عندما يتعلق الأمر بإنتاج ومعالجة أو إرسال أو تخزين رسالة البيانات، وهذا في الواقع أمر من المنطق بمكان، إذ لو اعتبر مزود الخدمات أو الوسيط في إرسال الرسالة أو تخزينها منشئاً كان طرفاً في العقد الذي سيتم بواسطة برسالة البيانات أي العقد الإلكتروني، ومن الواضح أن من يعتبر طرفاً في العقد هو من احتوت رسالة البيانات على إرادته وهو المنشئ.

¹- راجع في ذلك الدليل التشريعي من قانون الأونسترال، مرجع سابق، ص 49؛ باسيل يوسف، البحث السابق، ص 56.
²- يتطابق تعريف المنشئ في هذا النص مع التعريف الوارد في المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، والمادة الأولى من قانون مملكة البحرين والفقرة د من المادة الثانية من مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، والمادة الأولى من مشروع المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين في حين لم يشر إلى تعريف المنشئ صراحة قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي ولا مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري.

أما المرسل إليه فقد عرفته الفقرة ج من المادة الثانية من الأونسترال بأنه الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة (1).

وجاء في الدليل التشريعي للقانون النموذجي شرحاً لهذا النص، أن المرسل إليه بموجب هذا القانون هو الشخص الذي يقصد المنشئ الاتصال به عن طريق إرسال رسالة البيانات تمييزاً له عن أي شخص قد يتلقى أو يرسل أو ينسخ رسالة البيانات أثناء عملية الإرسال (2).

فإذا كان المنشئ هو الشخص الذي يرسل رسالة البيانات حتى لو أرسلها إلى شخص آخر غير مقصود بالتعاقد، فإن المرسل إليه هو فقط الشخص الذي قصد المنشئ إرسال الرسالة إليه وفي هذا تباين واضح بين تعريف المنشئ وتعريف المرسل إليه، فتعريف المنشئ لا يركز على قصد فهو الشخص الذي يصدر رسالة البيانات، أما المرسل إليه فهو الشخص الذي قصد المنشئ إرسال الرسالة إليه، وينبغي على هذا أنه لو وصلت رسالة البيانات إلى شخص غير الذي قصده المنشئ فلا يمكن وصفه بالمرسل إليه، ولا يعد تبعاً لذلك طرفاً في رسالة البيانات وبالتالي فليس طرفاً في العقد الإلكتروني.

ولا يفوتنا أن نلاحظ أنه وفقاً لتعريف القانون النموذجي لكل من المنشئ والمرسل إليه، يمكن أن يكون المنشئ والمرسل إليه بالنسبة لرسالة بيانات معينة هو نفس الشخص، وصورة ذلك أن يكون المقصود من رسالة البيانات أن يقوم محررها بتخزينها، في حين لا يمكن أن ينطبق تعريف المنشئ، على شخص أرسلت إليه رسالة بيانات ثم قام بتخزينها، ففي كل الحالات يبقى مرسلًا إليه (3).

كما عرّف المشرع في إمارة دبي المرسل إليه في المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي قصد منشئ الرسالة توجيهها إليه، ولا يعتبر مرسلًا إليه الشخص الذي يقوم بتزويد الخدمات فيما

¹ راجع المادة الثانية فقرة ج من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية؛ خالد جمال رستم، المرجع السابق، ص 299.

² راجع؛ وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 49 فقرة 36.

³ وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 49.

يتعلق باستقبال أو معالجة أو حفظ المراسلات الإلكترونية، وغير ذلك من الخدمات المتعلقة بها (1).

ويلاحظ على هذا التعريف انسجامه مع التعريف الذي وضع من طرف لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة التي قامت بسن قانون الأونسترال ما يعني أن التوصيات التي خرجت بها الجمعية العامة للأمم المتحدة قد أخذت بعين الاعتبار من طرف التشريعات الوطنية.

كما يلاحظ أن التعريف قد ميّز بوضوح بين المرسل إليه وأي شخص آخر قد يتلقى رسالة البيانات، وهذا بغرض تحديد وضبط صفة المتعاقد في العلاقة عندما تنشأ بوسيلة إلكترونية.

وبعد استعراض تعريف المنشئ والمرسل إليه سواء في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية أو في مختلف نصوص التشريعات العربية أو مشاريع القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، فإنه يلاحظ أنها ركزت على استبعاد الوسيط في إرسال رسالة البيانات، لذلك فإنه من الطبيعي أن تتصدي تلك التشريعات لتحديد المقصود من الوسيط وكيفية التمييز بينه وبين كل من المنشئ والمرسل إليه.

ووعيا منه بدور الوسيط في إقامة عملية التعاقد وإبرام العقد الإلكتروني، حرص قانون الأونسترال على ضبط تعريفه، فقد جاء في الفقرة د من المادة الثانية منه أن الوسيط هو الشخص يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه (2).

وجاء في الدليل التشريعي أن تركيز القانون النموذجي ينصب على العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه وليس على العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه والوسيط، لكن القانون النموذجي لا يتجاهل الأهمية البالغة للوسطاء في مجال الاتصالات الإلكترونية.

¹ - يتوافق هذا التعريف مع التعريف الوارد بالمادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، والمادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني، والمادة الثانية الفقرة "هـ" من مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي والمادة الأولى من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين في حين خلا قانون المبادلات الإلكترونية التونسي ومشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري من تعريف للمرسل إليه.

² - راجع في ذلك، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 50.

وبالإضافة إلى ذلك ثمة حاجة إلى تحديد مفهوم الوسيط لإقامة التمييز الضروري بين المنشئين والمرسل إليهم أو الأطراف الثلاثة.

ويقصد من تعريف الوسيط أن يشمل كلا من الوسطاء الفنيين وغير الفنيين بمعنى أي شخص (عدا المنشئ والمرسل إليه) يؤدي أيًا من وظائف الوسيط.

وقد عدت الفقرة الفرعية د وظائف الوسيط الرئيسية وهي تلقي رسائل البيانات وإرسالها أوتحزينها نيابة عن شخص آخر، ويمكن أن يؤدي مشغلو الشبكات وغيرهم من الوسطاء غير ذلك من الخدمات، ومن ذلك صيغة رسائل البيانات وترجمتها وتسجيلها، وتوثيقها وتصديقها وحفظها، وتقديم خدمات أمنية للمعاملات الإلكترونية.

ويلاحظ أن القانون النموذجي لم يعرف الوسيط بصفة عامة ولكن فيما يتعلق بكل رسالة بيانات، وبذلك يمكن القول بأن نفس الشخص يمكن أن يكون المنشئ أو المرسل إليه لرسالة البيانات معينة ووسيطا فيما يتعلق برسالة بيانات أخرى⁽¹⁾.

كما يلاحظ أن نصوص التقنين النموذجي لم تحدد حقوق الوسيط والتزاماته وإن حددت المقصود به و عدت مهامه.

أما على مستوى التشريعات العربية فقد تولت المادة الأولى من قانون المعاملات

الإلكترونية لمملكة البحرين تعريف الوسيط تحت عنوان وسيط الشبكة بأنه:

"يقصد به بالنسبة للسجل الإلكتروني الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو تسليم أو حفظ أو استقبال السجل الإلكتروني أو يقدم خدمات أخرى بشأن السجل الإلكتروني"⁽²⁾.

ويلاحظ على تلك النصوص أنها عندما عرفت الوسيط فإنها لم تشر إلى طبيعة العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه من جهة والوسيط من جهة أخرى، وهي وإن جعلته

¹ - أشرنا سابقا إلى أن قانون مملكة البحرين يطلق لفظ السجل الإلكتروني على رسالة البيانات.

² - لم يورد المشرع الأردني تعريفا للوسيط الإلكتروني ولم يشر أيضا إلى استبعاده، وقد رأينا أن قانون إمارة دبي استبعد الوسيط من المرسل إليه لكنه لم يبين جواز استخدامه كما لم يتضمن تعريفه، ولم يورد القانون التونسي تعريفا له، في حين تضمن مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين تعريف للوسيط يتوافق مع التعريف الوارد في قانون مملكة البحرين، ولم يتضمن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري ولا مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي نصا لتعريف الوسيط الإلكتروني.

بمثابة الوكيل أو النائب فإنها لم تبين ما إذا كانت قواعد النيابة هي التي تنظم أحكامه، علما أن هذه النصوص شأنها شأن قانون الأونسترال لم تحدد حقوق الوسيط والتزاماته، بل اكتفت بسرد المهام التي من الممكن أن يقوم بها الوسيط بشأن رسالة البيانات.

ومن المعقول في نظرنا أن تسري قواعد الوكالة على الوسيط، فدوره فيما يتعلق برسالة البيانات تلقي تعليمات من المنشئ بغرض إرسال أوتخزين رسالة البيانات أو تقديم خدمات أخرى بشأنها، وهذه المهام لا تتنافى مع عقد الوكالة.

الفرع الثاني

صلاحية رسالة البيانات لنقل الإرادة

بالنظر إلى أن رسالة البيانات هي الوسيلة التي يتم بها نقل إرادة طرفي العقد الإلكتروني فإنها تحظى من الأهمية بمكان، فهي تؤدي إلى قيام العقد ووجود الإرادة أو عدمها، ولذلك كان منطوقا أن تهتم التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية بمدى صلاحية رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة.

ولما كان الهدف من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية يتمثل في وضع مجموعة من القواعد القانونية والمبادئ التي تسهل وتقن استخدام التقنيات العصرية في مختلف الظروف من أجل تدوين المعلومات والبيانات وإرسالها، فإنه مع ذلك قانون إيطاري مرجعي لا يتضمن جميع القواعد واللوائح الضرورية لتطبيق هذه التقنيات، بل يهدف إلى تقديم مجموعة من القواعد المقبولة على المستوى الدولي التي تسمح بإزاحة العديد من العقبات القانونية، ورغم عدم إلزامية القانون النموذجي بالنظر إلى هدفه الإرشادي، فإنه يقوم على مجموعة من المبادئ أهمها وأحدثها مبدأ التناظر أو التعادل الوظيفي وهو مبدأ مؤداه المساواة بين الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية، فالتساوي الوظيفي يقصد به تساوي الأدلة الورقية المعروفة بالكتابة الإلكترونية في الإثبات⁽¹⁾.

¹ - د/ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 189، 190؛ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 225؛ د/ تامر الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 102.

وقد وضع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية قاعدة عامة مفادها الاعتراف القانوني برسالة البيانات كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة سواء أكانت هذه الإرادة إيجاباً أم قبولاً أودعوة للتعاقد⁽¹⁾ وعلى هذا نصت المادة 11 من قانون الأونسترال على مايلي:

" في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض.

وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض."

كما أن المادة 12 من نفس القانون الواردة تحت عنوان اعتراف الأطراف برسائل البيانات قد تضمنت ما يلي:

"في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه جاء على شكل رسالة بيانات"⁽²⁾.

وانسجاماً مع الهدف المرصود من طرف لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة، فإن التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية كان لزاماً عليها الاعتراف بصلاحيّة رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة، ولذلك فقد نصت المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على ما يلي:

"تعتبر رسالة البيانات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي"⁽³⁾.

¹ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 104؛ د/ خالد عمر زريقات، المرجع السابق، ص 112.

² - راجع نص المادتين 12، 11 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية؛ وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 17.

³ - يتوافق هذا النص مع نص المادة 13 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، والمادة 10 من قانون المعاملات الإلكترونية لمملكة البحرين، والمادة 08 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، والمادة 07 من مشروع قانون دولة فلسطين للتجارة الإلكترونية، في حين لم يتضمن التقنين التونسي الخاص بالمبادلات الإلكترونية نصاً صريحاً، كما لم يرد بمشروع التقنين المصري للتجارة الإلكترونية نص مماثل.

وتجد هذه النصوص أساسها في أن التقنين المدني لم يحصر طرق التعبير الإرادة، بل أشار إلى بعضها وترك للحرية العقدية اختيار الطريقة التي بها يتم نقل الإرادة إلى العالم الخارجي⁽¹⁾، إذ نصت المادة 60 من التقنين المدني الجزائري على مايلي:

"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا⁽²⁾."

ولذلك فإن النص على جواز استخدام رسالة البيانات في التعبير عن الإرادة ليس في واقع الأمر إلا تأكيدا للقاعدة العامة، وتطبيقا من تطبيقاتها.

وإذا كان الأمر كذلك فإن إيراد نص يتعلق بصلاحيّة رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة في خضم وضع تقنين متعلق بالمعاملات الإلكترونية ليس من قبيل التزويد أو الحشو أو تفصيل مالا يفصل، بل تبدو أهمية وضعه إذا كانت تقنية الاتصال غير معروفة أو غير مألوفة، وهي التي لا يقف تطورها عند أي حد، فإن الأطراف يمكن أن ينكروا قوة رسالة البيانات الإلزامية ويرون أن القواعد العامة لا تعترف بها، لاسيما وقد رأينا أن مفهوم رسالة البيانات يشمل كل المعلومات التي يتم إنشاؤها أو تخزينها أو تداولها بوسائل الاتصال التي تتطور يوما بعد يوم.⁽³⁾

وبإمعان النظر في تلك النصوص الواردة في قانون الأونسترال أو التشريعات العربية، فإنه يلاحظ أن الاعتراف برسالة البيانات كوسيلة من وسائل نقل الإرادة لا يقتصر ولا يفرض استعمال تلك الرسالة في الإيجاب والقبول معا أثناء إبرام العقد

¹ راجع في ذلك، د/عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 1998، الجزء الأول، ص 105.

² يقابل هذا النص نص المادة 90 من التقنين المدني المصري، والمادة 93 من التقنين المدني السوري، والمادة 79 من التقنين المدني العراقي.

³ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 104؛ د/إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 97؛ د/أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 161 وما بعدها.

الإلكتروني، إذ من الممكن أن يتم التعبير عن الإيجاب من خلال رسالة البيانات في حين يتم التعبير عن القبول من خلال وسيلة أخرى⁽¹⁾.

فالنصوص التي تعترف بصلاحيّة رسالة البيانات لا تتكر على الأطراف حريتهم واستخدام ما يشاؤون من طرق التعبير عن إرادتهم من غير رسالة البيانات، ولذلك حرص قانون الأونسترال على إيراد جملة اعتراضية في نص المادة 11 التي سبق عرضها إذ جاء فيها، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، فلا يمكن إجبار شخص على أن يتحمل آثاراً قانونية مترتبة على استخدام رسالة البيانات إذا كان هذا الشخص لم يعتمد أصلاً رسالة البيانات للتعبير عن إرادته، وهذا ما أكدته أيضاً المادة 06 من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية إذ جاء فيها: "ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل إلكتروني، إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي".⁽²⁾

كما يلاحظ على النصوص التي اعترفت بصلاحيّة رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة أنها كرست المبدأ الذي كان إقراره هدفاً رئيساً من أهداف لجنة القانون التجاري الدولي وهو مبدأ نفاذ المفعول القانوني لرسالة البيانات، والذي مفاده عدم التمييز بين رسائل البيانات والمستندات الورقية عند التعامل بها من الناحية القانونية، ففي حالة استخدام رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة فإنه تترتب على العقد الإلكتروني نفس الآثار ونفس القوة الملزمة التي تنشأ بالطرق التقليدية. وعلى هذا الحكم نصت المادة 5 من قانون الأونسترال الوارد تحت عنوان الاعتراف القانوني برسائل البيانات وقد جاء فيها: "للتنفيد

¹ - ينظر في ذلك؛ باسيل يوسف، البحث السابق، ص 56؛ د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 18؛ وقد مر معنا أنه يكفي لإطلاق الصفة الإلكترونية على العقد استخدام الوسائل الإلكترونية من أحد طرفيه فقط.

² - يوافق هذا النص نص المادة 5 من قانون المملكة الأردنية الخاص بالمعاملات الإلكترونية، والمادة الثانية من قانون مملكة البحرين، ولم يتضمن التقنين التونسي نصاً مماثلاً، كما لم يورد مشروع قانون دولة الكويت، ولا مشروع قانون دولة فلسطين أو المشروع المصري للتجارة الإلكترونية نصاً مماثلاً.

لمجرد أنها في لا تفقد المعلومات مفهومها القانوني أوصحتها أو قابليتها شكل رسالة بيانات⁽¹⁾.

كما أكدت هذا المبدأ أيضا المادة 7 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني التي جاء فيها "يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا لآثار القانونية ذاتها المترتبة عن الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها للإثبات."⁽²⁾

كما جاء في الفقرة الثانية من الفصل الأول من القانون التونسي الخاص بالمبادلات الإلكترونية أنه: "يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".

ورغم كل ذلك فإن استخدام رسالة البيانات في التعبير عن الإرادة لا يكون في كل التصرفات والأحوال إذ أن هناك تصرفات لا تسمح طبيعتها أو خصوصيتها استعمال رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة، ولذلك حرص قانون الأونسترال والقوانين التي وضعت اتساقا مع نهجه، على استبعاد بعض التصرفات من الاعتراف برسالة البيانات كوسيلة لإنشائها.

وطالما أن القانون النموذجي قانون مرجعي يسترشد به فإن المادة 11 وبعد حديثها عن استخدام رسالة البيانات في تكوين العقود قد وضعت فقرة نموذجية تمكن المشرعين في الدول عند إعدادهم قواعد التعاملات الإلكترونية في استثناء ما استثناء من التصرفات التي ترى فيها خصوصية لا تسمح بإبرامها عن طريق رسالة البيانات، حيث جاء فيها لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي: "....."

¹ وهونفس المبدأ الذي كرسته المواد 9 و13 من نفس القانون؛ محمد جمال خالد رستم، المرجع السابق، ص297؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 105.

² يتوافق هذا النص مع نص المادة 7 من قانون إمارة دبي والمادة 10 من التقنين البحريني والمادة 1 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، والمادة 7 من مشروع قانون دولة فلسطين للمبادلات الإلكترونية.

وتركت الأمر للمشرعين الوطنيين في استبعاد أية تصرفات من استخدام رسالة البيانات باختلاف السياسية التشريعية والمرجعية الدينية أو التاريخية أو مقتضيات النظام العام في كل دولة.

وعلى هذا نصت المادة 5 من قانون إمارة دبي على ما يلي: "... يستثنى من أحكام هذا القانون:

- المعاملات والأمر المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا.

- سندات ملكية الأموال غير المنقولة.

- السندات القابلة للتداول.

- المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة.

- أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل.⁽¹⁾

وهذا ما فعله أيضا القائمون على إعداد مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري، فقد وضعت المادة 412 مكرر 2 بعض الاستثناءات حيث جاء فيها: "لا تخضع للأحكام المتعلقة بالبيع عن بعد البيوع :

- المنجزة بواسطة الموزعات الآلية.

- المنجزة في المحلات المسيرة آليا.

- الواردة على الأموال العقارية.

- التي تتم بالمزاد العلني."

ومن الواضح أن الاستثناءات الواردة في مجمل تلك النصوص إنما تتعلق بنفس التصرفات الشكلية أو العينية التي لا يكفي التراضي لانعقادها، وذلك أن معظم تلك التصرفات تعتمد على مستندات ورقية، أو على نظام معين كنظام الشهر والتسجيل.

بقي أن نقول أنه يستفاد من كل تلك النصوص أن قانون التجارة الإلكترونية النموذجي والتشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية تجيز إبرام العقد الإلكتروني

¹ - هذا النص يتوافق مع نص المادة 6 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، والمادة الثانية من قانون مملكة البحرين، والمادة 1 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، والمادة 3 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

بواسطة رسالة البيانات ونعترف لهذه الأخيرة بنفس القوة المعترف بها لباقي طرق التعبير عن الإرادة، لكن استخدام رسالة البيانات ليس مطلقا في كل التصرفات بل هناك تصرفات تقتضي طبيعتها أو تفرض خصوصيتها ألا يتم التعبير عن الإرادة فيها بواسطة رسالة البيانات.

المطلب الثاني

أحكام تبادل رسائل البيانات

بما أن رسالة البيانات تعد وسيلة للتعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية بين طرفي العقد اللذين لا يجمع بينها مجلس عقد حقيقي، فإنه كان لا بد بعد الاعتراف بصلاحيّة رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة، وضع ضوابط يمكن الاعتماد عليها لإسناد الرسالة الإلكترونية إلى منشئها وإلزامه بمضمونها وما يترتب عن ذلك من آثار قانونية، يضاف إلى ذلك ضرورة بث الطمأنينة في نفس المرسل إليه حتى يتصرف على أساس أن الرسالة تجسد إرادة المنشئ.

ولأنه لا يكفي أن تصل رسالة البيانات إلى المرسل إليه ويوافق عليها حتى يتم العقد، بل يجب أن يعلم المنشئ بأن المرسل إليه قد تلقى الرسالة وأنه وافق على مضمونها أو عدّله، فإنه كان لزاما على التشريع — كفالة للثقة في التعامل بالطرق الإلكترونية — تنظيم مسألة استلام الرسالة الإلكترونية.

وعلى ذلك، فإننا نتناول في هذا المطلب أحكام تبادل رسائل البيانات من خلال فرعين، نخصص الأول منها لإسناد رسالة البيانات لنتناول في الثاني مسألة استلام الرسالة ووصولها.

الفرع الأول

إسناد رسالة البيانات

خشية من إسناد الإرادة غشا أو احتيالا إلى شخص لم تصدر عنه هذه الإرادة، أو التلاعب في مضمونها وتغيير محتواها، أو إنكارها ممن أسندت إليه، فإن التأكد من إسناد

الإرادة إلى الشخص الذي تنسب إليه، والتحقق من مضمونها وفحواها كان أمراً جديراً بالاهتمام، ولذلك أولته التشريعات تنظيماً مفصلاً.

ومن أوجه هذا التفصيل أن قوانين المعاملات الإلكترونية قد فرقت بين حالات إسناد الرسالة الإلكترونية إلى منشئها وحالات افتراض صدورها عنه وهو ما نبينه فيما يلي:

- نصت المادة 13 من قانون الأونسترال في فقرتها الأولى على ما يلي:

"تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه"⁽¹⁾.

وبنفس الصياغة وبنفس المعنى وردت المادة 15 فقرة 1 من قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي⁽²⁾.

وعلا بهذه النصوص، فإنه يمكن إسناد الرسالة الإلكترونية إلى المنشئ إذا كان هو الذي أرسلها بنفسه دون وساطة، ويتحقق ذلك إذا كانت عملية الإنشاء أو الإرسال تمت على يديه بصفة مباشرة، فإذا كانت رسالة البيانات تعبر عن رغبة منشئها في البيع مثلاً وتوافرت فيها شروط الإيجاب كانت إيجاباً لوافقها قبول صادر عن المرسل إليه بواسطة رسالة البيانات فإنه يتم إسناد القبول إلى منشئها أيضاً وينعقد العقد⁽³⁾. كما أنه وفقاً لهذه القاعدة، فإن رسالة البيانات تسند إلى منشئها، ما لم يتم هذا الأخير بإثبات عكس ذلك بأن يثبت بأنه لم يكن هو من أرسلها⁽⁴⁾.

وإذا كان إسناد الرسالة الإلكترونية إلى منشئها يتم في حال صدورها عنه، فإنه في حالات أخرى لا يمكن التأكد بأنها صادرة عنه، وإنما يفترض صدورها عنه حتى يمكن إسنادها إليه.

¹ - راجع المادة 13 فقرة 1 من قانون الأونسترال، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 17.

² - يتوافق هذا النص مع نص المادة 13 من قانون مملكة البحرين للتجارة الإلكترونية، والمادة 13 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

³ - د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 102؛ د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 38.

⁴ - د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، الموضوع نفسه.

وقد بيّن قانون الأونسترال الحالات التي يفترض فيها صدور رسالة البيانات عن المنشئ في الفقرة الثانية من المادة 13 منه التي جاء فيها:

"في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:

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

ب- من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً⁽¹⁾.

وعليه، فإنه يفترض أن رسالة البيانات التي تتضمن الإرادة العقدية، قد صدرت عن المنشئ في حالتين:

الأولى: إذا كانت رسالة البيانات إيجابياً أم قبولاً، صادرة عن شخص آخر غير صاحب التعبير عن الإرادة، فإن هذه الرسالة تعد صادرة عن المنشئ، إذا كان للشخص الذي أرسلها نيابة قانونية عن صاحب الإرادة، ويتحقق ذلك عندما يكون هذا الشخص، أي مرسل الرسالة، نائباً عن صاحب الإرادة مهما كانت صورة النيابة القانونية أم اتفاقية أم قضائية⁽²⁾.

والثانية: إذا كانت رسالة البيانات قد أرسلت عن طريق وسيط إلكتروني أي نظام معلومات مبرمج للعمل تلقائياً من قبل منشئ الرسالة⁽³⁾.

وقد اعترفت معظم التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية بالوسيط الإلكتروني ودوره في إرسال رسالة البيانات أونقل الإرادة إلى الطرف الآخر، ولنا عودة لتفصيل أحكام الوسيط الإلكتروني كصورة من صور إبرام العقد الإلكتروني في المبحث الثاني من هذا الفصل.

¹ ينطبق نص المادة 13 فقرة 2 من قانون الأونسترال مع نص المادة 15 فقرة 2 من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية والمادة 14 من القانون الأردني، والبند ب من الفقرة 1 من المادة 13 من قانون مملكة البحرين، والمادة 14 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية الفلسطيني.

² د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 118؛ د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 103.

³ د/ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 99؛ د/ فيصل محمد عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 410.

غير أنه لا يكفي في هذه الحالة أن تكون رسالة البيانات قد أرسلت آلياً، بل يجب أن يكون هذا الجهاز مبرمجاً تلقائياً، وأن يكون هذا النظام تحت سيطرة مرسل الرسالة أو منشئها⁽¹⁾.

يبقى أن نلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون الأونسترال والنصوص المقابلة لها، أقامت هذا الاعتبار وافترضت صدور رسالة البيانات عن المنشئ فقط في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، أي طرفي العلاقة العقدية، أما بالنسبة لعلاقتها مع الغير فتطبق القواعد العامة في التحقق من نسبة الإرادة إلى صاحبها.⁽²⁾

هذا وقد أتاح القانون النموذجي والقوانين التي سارت على نهجه، للمرسل إليه أن يفترض أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ حتى ولو لم تصدر فعلياً سواء عنه بشخصه، أم عن نائبه أو الوسيط الإلكتروني، حيث نصت المادة 13 في فقرتها الثالثة على مايلي:

"في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه يحق للمرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ، وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض إذا:

أ - طبق المرسل إليه تطبيقاً سليماً، من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ، إجراءً سبق أن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض.

ب - كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص يمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو بأبي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة استخدامها المنشئ لإثبات أن رسائل البيانات صادرة عنه فعلاً." ⁽³⁾

وطبقاً لهذا النص، فإن للمرسل إليه أن يفترض أن الرسالة صادرة عن المنشئ

في حالتين:

¹ - د/ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 113.

² - د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 39؛ د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 104.

³ - يتقابل هذا النص مع نص الفقرة الثالثة من المادة 15 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، والمادة 15 من التقنين الأردني، والمادة 13 من قانون مملكة البحرين، والمادة 14 من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لدولة فلسطين، والمادة 10 الفقرة 1 من مشروع قانون التجارة لدولة الكويت.

الحالة الأولى: إذا قام المرسل إليه بتطبيق إجراء سبق أن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض من أجل التأكد من أن رسالة البيانات صدرت عن المنشئ، وصورة ذلك أن يتفق المنشئ والمرسل إليه على طريقة معينة أو نظام يسمح للمرسل إليه أن يتأكد من أن الرسالة الإلكترونية قد أرسلت فعلا من المرسل، كأن يتأكد من اللغة المتفق عليها في تبادل البيانات، أو أن يتأكد من أن الرسالة أرسلت من نائب المنشئ، أو أنها أرسلت من نظام معلومات مبرمج آليا، أو أي إجراء آخر اتفق عليه الطرفان يتبعه المرسل إليه بغرض التحقق من صدور الرسالة من منشئها⁽¹⁾.

وهذا يعني أن المرسل إليه يبذل عناية كافية للتحقق من أن الرسالة قد صدرت من المنشئ، وفي بذل تلك العناية طبق إجراء معدا مسبقا اتفق عليه مع المنشئ.

وقد اشترطت تلك النصوص أن يطبق المرسل إليه كافة الإجراءات المتفق عليها مع المرسل وأن يبذل في ذلك عناية خاصة، فإن لم يفعل فإنه يتحمل المسؤولية عن الخطأ في إسناد الرسالة إلى غير منشئها، ويستطيع المرسل دفع المسؤولية عنه، إذا أثبت أنه اتبع كل الإجراءات المتفق عليها بين الطرفين بغرض التحقق من صدور الرسالة من المنشئ ورغم ذلك وقع الخطأ.⁽²⁾

ويلاحظ أن الدليل التشريعي لقانون الأونسترال قد أجاز للمرسل إليه أن يعول على رسالة البيانات، إذا طبق على نحو صحيح إجراءات التوثيق المتفق عليها، حتى إذا كان يعلم أن رسالة البيانات ليست هي رسالة المنشئ.

وتضيف الفقرة 89 من الدليل التشريعي أنه قد رئي عموما لدى إعداد القانون النموذجي أن مخاطرة حدوث هذا الوضع ينبغي قبولها، بهدف الحفاظ على إمكانية التعويل على إجراءات التوثيق⁽³⁾.

¹ - د/ فيصل محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 411؛ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 110؛ د/ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 114.

² - د/ فيصل محمد عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 411.

³ - وائل أنور بندق، المرجع السابق، فقرة 89، ص 81.

والحقيقة أن هذا التوجه محل نظر، إذ أنه يتنافى مع مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود العقود، كما أنه يؤدي إلى نتيجة غير منطقية، فهو يفترض بأنه رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ ولكن المرسل إليه بعد إتباعه الإجراءات التي اتفق مع المرسل إليه على إتباعها للتأكد من صدور رسالة البيانات عنه، قد توصل إلى أنها غير صادرة عن المنشئ ولكن يجيز له الدليل التشريعي رغم ذلك الاعتماد عليها في إبرام العقد، والواقع أنه لن يبرم العقد بين الطرفين بل بين المرسل إليه الذي هو غير مقصود في حقيقة الأمر ومنشئ الرسالة غير معروف، كما يؤدي إلى إلزام الشخص الذي تسند إليه الرسالة كمنشئ بعقد لم يكن يريد.

كما نص الدليل التشريعي لقانون الأونسترال أن افتراض المرسل إليه صدور الرسالة عن المنشئ لا يشمل الحالة التي يكون فيها تطبيق الإجراء قد تم الاتفاق عليه بين المنشئ والمرسل إليه فقط، بل يشمل أيضا الحالات التي يكون فيها المنشئ قد حدد من طرف واحد أو نتيجة لاتفاق مع وسيط إجراء جعله ملزما في أية رسالة بيانات.

ومن ثم فإن المقصود أن تشمل الفقرة 3 بند "أ" الاتفاقات التي تكون قد أصبحت سارية المفعول لا من خلال الاتفاق المباشر بين المنشئ والمرسل إليه، بل من خلال مشاركة طرف ثالث من مقدمي الخدمات.

بيد أنه ينبغي الإشارة إلى أن الفقرة 3 بند أ من المادة 13 لا تطبق إلا حين يكون الاتصال بين المنشئ والمرسل إليه قائما على اتفاق مسبق⁽¹⁾.

الحالة الثانية: يتاح للمرسل إليه أيضا افتراض أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ إذا استخدم المرسل طريقة إلكترونية لإثبات أن رسالة البيانات صادرة عنه فعلا، ثم يتمكن شخص آخر من الوصول إلى هذه الطريقة، فيتحمل المرسل في هذه الحالة تبعات إهماله⁽²⁾.

¹ - راجع الفقرة 86 من الدليل التشريعي لقانون الأونسترال، المرجع السابق، ص 79.

² - راجع في ذلك، باسل يوسف، البحث السابق، ص 58؛ د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 105.

وقد حملت الفقرة 87 من الدليل التشريعي للقانون النموذجي المرسل والمرسل إليه سواء بسواء تبعة الإهمال، فالمنشئ والمرسل إليه كل منهما مسؤول عن أية رسالة بيانات غير مأذون بها يمكن إثبات أنها أرسلت نتيجة إهمال هذا الطرف أو ذاك⁽¹⁾.

وإذا كان القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية والتشريعات التي نظمت المعاملات الإلكترونية قد نصت على أحقية المرسل إليه في إفتراض صدور رسالة البيانات عن المنشئ في الحالتين السابقتين، فإنه كان منتظراً أن توضع نصوص تستثني بعض الحالات التي لا يمكن فيها إفتراض صدور رسالة البيانات عن المنشئ.

ولذلك جاء في الفقرة 4 من المادة 13 من قانون الأونسترال ما يلي:

"لا تنطبق الفقرة الثالثة:

أ- اعتباراً من الوقت الذي تسلم فيه المرسل إليه إشعاراً من المنشئ يفيد بأن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ، وتكون قد أتحت فيه أيضاً للمرسل إليه فترة معقولة للتصرف على هذا الأساس.

ب- في أي وقت عرف فيه المرسل إليه، أو كان عليه أن يعرف، إذا بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه، أن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ"⁽²⁾

ووفقاً لهذا النص فإن الرسالة الإلكترونية لا تعد صادرة عن المنشئ ولا تنسب الإرادة التي حوتها إليه إذا كان المرسل إليه قد تسلم إشعاراً من المنشئ يفيد بأن رسالة البيانات لم تصدر عنه.

وقد اشترط القانون النموذجي لتحقيق هذا الاستثناء في عدم نسبة الرسالة للمنشئ بضرورة أن يتاح للمرسل إليه وقت كاف للتصرف على أساس عدم إسناد الرسالة التي وصلته إلى من نسبت إليه⁽³⁾.

¹ - راجع الفقرة 87 من الدليل التشريعي، المرجع السابق، ص 80.

² - محمد خالد جمال رستم، المرجع السابق، ص 297؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 109.

³ - د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 106؛ د/ فيصل كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 413.

وشرحا للبند الأول من الفقرة الرابعة المذكورة، أوضح الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال أن رسالة البيانات التي ينكر المنشئ إرسالها عن طريق إشعار المرسل إليه بأنها لم تصدر عنه، لا يوقف مفعولها بأثر رجعي، حيث لا يعفى المنشئ من آثار الرسالة إلا بعد تلقي المرسل إليه الإشعار بعدم إرسالها⁽¹⁾.

وعلى هذا الحكم نصت الفقرة 8 من الدليل التشريعي الإرشادي لقانون الأونيسترال على أنه لا ينبغي أن يساء تفسير الفقرة 4 بند أ بأنها تعفي المنشئ من عواقب إرسال رسالة البيانات بأثر رجعي، بصرف النظر عما إذا كان المرسل إليه قد تصرف على افتراض أن رسالة البيانات هي رسالة المنشئ⁽²⁾.

ويضيف الدليل التشريعي أنه ليس المقصود من الفقرة الرابعة بند "أ" أن تنص على أن تلقي الإشعار بعدم إرسال الرسالة يبطل الرسالة التي وصلت إلى المرسل إليه بأثر رجعي، إذ بموجب هذا البند يعفى المنشئ من أثر الرسالة الإلزامي بعد وقت تلقي الإشعار لا قبل ذلك الوقت⁽³⁾.

وعلاوة على ذلك فإن الفقرة المذكورة لا تسمح للمنشئ بأن يتجنب التقيد برسالة البيانات بأن يرسل إشعار إلى المرسل إليه في حالة تكون رسالة البيانات قد أرسلت منه فعلا، ويكون المرسل إليه قد تأكد عن طريق إجراءات التوثيق المتفق عليها أنها صادرة عن المنشئ.

فإذا استطاع المرسل إليه أن يثبت أن الرسالة هي رسالة المنشئ فإنها تسند إلى المنشئ بقوة القانون ولا يستطيع التخلص منها⁽⁴⁾.

وهذا في نظرنا ليس إلا تفصيلا كان لابد منه، فالقواعد العامة في إبرام العقود لا تسمح للموجب بالتحلل من إيجابه بعد تصديره ووصوله إلى علم القابل، كما أنها لا تسمح للقابل بالعدول عن قبوله بعد تصديره ووصول هذا القبول إلى الموجب، هذا الإغراق في

¹ - د/ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 114؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 120.

² - وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 80.

³ - د/ محمد كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 413؛ د/ محمد سعيد أحمد إسماعيل، الرسالة السابقة، ص 132.

⁴ - د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 106؛ د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 42.

التفاصيل لا يبرر إلا حقيقة واحدة هي خصوصية التعاقد الإلكتروني التي فرضتها طبيعة الوسائل المستخدمة في إبرامه.

وشرحا لعبارة فترة معقولة في الفقرة محل النقاش، جاء في الدليل أن الإشعار ينبغي أن يتيح للمرسل إليه وقتا كافيا للاستجابة، حتى لا يفوته إبرام عقد آخر لاسيما وأن عقود التجارة الإلكترونية تعتمد السرعة الفائقة في إبرامها⁽¹⁾.

ووفقا للفقرة الفرعية "ب" من الفقرة الرابعة من المادة 13 المذكورة أعلاه فإن رسالة البيانات لا تسند إلى المنشئ إذا علم المرسل إليه أو كان باستطاعته أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عنه.

وقد ساوى حكم هذه الفقرة الفرعية بين علم المرسل إليه الحقيقي وعلمه الحكمي، فإذا كان علمه الحقيقي يدل على أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ، فإن العلم الحكمي يعني الحالة التي كان يفترض فيها أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ، إذا بذل جهداً معقولاً أو استخدم إجراءً متقناً عليه ليعلم ذلك⁽²⁾.

إن إجراءات التوثيق التي تجعل المنشئ غير قادر على نفي نسبة الرسالة إليه أو التخلص من أثرها الإلزامي هي أمر لا بد منه، فالمتعاملون بتقنيات الاتصال الحديثة يستخدمون عديدا من الاحتياطات والأساليب التي تأتي ضمن أعمال العناية المعقولة لكي يتأكد لكل طرف بأن ما يتلقاه هو صادر فعلا عن نظيره في التعامل ومنسجما مع مجريات التعامل ذاته دون سواه، كاستخدام أدوات التشفير والتوقيع الإلكتروني وغيرها من الوسائل التقنية التي تجعل التحقق من نسبة الإرادة إلى مصدرها أمرا سهلا.

وقد نص القانون الأردني على نفس الفرضين المذكورين في قانون الأونسترال، إذ خصص المادة 15 فقرة "ب" منه للاستثناء المذكور في نسبة الرسالة إلى المنشئ، وهي تتفق في صياغتها ومضمونها مع نص المادة 14 من مشروع قانون المبادلات

¹ - راجع الفقرة 88 من الدليل التشريعي لقانون الأونسترال، المرجع السابق، ص 81،

² - د/ إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق الموضع نفسه، د/ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 115.

والتجارة الإلكترونية لدولة فلسطين، والمادة 10 فقرة 2 و3 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي⁽¹⁾.

كما نص قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية على الإستثنائين المذكورين، بل وأضاف لهما استثناء آخر أورده بالبند "ج" من الفقرة الرابعة من المادة 15 منه التي جاء فيها: "إذا كان من غير المعقول للمرسل إليه أن يعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ، أو أن يتصرف على هذا الأساس".

ويبدو واضحاً أن هذه الفقرة إنما وضعت لتواجه الأوضاع المعتادة، فيجب لنسبة الرسالة إلى المنشئ وإسنادها إليه أن يكون ذلك موافقاً لما هو معقول ومعتاد، فإذا كانت الظروف تشير إلى أن رسالة البيانات لا يمكن أن تكون صادرة عن المنشئ، فلا يحق عقلاً للمرسل إليه أن يعتبر خلاف ذلك ويفترض أنها صادرة عن المنشئ⁽²⁾.

وإذا كانت رسالة البيانات صادرة عن المنشئ، أو أن المرسل إليه قد اعتبرها صادرة عنه، أو في الحالات التي يجيز له القانون افتراض صدورها عن المنشئ، فإنها متى تم إسنادها إلى هذا الأخير، تثار مشكلة أخرى كانت جديرة بالتصدي لها، وهي هل الرسالة الإلكترونية التي تلقاها المرسل إليه هي بالفعل الرسالة التي قصدتها المنشئ دون تعديل أو تحريف، وهل هي مستقلة عن رسائل أخرى وما هو الحل لو كانت مكررة ومعدلة.

وبالفعل لقد تصدى قانون الأونيسترال لهذه الإشكالية التي عالجتها أيضاً التشريعات العربية المنظمة للمعاملات الإلكترونية، حيث نصت المادة 13 فقرة 5 على مايلي:

"عندما تكون رسالة البيانات صادرة عن المنشئ أو عندما تعتبر أنها صادرة عن المنشئ أو عندما يكون من حق المرسل إليه أن يتصرف على أساس هذا الافتراض يحق عندئذ للمرسل إليه، في إطار العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، أن يعتبر رسالة

¹ - في حين لم يتضمن القانون التونسي ولا قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية نصاً مماثلاً، كما لم يرد بخصوص ذلك نص في مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري.

² - د/ إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 107؛ د/ فيصل كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 414.

البيانات كما تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض.

ولا يكون للمرسل إليه ذلك الحق متى عرف أو كان عليه أن يعرف، إذا بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه، أن البث أسفر عن أي خطأ في رسالة البيانات كما تسلمها."

وعن استغلال رسالة البيانات جاء في الفقرة السادسة من نفس النص:

"يحق للمرسل إليه أن يعامل كل رسالة بيانات يتسلمها على أنها رسالة بيانات مستقلة وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض إلا إذا كانت نسخة ثانية من رسالة أخرى، وعرف المرسل إليه أو كان عليه أن يعرف، إذا بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه أن رسالة البيانات كانت نسخة ثانية"⁽¹⁾.

وقد أوضح الدليل التشريعي لقانون الأونسترال أن المقصود من الفقرة الخامسة هو منع المنشئ من أن يتبرأ من الرسالة بعد إرسالها، إلا إذا كان المرسل إليه يعلم أو كان يجب أن يعلم أن رسالة البيانات ليست رسالة المنشئ، كما يقصد من ذات الفقرة أن تتناول الأخطار التي تنشأ حول محتوى الرسالة نتيجة لأخطاء في عملية الإرسال⁽²⁾.

كما أوضح الدليل التشريعي أن الفقرة السادسة المذكورة تتناول مسألة ازدواج رسائل البيانات عن طريق الخطأ وهي مسألة ذات أهمية عملية كبيرة، إذ وضعت هذه الفقرة معيار العناية الذي يجب على المرسل إليه أن يطبقه لتمييز النسخة المكررة خطأً من رسالة البيانات عن رسالة البيانات أخرى منفصلة⁽³⁾.

وقد اتفقت مع المادة 13 فقرة 5، 6 من قانون الأونسترال المادة 15 فقرة 5، 6 من قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية وهي تنطبق مع المادتين 16، 15

¹ - محمد خالد جمال رستم، المرجع السابق، ص 248.

² - راجع الفقرة 90 من الدليل التشريعي لقانون الأونسترال، المرجع السابق، ص 81.

³ - راجع الفقرة 92 من الدليل التشريعي، المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لدولة فلسطين، والمادة 10 فقرة 4، 5 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت⁽¹⁾.

ومن تلك النصوص يتبدى أن المشرع قد وضع قرينة في إسناد رسالة البيانات إلى المنشئ وهي نفس القرينة التي يعمل بها في إفتراض أن رسالة البيانات التي تلقاها المرسل إليه هي التي قصدتها المنشئ وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس.

ويلاحظ أن النصوص الوارد ذكرها تتعلق بسلامة رسالة البيانات وعدم حصول تغيير فيها مهما كانت طبيعته، فقد أكدت أنه عندما تكون رسالة البيانات صادرة عن المنشئ أو عندما تعتبر كذلك، فإنه في إطار العلاقة بينه وبين المرسل إليه، يحق لهذا الأخير أن يعتبر أن الرسالة المستلمة هي ذات الرسالة التي أراد المنشئ إرسالها.

ويستطيع المرسل إليه أن يطمئن إلى سلامتها وأن يتصرف على هذا الأساس ولو كانت الرسالة المستلمة لا تعبر عن الإرادة الحقيقية للمنشئ، غير أن هذا الحكم لا ينطبق إذا كان المرسل إليه سيء النية بأن يكون قد علم أو كان بوسعه أن يعلم أن البث أسفر عن خطأ في رسالة البيانات أيا كانت طبيعته أدى إلى عدم التطابق بين الإرادة الحقيقية للمنشئ والإرادة الظاهرة التي عبر عنها من خلال رسالة البيانات فلا يجوز للمرسل إليه أن يعتبر أن رسالة البيانات سليمة وأنها تعبر عن الإرادة الحقيقية⁽²⁾.

وإذا كانت أغلب التشريعات تقف موقفا واضحا من نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، فإن الحل الوارد في النصوص التي سبق ذكرها يجد أساسه في مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود المعاملات وهويتجلى في التعامل برسالة البيانات أنه إذا كان المرسل إليه يعلم حقيقة إرادة المرسل فإن الالتزام يتحدد وفقا لهذا الأساس ولا تغلب الإرادة الظاهرة التي اتضحت من خلال مظهر رسالة البيانات.

وإذا كانت النصوص السابقة تحرص على اطمئنان المرسل إليه لإرادة المرسل، فإن منطق المساواة بين أطراف العلاقة العقدية يقتضي أن تكفل القوانين للمرسل أيضا أن

¹ - في حين لم يتضمن القانون التونسي ولا قانون مملكة البحرين، أو مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري نصا بهذا الشأن.

² - أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 122.

يطمئن إلى أن رسالته قد وصلت بالشكل الذي أراد، ولذلك فإن كان لزاما على التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية أن تقنن مسألة استلام رسالة البيانات.

الفرع الثاني

استلام رسالة البيانات

تقرر القواعد العامة أن التعبير عن الإرادة سواء أكان إيجابيا أم قبولا أم مجرد دعوة للتفاوض لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ولأن إثبات اتصال التعبير بعلم من وجه إليه أمر صعب، فقد قرر المشرع أن وصول التعبير قرينة على العلم به حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك⁽¹⁾.

وبناء على ذلك فإن التعبير عن الإرادة الذي يكون عبر رسالة بيانات لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه وهو المرسل إليه، كما أن التعبير الصادر عن المرسل إليه لا ينتج أي أثر إلا إذا وصل إلى علم المرسل.

ومن أجل ضبط مسألة تبادل رسالة البيانات عندما تستخدم للتعبير عن الإرادة فإن القانون النموذجي والتشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية قد التفتت إلى مسألة استلام رسالة البيانات من طرف المرسل إليه.

ولذلك تضمنت المادة 14 من قانون الأونيسترال أحكام الإقرار بالاستلام موضحة شكله وطريقته، والفترة التي يجب أن يصدر خلالها وآثار صدوره⁽²⁾.

فقد نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على ما يلي:

¹ - وهو ما نصت عليه المادة 61 من التقنين المدني الجزائري المطابقة لنص المادة 91 من التقنين المدني المصري.

² - استخدم قانون الأونيسترال في النسخة العربية الصادرة عن لجنة القانون التجاري الدولي مصطلح الإقرار، وكذلك فعل قانون إمارة دبي، وقانون مملكة البحرين، ومشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين ومشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت، في حين استخدم المشرع الأردني مصطلح الإشعار بالاستلام وهذا نفس المصطلح الوارد في قانون الأونيسترال في نسخته الصادرة باللغة الفرنسية.

"تنطبق الفقرات من 2 إلى 4 من هذه المادة عندما يكون المنشئ قد طلب من المرسل إليه، وقت أو قبل توجيه رسالة البيانات، أوبواسطة تلك الرسالة توجيه إقرار باستلام رسالة البيانات أواتفق معه على ذلك".

ففي العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، وبموجب هذه الفقرة يكون المرسل إليه ملزماً بإشعار المنشئ باستلام رسالة البيانات في الحالات التالية:

- إذا وجد اتفاق سابق بين الطرفين - المنشئ والمرسل إليه - يقضي بقيام

المرسل إليه بإشعار المنشئ بأنه تسلم رسالته.

- إذا حصل الاتفاق على ذلك عند إرسال رسالة البيانات

- إذا اشترط المنشئ على المرسل إليه أن يقوم بإشعار عند استلام الرسالة من

طرفه، وذلك بالنص على هذا الشرط في رسالة البيانات ذاتها، أوبرسالة مستقلة عن رسالة البيانات⁽¹⁾.

والإقرار باستلام رسالة البيانات قد يكون لمجرد علم المنشئ بوصول رسالته إلى

المرسل إليه، وقد يكون شرطاً لإعمال الرسالة وترتيب آثارها، وفي الحالة التي يذكر فيها

منشئ الرسالة أن رسالة البيانات مشروطة بتلقي إشعار بالاستلام فإن هذه الرسالة لن يترتب عليها أي أثر قانوني إلا إذا تلقى المنشئ هذا الإشعار⁽²⁾.

وتبريراً لإيراد هذا النص ذكر الدليل التشريعي لقانون الأونسترال في الفقرة 93

منه أن استخدام الإقرارات العملية هو قرار يتخذه مستعملو وسائل التجارة الإلكترونية، ولا

يقصد القانون النموذجي أن يفرض استعمال مثل هذا الإجراء، بيد أنه مراعاة للقيمة التي

يتضمنها نظام الإقرار بالاستلام وللاستخدام واسع النطاق رئي أن يتناول القانون

النموذجي عدداً من المسائل القانونية الناشئة عن إجراءات الإقرار.

¹ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 122؛ د/ فيصل محمد كمال، الرسالة السابقة، ص 414؛ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 114.

² - د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 111.

ويستخدم مفهوم الإقرار أحيانا على نحو يشمل عدة إجراءات متنوعة تتدرج من مجرد إقرار باستلام رسالة غير محددة، إلى الإعراب عن الاتفاق على مضمون رسالة بيانات محدودة، وفي أحوال كثيرة يكون إجراء الإقرار موازيا للنظام المعروف "الإشعار بالاستلام" في النظم البريدية.

ويضيف الدليل، أنه ينبغي أن يكون ماثلا في الأذهان أن التنوع بين إجراءات الإقرار ينطوي على تبيان التكاليف المتعلقة بها، وتستند أحكام المادة 14 إلى الافتراض بأن إجراءات الإقرار ينبغي أن تخضع لتقدير المنشئ، وأما دلالة الإقرار بالاستلام هل هو قبول للإيجاب أم لا، فإن القانون النموذجي لا يتناول هذه المسألة التي تترك لقانون العقود في كل دولة⁽¹⁾.

وقد استلهمت التشريعات الداخلية حكم الفقرة الأولى من المادة 14 من قانون الأونيسترال ونصت عليه، فقد ورد نفس الحكم المذكور في المادة 16 فقرة 01 من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية والمادة 16 فقرة أ من القانون الأردني، والمادة 14 فقرة 01 من قانون مملكة البحرين، والمادة 17 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين، والمادة 11 فقرة 01 من مشروع القانون الكويتي الخاص بالتجارة الإلكترونية وقانون دولة سنغافورة للمبادلات الإلكترونية⁽²⁾.

أما عن شكل الإقرار أو الإشعار بالاستلام، فإنه من الناحية المبدئية يتحدد باتفاق الطرفين، فللطرفين أن يتفقا على أن يكون الإقرار في شكل معين أو بوسيلة معينة.

فإذا لم يتفق الطرفان على شكل الإقرار أو وسيلته، فإن المادة 14 فقرة 2 من قانون الأونيسترال قد نصت على ما يلي:

"إذا لم يكن المنشئ قد اتفق مع المرسل إليه على أن يكون الإقرار بالاستلام وفق شكل معين أو على أن يتم بطريقة معينة، يجوز الاستلام عن طريق:

¹ - راجع الفقرة 93 من الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال، المرجع السابق، ص 82.

² - في حين لم يتضمن القانون التونسي ولا مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري نصا مماثلا.

أ- أي لإبلاغ من جانب المرسل إليه سواء أكان بوسيلة آلية أو بآية وسيلة أخرى.

ب- أي سلوك من جانب المرسل إليه، وذلك بما يكون كافياً لإعلام المنشئ بوقوع استلام رسالة البيانات⁽¹⁾.

ووفقاً لهذا النص والنصوص المقابلة له، فإنه يجوز أن يكون الإقرار أو الإشعار بالاستلام عن طريق أي إجراء أو إبلاغ من جانب المرسل إليه، وبآية وسيلة للاتصال سواء كانت رسالة بيانات أو باستخدام أية وسيلة اتصال أخرى كالهاتف مثلاً، أو بواسطة الكتابة، كما يجوز أن يستتبط الإقرار أو الإشعار بالاستلام من اتخاذ أي موقف من جانب المرسل إليه يدل على أنه تسلم رسالة المنشئ⁽²⁾.

وقد جاء في الدليل التشريعي لقانون الأونسترال أن الغرض من الفقرة الثانية في المادة 14 هو إثبات صحة الإقرار بواسطة أي بلاغ أو تصرف من جانب المرسل إليه حينما يكون المنشئ قد اتفق مع المرسل إليه على أن يكون الإقرار في شكل معين.

وأما الحالة التي يكون المنشئ قد طلب فيها بصفة انفرادية أن يكون الإقرار في شكل معين، فلم تتناولها صراحة المادة 14 مما قد يترتب عليه فتح الاحتمال في أن الاشتراط أحادي الطرف من جانب المنشئ بخصوص شكل الإقرار لن يمس بحق المرسل إليه في إصدار إقرار بالاستلام بآية طريقة، المهم فيها أن تكفي لإعلام المنشئ أن رسالته قد تم استلامها⁽³⁾.

وغني عن البيان، أنه إذا تم تحديد طريقة معينة للإشعار باتفاق الطرفين أو باشتراط المنشئ وحده، فإنه يتحقق الإشعار بهذه الطريقة وحدها، وإلا فإن رسالة البيانات ستعامل وكأنها لم ترسل أصلاً فيما يتعلق بترتيب حقوق والتزامات قانونية بين المنشئ والمرسل إليه وذلك إلى حين صدور الإقرار بالطريقة المحددة، وهذا الحكم

¹ - هذه الفقرة تنطبق مع الفقرة الثانية من المادة 16 من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية، والمادة 14 فقرة 01 بند أ من قانون مملكة البحرين والمادة 16 من قانون المملكة الأردنية، والمادة 17 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين، والمادة 11 فقرة 02 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي.

² - راجع في ذلك، آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 115؛ د/عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 171.

³ - راجع الفقرة 94 من الدليل التشريعي للقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 83.

نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 14 من قانون الأونسترال المقابلة للفقرة ب من المادة 16 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني والفقرة الثالثة من المادة 16 من قانون إمارة دبي والفقرة الثالثة من المادة 13 من قانون مملكة البحرين، والفقرة الثالثة من المادة 17 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين، والمادة 11 فقرة الثالثة من مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت.

وتناولت الفقرة الرابعة من المادة 14 من قانون الأونسترال⁽¹⁾ الحالة التي لا يشترط فيها المنشئ تلقي الإشعار بالاستلام، ولم يعلق فيها أثر رسالته على ذلك الإشعار، فإنه إذا لم يحصل الإقرار في غضون وقت معقول، يحق للمنشئ أن يوجه إشعاراً لاحقاً إلى المرسل إليه يفيد أنه لم يتلق أي إشعار بالاستلام ويحدد وقتاً معقولاً يجب فيه على المرسل إليه إشعاره، فإذا لم يتم ذلك خلال الوقت المحدد فإنه من حق المنشئ أن يعامل رسالة البيانات وكأنها لم ترسل أصلاً وأن يمارس أية حقوق أخرى قد تثبت له كأن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء عدم إرسال الإشعار من المرسل إليه وأن ذلك تسبب في تفويت فرصة عليه مثلاً⁽²⁾.

وجدير بالإشارة إلى أن المشرع في قانون مملكة البحرين في البند أ من الفقرة الرابعة من المادة 13 قد اشترط أن يكون إشعار المنشئ للمرسل إليه كتابياً⁽³⁾.

وتواجه الفقرة الرابعة من المادة 14 والنصوص المقابلة لها حالة شائعة في العقود الإلكترونية عندما يتم إبرامها من خلال تبادل رسالة البيانات عبر شبكة الإنترنت، فغالبا يقوم الموجب بإرسال رسالة البيانات تتضمن إيجاباً إلى المرسل إليه ولا يشترط عليه في رسالته وجوب إشعاره بالاستلام كما لا يعلق على الإشعار ترتيب آثار قانونية على الرسالة، أي أن المنشئ لا يذكر في رسالته بأنها غير نافذة المفعول إلى حين استلام

¹ - وهي تقابل وتطابق الفقرة "ج" من المادة 16 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، والفقرة الرابعة من المادة 16 من قانون إمارة دبي، وكذلك الفقرة الرابعة من قانون مملكة البحرين، والفقرة الرابعة من المادة 17 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين، والفقرة الرابعة من المادة 11 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت.

² - د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 79؛ د/ فيصل كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 416.

³ - أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 116؛ باسيل يوسف، البحث السابق، ص 58.

الإشعار من المرسل إليه، ونتيجة لذلك لا يتلقى الموجب إشعاراً بالاستلام في غضون وقت معقول، ولذلك فإنه لا يستطيع أن يعرف متى يتحلل من إيجابه، كما لا يستطيع توجيه إيجاب إلى شخص آخر، فيحق للمنشئ عندئذ من الناحية المنطقية والقانونية أن يوجه إشعار للمرسل إليه، ولهذا الأخير كامل الحرية في الرد على الإشعار وفي عدم الرد عليه.

والواقع أن القاعدة التي قررتها الفقرة الرابعة المذكورة أعلاه والنصوص المقابلة لها تصب في مصلحة المنشئ والمرسل إليه في آن واحد، إذ لا يكون المنشئ ملزماً بإرسال هذا الإشعار، غير أنه وسيلة يستطيع المنشئ عن طريقها تحديد وضعه القانوني تجاه المرسل إليه⁽¹⁾.

كما أن المرسل ليس ملزماً بالإجابة على الإشعار خلال المدة المحددة، ولا يبقى للمرسل في هذه الحالة إلا التعامل مع الرسالة وكأنها لم ترسل دون إخلال بما قد ينشأ له من حقوق ناجمة عن الإضرار به جراء عدم إرسال الإشعار بالاستلام.

وبتلقى المرسل للإقرار أو الإشعار باستلام رسالة البيانات من المرسل إليه، فإن الفقرة الخامسة من المادة 14 من قانون الأونسترال قد أقامت قرينة قانونية مفادها أن المرسل إليه الذي قام بإرسال الإقرار قد استلم رسالة البيانات التي أقر باستلامها، غير أن هذا لا يعد قرينة على سلامة الرسالة وصحة مضمونها⁽²⁾.

فقد جاء في المادة 14 فقرة الخامسة ما يلي: "عندما يتلقى المنشئ إقرار بالإسلام من المرسل إليه، يفترض أن المرسل إليه قد استلم رسالة البيانات ذات الأصل، ولا ينطوي هذا الافتراض ضمناً من أن رسالة البيانات التي أرسلت تتطابق مع الرسالة التي وردت "

وهذه الفقرة تقابل وتطابق الفقرة الخامسة من المادة 14 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية التي جاء فيها: "إذا استلم المنشئ إقرار بالتسلم من المرسل إليه،

¹ - راجع الفقرة 96 من الدليل التشريعي لقانون الأونسترال، المرجع السابق، ص 84.

² - د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 113؛ فيصل كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 417.

فإنه يفترض، ما لم يثبت خلاف ذلك، أن السجل الإلكتروني ذا العلاقة يكون قد تم تسلمه من قبل المرسل إليه.

لا ينطوي هذا الافتراض على أن محتويات السجل الإلكتروني مطابقة للسجل الذي تم تسلمه."

وهي تطابق أيضا المادة 16 فقرة "د" من القانون الأردني، والفقرة الخامسة من المادة 16 من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية، والمادة 18 الفقرة الأولى من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين⁽¹⁾.

فطالما تلقى المنشئ إشعار باستلام الرسالة، فإن هذا الإقرار يعد قرينة بسيطة على وصول رسالة البيانات إلى المرسل إليه، غير أن هذه القرينة تمتد لتعد دليلا على تطابق الرسالة التي أرسلها المنشئ مع الرسالة التي تسلمها المرسل إليه وذلك لاحتمال حدوث خطأ في الإرسال أو التسلم ما قد يؤدي إلى اختلاف بين الرسالة والقصد من ورائها⁽²⁾.

ويذكرنا نص المادة 14 فقرة الخامسة والنصوص المطابقة لها بنص الفقرة الخامسة من المادة 13 التي سبق الحديث عنها المتعلقة بإسناد رسالة البيانات، إذ قد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة وفي هذه الحالة فإن للمرسل إليه أن يفترض أن رسالة البيانات التي تسلمها هي نفسها الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها إذا هوبذل عناية معقولة أو استخدام إجراء متفقا عليه للتأكد من مطابقة الرسالة لمضمون إرادة المنشئ.

وتذكرنا تلك النصوص أيضا بنص المادة 61 من التقنين المدني الجزائري التي اعتبرت وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك، فوصول التعبير يبقى قرينة دائما على العلم به، ولكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس بكافة طرق الإثبات.

¹ - ولم يرد بالقانون التونسي نص مماثل، كما لا يوجد نص مقابل لهذه النصوص في مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت، ولا في مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري.

² - د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 80؛ د/ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 173.

وقد تظهر عند تسلم رسالة البيانات بعض المشاكل التقنية عند المرسل إليه، إذ قد لا يستطيع الجهاز المستخدم من طرفه ترجمة الرموز المستعملة فيها إلى حروف أو صور ونتيجة لذلك تكون الرسالة غير قابلة للقراءة وهذه المشكلة قد تنجم عن انعدام التساوي في الكفاءة بين الأجهزة المستخدمة من الطرفين، ففي هذه الحالة إذا كان الإشعار بالاستلام يتضمن ما يدل على أن الرسالة قد استوفت الشروط التقنية المتفق عليها أو المعمول بها، فعندئذ يستطيع المنشئ أن يتصرف على أساس أن الرسالة قد استوفت الشروط الفنية⁽¹⁾.

وقد واجهت هذا الوضع ممكن الحدوث الفقرة السادسة من المادة 14 من قانون الأونسترال ونصت عليه معظم التشريعات التي سارت على نهجه حيث نصت عليه الفقرة السادسة من المادة 14 من قانون مملكة البحرين، والفقرة السادسة من المادة 16 من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية في حين لم يشر القانون الأردني والتونسي إلى نص مماثل⁽²⁾.

يبقى أن نشير إلى أن الأحكام السابقة الواردة في الفقرات الست للمادة 14 من قانون الأونسترال والنصوص المقابلة أو المطابقة لها إنما تتعلق برسالة البيانات وباستلامها، ولا يتعدى ذلك إلى الآثار القانونية التي تترتب على تبادل رسالة البيانات، فرسالة البيانات قد تتضمن إيجاباً أو قبولاً، أو مجرد دعوة للتعاقد، كما قد تتضمن إشعاراً بفسخ العقد، أو بالإجازة، ولذلك فإن رسالة البيانات تعد وسيلة لنقل الإرادة أما مضمون الإرادة وتطابق الإرادتين فعالجه في الباب الثاني عند الكلام عن الإيجاب والقبول وتحديد لحظة انعقاد العقد وآثار ذلك⁽³⁾.

¹ - راجع في ذلك، أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 119؛ وراجع الفقرة 98 من الدليل التشريعي لقانون الأونسترال، المرجع السابق، ص 84.

² - ولم تتضمن مشاريع قوانين التجارة الإلكترونية في الكويت أو مصر نصاً مماثلاً، في حين نص على ذلك المشرع الفلسطيني في مشروع قانون المبادلات الإلكترونية في المادة 18 فقرة 2 منه.

³ - نصت الفقرة السابعة من المادة 14 من قانون الأونسترال "لا تتعلق هذه المادة إلا بإرسال رسالة البيانات، أو استلامها ولا يقصد منها أن تعالج الجوانب القانونية التي تترتب سواء على إرسال رسالة البيانات أو على الإقرار باستلامها." وهي تطابق الفقرة 4 من المادة 14 من قانون مملكة البحرين، والفقرة 7 من المادة 16 من قانون إمارة دبي، ولا مثيل لهذا النص في التشريعات العربية الأخرى المنظمة للمعاملات الإلكترونية.

المبحث الثاني

صور التعاقد الإلكتروني

من الثابت قانوناً أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون إخلال بما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع لانعقاد العقد.

ومن المقرر أيضاً أن القانون لا يفرض شكلاً معيناً للتعبير، إذ يجوز للمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي يشاء، المهم في ذلك أن يفهمها الطرف الآخر.

وإذا كنا قد انتهينا فيما سبق إلى أن العقد الإلكتروني لا يشكل نوعاً جديداً من العقود، فهو لا يتميز عنها إلا في الطريقة المتطورة والحديثة في التعبير عن الإرادة فيه، فإن هذه الوسيلة تلقي بظلالها على ما استقر من أحكام قانونية في نظرية العقد، وتجعل للعقد الإلكتروني خصائص ينفرد بها كما رأينا.

ولذلك يمكن النظر إلى العقد الإلكتروني على أنه كيان متعدد الأبعاد والصور، وهو الأمر الذي يرجع إلى الاستعمال المتسارع والمتزايد لوسائل الاتصال الحديثة ولاسيما شبكة الإنترنت في المعاملات بين الأفراد في مختلف مجالات الحياة اليومية.

وإذا كان التبادل الإلكتروني للبيانات هو وسيلة إبرام العقد الإلكتروني، فإن هذه الوسيلة تجعل الصور التي يتم بها التعاقد تختلف، كما يتيح منطق عملية التبادل الإلكتروني للبيانات إمكانية تصور استخدام الأجهزة الإلكترونية المبرمجة في نقل الإرادة.

وبغرض الوقوف على الصور المتعددة التي يرد بها العقد الإلكتروني والتصدي لمشكلة الاعتراف القانوني باستخدام الأجهزة المبرمجة في إبرام العقد، فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول منها للصور المتعددة للعقد الإلكتروني، لنعالج في المطلب الثاني مسألة استخدام الأجهزة المبرمجة أو ما يسمى بالوسيط الإلكتروني في التعاقد الإلكتروني وجواز ذلك من الناحيتين الفقهية والتشريعية.

المطلب الأول

تعدد صور التعاقد الإلكتروني

أدى انتشار وتطور تقنيات شبكة الإنترنت إلى توفير العديد من الخدمات منها إمكان استعمالها في التفاوض على العقود وإبرامها وامتداد ذلك إلى تنفيذها أيضا من خلال عملية تبادل البيانات.

وبتعدد التقنيات المستعملة واختلافها تعددت صور التعاقد الإلكتروني، فقد يتم العقد عن طريق نظام البريد الإلكتروني، وقد يتم عن طريق المواقع الإلكترونية، كما قد يتم العقد عن طريق المحادثة المباشرة عبر الشبكة، وتعرض لكل صورة من تلك الصور في فرع مستقل.

الفرع الأول

التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني⁽¹⁾

يقصد بالبريد الإلكتروني تبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة إلكترونية، وينظر إليه على أنه النظير الإلكتروني للبريد العادي⁽²⁾.

وقد تعددت التعريفات الفقهية والتشريعية للبريد الإلكتروني، فعرفه بعض الفقه بأنه مكنة التبادل غير المتزامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي.

وعرفه آخرون بأنه: "طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة الإنترنت"⁽³⁾.

وقد عرفت المادة الأولى من القانون الفرنسي المسمى قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي في فقرتها الأخيرة البريد الإلكتروني بأنه: " كل رسالة أيا كان شكلها نصية

¹ - يطلق عليه باللغة الإنكليزية Electronic mail ويرمز إليه اختصارا بـ E- mail وكل عنوان للبريد الإلكتروني يتكون من قسمين يفصل بينهما الرمز @ ويدل الجزء الأول على اسم المستخدم أو صاحب البريد أو حتى اسم مستعار يتبعه الرمز @ ثم يتبعه اسم الشركة أو الشبكة أو الموقع الذي يوجد به البريد الإلكتروني، ثامر محمد سليمان الدميطي، الرسالة السابقة، ص 34.

² - د/خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 129؛ د/ فيصل محمد كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 358.

³ - د/ عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 219.

أصوتية أو صور أو أصوات يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات ويتم تخزينها على أحد خدمات الشبكة أوفي أجهزة المرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها⁽¹⁾.

وتقوم فكرة البريد الإلكتروني على تخصيص مزود خدمات البريد الإلكتروني مساحة تكون مخصصة للبريد الصادر والوارد وتمنح لكل مشترك عنوانا خاصا به يمكنه من تبادل الرسائل الإلكترونية، والملفات والرسوم والصور عن طريق إرسالها من المرسل إلى شخص أو أكثر⁽²⁾.

ويتسم نظام البريد الإلكتروني بإمكانية استخدامه بين أي نوع من أجهزة الحاسوب الآلي، وتتم المرسلات بين المتعاملين سواء لإجراء التفاوض أو لإبرام العقود⁽³⁾.

وتتم عملية التعاقد وتبادل رسائل البيانات عن طريق البريد الإلكتروني حينما يقوم الشخص الذي يرغب في التعاقد بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني وإرسال رسالة إلى من يريد التعاقد معه على عنوان بريده الإلكتروني تتضمن شروط التعاقد وبنوده، ويجري ذلك عن طريق كتابة عنوان البريد الإلكتروني في المكان المخصص في صندوق البريد الإلكتروني للمرسل، ثم يدون الرسالة التي يرغب في إرسالها ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في برنامج البريد الإلكتروني وعندئذ ترسل الرسالة إلى حاسوب المرسل إليه الذي يخزن الرسالة في صندوق البريد الوارد للمرسل إليه، وعند قيام المرسل إليه بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني يمكنه قراءة الرسالة والرد عليها بنفس الطريقة بالقبول أو الرفض أو التعديل⁽⁴⁾.

¹ - جاءت صياغة هذه المادة باللغة الفرنسية كما يلي:

On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère.

² - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 26؛ محمود السيد عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب

القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر دون ذكر تاريخ الطبع، ص 134.

³ - Nathalie moreau, la formation du contrat électronique, op. cit, page 36

⁴ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 130؛ د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 76.

وفي حالتي إرسال الرسالة أو الرد عليها برسالة مماثلة تتضمن القبول أو الرفض أو التعديل، يمكن أن يقترن برسالة البريد الإلكتروني توقيع إلكتروني يسمح بتحديد هوية صاحبها ويضمن سلامة الرسالة من أي تعديل أو تحريف⁽¹⁾.

ويلاحظ أن التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني يتم عن طريق الكتابة، وهي كتابة لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية سوى أن الوسيلة قد اختلفت، فإذا كانت الكتابة بشكلها المعتاد يتم تحقيقها بواسطة القلم، وكما كان القلم اختراعا عظيما في زمن تاريخي معين، فإن جهاز الحاسوب لا يعدو أن يكون آلة طباعة بشكل حديث ومتطور، كل ما هناك أن التعبير بالكتابة عن طريق الحاسوب يأخذ شكلا خاصا، فهي ليست كتابة على دعائم ورقية وإنما باستخدام دعائم إلكترونية⁽²⁾.

ويذكرنا التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني بالتعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري كالفاكس والتلكس حيث يتم التعاقد بها عن طريق إرسال الإيجاب أو القبول بطريقة الكتابة، وما يحصل عبر الاتصال بالتلكس والفاكس والرد عليه في نفس الوقت أو في وقت لاحق هو ذاته ما يحصل عبر البريد الإلكتروني، فالتعبير الصريح بالكتابة لا يفرق بين وسيلة الكتابة⁽³⁾.

وقد أكد التقنين المدني الفرنسي على صحة التعبير عن الإرادة في التعاقد باستخدام البريد الإلكتروني وذلك بإضافة الفقرة الثانية للمادة 1369 من التقنين المدني بمقتضى الأمر 674 لسنة 2005 المتعلق باستخدام الوسائل الإلكترونية في التعاقد والذي سبقت الإشارة إليه حيث جاء فيها: "المعلومات التي يتم تداولها أثناء إبرام العقد أو تنفيذه يمكن يتم إرسالها باستخدام البريد الإلكتروني إذا وافق المرسل إليه على استخدام هذه الوسيلة"⁽⁴⁾.

¹ - د/ تامر محمد الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 52.

² - أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 45؛ بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 37، 36.

³ - مندي عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة 2010، ص 60؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 91.

⁴ - جاءت الصياغة الفرنسية لهذا النص كما يلي: المادة 1369 فقرة 02:

Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat, ou celles qui sont adressés au cours de son exécution, peuvent être transmises par courrier électronique, si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen.

كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أن " المعلومات التي يتم إرسالها إلى مهني يمكن أن ترسل باستخدام البريد الإلكتروني منذ الوقت الذي يعلن فيه المهني عن عنوان بريده الإلكتروني" (1).

وبهذا يكون التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله سنة 2005 قد أرسى مبدأ المساواة بين البريد الإلكتروني والبريد التقليدي (2).

هذا وقد نص على جواز استخدام البريد الإلكتروني في التعاقد قانون الأونسترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية في مادته الثانية عند تعريفه رسالة البيانات، إذ قضت بما يلي:

"يراد بمصطلح رسالة البيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو صوتية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق، أو التلكس أو النسخ البرقي....."

وقد سبقت الإشارة إلى أن المادة 11 من القانون النموذجي قد أجازت استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد والتعبير عن الإرادة.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في التعبير عن الإرادة في التقنين المدني التي تقرر بأن كل ما يدل على وجود الإرادة يصلح للتعبير عنها وهولذلك لا يخضع لشكل معين، إذ لكل متعاقد أن يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يختارها، ولا يهم نوع هذه الوسيلة طالما أنها تعبر عن الإرادة.

¹ - جاءت صياغة الفقرة كما يلي:

les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par Courier électronique, dès lors qu'il a communiqué à son adresse électronique voir le journal officiel n: 14 du 17/06/2005 page 10342

² - عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 220.

وقد بينت المادة 60 من التقنين المدني الجزائري أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه (1).

ويمكن القول أنه في ظل غياب نص تشريعي ينظم التعاقد بالطرق الإلكترونية في التشريع الجزائري، فإن نص المادة 60 ينطبق على التعبير عن الإرادة بالبريد الإلكتروني إذ لا يختلف عن البريد العادي إلا في التقنية المتطورة، بل يجب الذهاب أكثر من ذلك إلى القول بأنه حتى في حالة وجود تنظيم للتعاقد عن طريق البريد الإلكتروني فإن نص المادة 60 يعد كافياً لبيان أن استعمال البريد الإلكتروني للتعبير عن الإرادة يتشابه مع أية وسيلة أخرى، كل ما في الأمر أن التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني قد يختلف عن أية وسيلة أخرى في تحديد لحظة إتحاد مجلس العقد وهذه مسألة أخرى نناقشها فيما بعد عند التطرق للتراضي في العقد الإلكتروني.

الفرع الثاني

التعاقد عن طريق الموقع الإلكتروني

قد يتبادر إلى الذهن أن مصطلح الموقع ومصطلح الإنترنت مترادفان لمعنى واحد، والواقع أنهما مختلفين، فالموقع ليس هو الإنترنت ولكنه وسيلة من بين وسائل الاتصال التي تقدم عبر شبكة الإنترنت، بل هو الوسيلة الأكثر شيوعاً واستخداماً في الاتصال عبر الشبكة العالمية (2).

واستخدام موقع على الإنترنت يعني استمرارية هذا الموقع على مدار الساعة والأيام وهو يتألف من مجموعة من الصفحات والصفحة الرئيسية (3).

¹ - تتطابق هذه المادة مع المادة 90 من التقنين المدني المصري، والمادة 93 من التقنين المدني السوري، والمادة 93 من التقنين المدني الأردني.

² - أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 47؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 131؛ د/ محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 135.

³ - د/ بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص 34؛ د/ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 66.

وعلى تلك الصفحات يتم عرض المنتجات أو الخدمات بصفة موجهة لجمهور المستهلكين، وتلك السلع والخدمات إما أن تسلم بالطرق التقليدية كالسلع المادية مثلا، أو تسلم إلكترونيا كالأستشارات الطبية أو القانونية أو البرامج الثقافية⁽¹⁾.

ويتم التعبير الإلكتروني عن الإرادة في العقد الذي يبرم من خلال الموقع بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بجهاز الحاسوب الآلي، أو بالاتجاه إلى خانة الموافقة المخصصة لذلك في صفحة الموقع، وتستخدم هذه الطريقة من أجل إنشاء العقد حيث يختار المتعاقد السلعة المطلوبة أو الخدمة المتاحة ثم يضغط على زر الموافقة فتظهر أمامه صفحة أخرى تتضمن العقد النموذجي المحتوي على شروط وبنود التعاقد⁽²⁾.

ويلاحظ أنه في هذه الصورة من صور التعاقد الإلكتروني تتجلى صفته كعقد من عقود الإذعان، إذ لا يستطيع المتعاقد مناقشة شروط العقد أو تعديلها، فلا يتاح له سوى الضغط على زر الموافقة أو الإعراض عن إتمام التعاقد وصرف النظر عنه.

ويرى بعض الفقه أن المشكلة التي تثيرها هذه الصورة من صور التعاقد الإلكتروني هي التعبير عن القبول الذي يتم عبر الضغط على خانة الموافقة التي توجد في آخر الصفحة التي تحتوي على عقد نموذجي معد سلفا، ومتى تم الضغط على خانة الموافقة فإن المتعاقد يكون قد أعلن عن قبوله لكل شروط العقد، وبالتالي، يرى هذا الجانب من الفقه، أن التعبير عن الإرادة قد اتخذ شكلا جديدا غير الأشكال التقليدية وهو الضغط على خانة الموافقة، وهذا المظهر غير كاف للتعبير عن الإرادة، إذ من الممكن أن يضغط الشخص على خانة الموافقة دون أن يقصد جديا الدخول في رابطة عقدية⁽³⁾.

¹ - د/ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها.

² - رامي علوان، المقال السابق، ص 262؛ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 27.

³ - Marie-Hélène Deschanps –Marquis, de nouvelles solutions en matière de commerce électronique, P3, (www.le.gassenbly.sk.ca/bills/porgabill.htm).

غير أن معظم الفقه قد أجمع على أن الضغط بالموافقة على خانة القبول في شاشة الحاسوب هو مظهر كاف للتعبير عن قبول المتعاقد.

فإذا كان الضغط على زر الموافقة قد يحدث خطأ أو صدفة وأنه لا يدل على القبول النهائي في كل الأحوال، فإن أكثر الشركات تلجأ إلى تزويد الموقع ببرنامج معلوماتي يعبر عن الرغبة الجادة في إبرام العقد كأن يشترط الضغط على زر الموافقة مرتين مثلاً أو استخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبح متعارفاً عليها بين مستخدمي شبكة الإنترنت، فهناك مثلاً إشارة وجه مبتسم تدل على الموافقة ووجه غاضب تدل على الرفض فيمكن اعتبار الضغط على خانة الموافقة بمثابة الإشارة التي لا تخرج عن معناها التقليدي، كل ما في الأمر أن وسيلة نقلها هي الحاسوب الآلي⁽¹⁾.

ففي العقود التقليدية يكون مقبولاً أن يتم التعبير عن الإرادة بهز الرأس عمودياً للدلالة على القبول، وهزه أفقياً للدلالة على الرفض وهي إشارة يجيز التقنين المدني إبرام العقد بها⁽²⁾.

وبعد انتشار شبكة الإنترنت وتعلق الأفراد بها، أصبح في الإمكان أن يختار المتعاقد السلعة أو الخدمة المتاحة والمعروضة على الموقع، ويتصفح كافة المعلومات المتوفرة عنها بشكل يؤدي إلى علمه بمحل العقد علماً كافياً نافياً للجهالة، ويمكن له أن يطلب من الموقع بعض الإيضاحات حول السلعة أو الخدمة التي يرغب في التعاقد عليها ثم يعلن موافقته على قبول التعاقد بعد الإطلاع على الشروط المدونة في العقد النموذجي⁽³⁾.

ويتبين مما سبق أن التعاقد عبر الموقع يمثل أحدث صورة من صور التعاقد وأكثرها تطوراً واستغلالاً للشبكة من حيث عرض السلع والخدمات وقوائم الأسعار لكنه من ناحية أخرى يحمل في طياته أكبر درجات الخطورة من حيث عدم التأكد من حقيقة وجود السلعة أو الخدمة ونوعيتها، وصعوبة التحقق من أهلية المتعاقدين.

¹ - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 74؛ د/ فيصل كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 365.

² - أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 47؛ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 27.

³ - تامر الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 51.

وإذا كنا قد أشرنا سابقا إلى أن المشرع الفرنسي قد أدخل تعديلات على التقنين المدني بمقتضى المرسوم 674 لسنة 2005 فإنه أصبح يتضمن نص الفقرة الأولى من المادة 1369 التي تقضي بأنه يجوز وضع شروط العقد والبيانات الخاصة بالطريقة الإلكترونية⁽¹⁾.

وفي نظرنا، فإن القواعد العامة في التقنين المدني الجزائري بنصوصه الحالية لا تكفي لاحتواء هذا النوع من التعاقد، فلوعرض على القاضي الجزائري حاليا أي عقد تم إبرامه عن طريق الموقع كشراء مجموعة من الكتب أو البرامج أو السيارات مثلا أو كراء غرفة في فندق، ثم وقع نزاع حول عملية إبرام العقد والتعبير عن الإرادة فإنه سيجد نفسه أمام نصوص لا تقي بالعرض ولا تسعفه لإيجاد حل عادل للنزاع وبذلك تظهر خصوصية التعاقد الإلكتروني وحتمية وضع تنظيم قانوني خاص به لمواجهة هذه الصورة من التعاقد.

الفرع الثالث

التعاقد عن طريق المحادثة

أدى تطور تقنية المعلومات إلى أن أصبح بإمكان أي مستخدم لشبكة الإنترنت أن يخاطب أشخاصا آخرين سواء عن طريق الكتابة أو الصوت، بل أصبح بالإمكان تلاقحهم وجها لوجها بمجرد استخدام كاميرا يتم توصيلها بالحاسوب، وهذا ما يحقق التفاعل الحواري المباشر بين الطرفين⁽²⁾.

ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين ببرنامج المحادثة المعد تقنيا لهذا الغرض، ويقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزئين، حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول وسيرى في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الآخر على الجزء الثاني من الصفحة، ويلاحظ أن هذه الوسيلة توفر التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين⁽³⁾.

¹ -Article 1369-1"la voie électronique peut être utilisé pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services".

² -تامر الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 52؛ د/ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 85.

³ - أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 48؛ فيصل كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 365.

ويمكن للمتعاقدين عن طريق هذه الوسيلة إضافة كاميرا رقمية تسمح لكل طرف بمشاهدة الطرف الآخر فيصبح التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة في نفس الوقت (1).

ورغم فعالية هذه الوسيلة كصورة من صور التعاقد الإلكتروني، فإنها أقل انتشاراً وأهمية في التعاقد عن طريق شبكة الإنترنت وإن كانت تجمع مظاهر وأشكال التعبير عن الإرادة إذ يمكن للطرفين المحادثة شفويًا باستعمال ألفاظ مفهومة بينهما، كما يمكن الاقتصار على الكتابة أو الإشارة، وهي كلها أوجه للتعبير الصريح عن الإرادة التي أقرتها القواعد العامة في التقنيات المدنية (2).

وبالرجوع إلى نص المادة 1369 فقرة الأول من التقنين المدني الفرنسي التي سبقت الإشارة إليها والتي جاء فيها أنه يمكن إبرام العقود بطريقة إلكترونية، فإنه يتضح أن التفاعل الحواري المباشر بين طرفي الرابطة العقدية هو طريقة إلكترونية.

ولا بد أن نلاحظ هنا أن هذه الصورة من التعاقد قد جمعت بين حالة التعاقد عن طريق الهاتف إذ أتاحت التعاقد عن طريق المشافهة المباشرة، وأضافت إمكانية رؤية كل طرف للآخر لحظة حديثه معه، وهذا التطور يؤثر حتماً على الناحية القانونية، فإذا كانت ستثار مسألة التحقق من أهلية المتعاقد وشخصيته وجديته، والعلم بمحل العقد علماً كافياً، فمن الممكن عن طريق التعاقد بواسطة التفاعل المباشر التعرف على شخص المتعاقد بعد رؤيته ورؤية السلعة عبر شاشة الجهاز والتأكد من أوصافها إلى غير ذلك من المسائل التي يثيرها إتحاد مجلس العقد الذي نعود لمناقشته في الباب الثاني من الدراسة.

ويبقى أن نشير إلى أن القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية لم تذكر كل وسيلة من وسائل التعاقد الإلكتروني وإنما تركت ذلك للتطور السريع والمتلاحق لهذه الوسائل، ولذلك يمكن القول أن القواعد التي احتوتها تلك التقنيات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية قد شملت كل علاقة تعاقدية يمكن إبرامها أو تنفيذها كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية.

¹ - مراد يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص 164؛ عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 224.

² - رامي علوان، المقال السابق، ص 262.

وقد يقول قائل إن القواعد العامة في التقنيات المدنية جديدة بأن تحتوي هذه الوسائل التي تصلح للتعبير عن الإرادة في ظلها، فالبريد الإلكتروني هو وسيلة للتعبير عن الإرادة عن طريق الكتابة وهذه الطريقة معروفة حتى قبل ظهور أرقى أجهزة الاتصال الحديثة، والتعاقد عن طريق الموقع وإن كانت التقنية حديثة فإن القانون لا يحفل بها ما دام التعبير سيصل إلى من وجه إليه عن طريق الإشارة وكذلك الأمر في التعاقد عن طريق التفاعل الحواري لكن الإشكال لا يقف عند هذا الحد بل يتعدى إلى حالة قيام نزاع بين الطرفين حول حقيقة المقصود من التعبير عن الإرادة ووجد القاضي نفسه مضطرا لبحث مسألة جواز نقل التعبير عن الإرادة بهذه الوسيلة في ظل انعدام نص خاص صريح فيكون الحل العادل بعيد المنال ولأصبح القانون عائقا أمام استخدام التكنولوجيا لأغراض تعاقدية يبيحها القانون أصلا، ولذلك وجب التصدي لهذه المسائل كما فعل المشرع الفرنسي بإضافة نص إلى التقنين المدني أو أفراد تشريع خاص مستقل.

المطلب الثاني

التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني

إذا كان معروفا أن العقد يبرم دائما بين شخصين من أشخاص القانون، فإن استخدام وسائل الاتصال الإلكتروني في التعاقد قد أظهر بعض العقود والمعاملات التي تتم دون تدخل الشخص الطبيعي في إنشائه، إذ يتم حاليا وبشكل سريع ومتزايد استخدام ما يسمى بالوسيط أو الوكيل الإلكتروني في إبرام العقد.

ووفقا لهذا النظام تتم برمجة جهاز حاسوب ليبرم عقدا مع إنسان أو مع حاسوب آخر بطريقة تلقائية للتعبير عن الإرادة في بيئة التجارة الإلكترونية، وهذا ما يعني أن الإيجاب والقبول يحدثان بصورة آلية اعتمادا على عناصر ومعلومات مبرمجة سلفا بين أجهزة الحاسوب المرتبطة بشبكة الانترنت.

ونظرا لشيوع استخدام هذه الطريقة في إبرام العقود فإن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية أولتها جانبا من الاهتمام كبيرا، لاسيما بالمسائل القانونية التي أثارها التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني، خاصة إذا علمنا أن التقنين المدني عند

تنظيمه للعقد لم يتطرق لأحكام خاصة بهذا الشكل من التعاقد وهي برمجة آلة لنقل الإرادة.

ومن المسائل التي يثيرها التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني بيان المقصود به وتعريفه، وصلاحيته للتعبير عن الإرادة وصحة العقود الإلكترونية المبرمة من خلاله، وصحة تسميته بالوسيط أو الوكيل الإلكتروني، ومدى انطباق أحكام الوكالة عليه. وبهدف الوقوف على تلك المسائل نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتولى في الأول منهما توضيح مفهوم الوسيط الإلكتروني باستعراض التعريفات الفقهية، والتشريعية له لنخصص الثاني منهما لمسألة مشروعية التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني في فقه التقنين المدني وتشريعه وفي ظل القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية.

الفرع الأول

مفهوم الوسيط الإلكتروني

يقصد بالوسيط الإلكتروني عموماً وضع أجهزة إلكترونية تمت برمجتها وإعدادها لكي تتولى إبرام العقود الإلكترونية تلقائياً دون الحاجة إلى تدخل مباشر من الطرفين المتعاقدين أو من أحدهما⁽¹⁾.

ولم يتضمن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسترال تعريفاً واضحاً ودقيقاً للوسيط الإلكتروني رغم أن نصوصه تستوعبه كطريقة للتعبير عن الإرادة حيث جاء في الفقرة 2 من المادة 13 منه مايلي: " في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت : أ - من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة بيانات. ب - من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً"⁽²⁾.

كما جاء بمشروع الأونسترال للاتفاقية الخاصة بالعقود الدولية المبرمة برسائل بيانات إلكترونية في المادة 5 منه أنه يقصد بمصطلح وكيل إلكتروني " برنامج حاسوبي أو وسيلة إلكترونية أو وسيلة أخرى تستخدم للبدء في عمل أول استجابة كلياً أو جزئياً

¹ - أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص124، فؤاد العلواني وعبد جمعة موسى الربيعي، المرجع السابق، ص68.

² - وائل بندق، المرجع السابق، ص17.

لوسائل بيانات دون مراجعة أوتدخل من شخص طبيعي في كل مرة يبدأ فيها النظام عملاً أويقدم استجابة"⁽¹⁾.

وعرف القانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية في المادة 2 فقرة 6 منه الوسيط الإلكتروني بما يلي: "برنامج حاسوبي أو إلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى أعد لكي يبدأ عملاً أو الرد على تسجيلات إلكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون العدول إلى الشخص الطبيعي" وهذا نفس التعريف الذي تبناه قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية في المادة 19 منه⁽²⁾.

وعلى صعيد التشريعات العربية، نصت المادة 14 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على ما يلي: "تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ، سواء صدرت عنه ولحسابه أو بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل أتوماتيكياً بواسطة المنشئ، أو بالنيابة عنه"⁽³⁾.

كما عرفت المادة الثانية فقرة 11 منه الوسيط الإلكتروني بأنه: "برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسليم رسالة معلومات دون تدخل شخصي"⁽⁴⁾.

أما قانون مملكة البحرين الخاص بالتجارة الإلكترونية الصادر سنة 2002 فقد عرفت المادة الأولى منه الوسيط الإلكتروني مستخدمة لفظ وكيل إلكتروني بأنه: "برنامج حاسب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم لإجراء تصرف ما، أو للاستجابة لسجلات أو تصرفات إلكترونية - كلياً أو جزئياً - بدون مراجعة أوتدخل من أي فرد في وقت التصرف أو الاستجابة له"⁽⁵⁾.

1 - د/ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 76.

2 - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 158.

3 - يلاحظ بأن هذا النص قد سوى من حيث القيمة القانونية والأثر بين صدور الإرادة عن المنشئ وصدورها عن الوسيط.

4 - وهي تطابق المادة الثانية من القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

5 - تأثر قانون مملكة البحرين للتجارة الإلكترونية الصادر سنة 2002 بالقانون الأردني في معظم نصوصه، لكنه لم يبين لماذا استخدم لفظ الوكيل الإلكتروني الذي أثار الالتباس حول مدى انطباق أحكام الوكالة عليه.

ورغم الاختلاف البسيط في الصياغة بين هذا النص ومثيله في القانون الأردني فإنه يلاحظ بأنهما يتفقان من حيث المضمون، ولكن القانون البحريني استخدم لفظ وكيل إلكتروني بدلا من مصطلح وسيط إلكتروني، واستعمال لفظ وكيل إلكتروني أدى إلى اختلاف الفقه حول جواز استخدام هذا اللفظ ومشروعيته ضمن القواعد العامة وهو ما أثار تناقض المواقف التي نعالجها حين التطرق لمشروعية التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني.

وفي قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية نصت المادة الثانية منه المخصصة للتعريفات على تعريف الوسيط الإلكتروني حيث جاء فيها:

الوسيط الإلكتروني المؤتمت برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أويستجيب للتصرف بشكل مستقل، كلياً أو جزئياً، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له"

ويلاحظ بداية أن المشرع في إمارة دبي استعمل لفظ "وسيط إلكتروني مؤتمت" هذا اللفظ الذي يبدو أنه مشتق لغوي معرب من اللفظ الفرنسي automatique والإنكليزي automatic، وتتراوح الترجمة اللفظية لهذين المصطلحين بين ثلاثة مرادفات عربية هي ذاتي أوتلقائي أو آلي، وقد كان الأخرى بالمشرع استخدام أحد تلك الألفاظ للدلالة على المقصود وهو أن التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني يتم دون تدخل بشري فلفظ مؤتمت هو لفظ غريب عن العربية وغريب عن الألفاظ القانونية فضلا عن أنه يثير الالتباس حول المقصود منه⁽¹⁾.

هذا ولم يتضمن القانون التونسي للمبادلات الإلكترونية ولا مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت ولا لدولة فلسطين أو مصر نصاً يتعلق بالوسيط الإلكتروني، غير أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المقترح في لبنان ولم تتم المصادقة عليه بعد، جاء فيه عرض للتعريفات وفي الفقرة 43 من المادة الثانية ورد تعريف للوسيط الإلكتروني بأنه "برنامج معلوماتي يعمل بشكل أوتوماتيكي للقيام بعملية أو لإجراء عملية إلكترونية بشكل

¹ - راجع في انتقاد استخدام لفظ مؤتمت في قانون إمارة دبي: د/أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 171، 172.

جزئي أو كلي دون تدخل أو متابعة أو إشراف من أي شخص في الوقت الذي يتم فيه العمل".

كما أن الفقرة 41 من نفس المادة من المشروع عرفت المعاملات الإلكترونية المؤتمتة بأنها معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية من خلال شبكة الانترنت والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي، كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات⁽¹⁾.

ويتضح من خلال النصوص والتعريفات السابقة للوسيط الإلكتروني، أن التعاقد عن طريقه يتم من خلال إعداد وبرمجة أجهزة أو أية وسائل إلكترونية لكي تتولى إبرام العقود تلقائياً بمجرد الاتصال بها دون الحاجة إلى تدخل بشري مباشر في العملية التعاقدية من جانب الطرفين أو من أحدهما⁽²⁾.

وبما أن التشريعات التي تمت الإشارة إليها قد سوت بين صدور التعبير عن الإرادة عن شخص طبيعي وبين صدورها عن جهاز تمت برمجته مسبقاً فإنه يمكن القول أن العقد يتم بمجرد تبادل التعبير عبر الوسيط الإلكتروني، حيث يقوم الشخص الطبيعي أصالة عن نفسه أو نيابة عن شخص معنوي ببرمجة جهاز معين للرد بطريقة معينة ليقوم الجهاز بإرسال معلومات أو استلامها حسب البرمجة⁽³⁾.

ويلاحظ أن الوسيط الإلكتروني لا يفاوض ولا يحاور الطرف الآخر سواء أكان جهازاً أم شخصاً طبيعياً، لأنه لا يخرج عما تمت برمجته عليه.

ويمكن أن نتصور أن يتم استخدام الوسيط الإلكتروني في إنشاء العقود في كل مراحلها أو في مرحلة واحدة فقط ليتولى الشخص الطبيعي إتمامها، فمن الممكن أن يتم العقد بين إنسان عادي وجهاز يسمى الوسيط الإلكتروني مبرمج من طرف شخص آخر

¹ - راجع في ذلك: محمد خالد جمال رستم، المرجع السابق، ص 94؛ د/الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 463.

² - أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 61.

³ - د/فيصل محمد كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 369.

حسب تعليمات لا يخرج عنها، كما يمكن أن يتم العقد بين جهازين كل منهما وسيط تمت برمجته من طرف شخص معين، وفي هذه الحالة يجب أن يكون هناك اتفاق مسبق بين الطرفين على استخدام الجهاز في إنشاء العقد⁽¹⁾.

وقد تزايدت أهمية الالتفات التشريعي إلى تنظيم وتقنين استخدام هذه التقنية في إبرام العقود بتزايد وشيوع وتطور وسائل الاتصال وإمكانية استخدامها في إبرام العقود وقد أتاحت الاستغناء عن العنصر البشري في إبرام العقد، وذلك أن الوسيط الإلكتروني قد يكفي لإجراء المعاملات وإبرام العقود وتحركه بسهولة وبسرعة.

وإذا كان الوسيط الإلكتروني يقوم مقام الشخص في إبرام العقود فإن التساؤل الذي يثار هو حول مشروعية استخدام هذه الوسيلة في إبرام العقد في ظل التشريعات التي اعتنقت هذه الوسيلة وعلى أي أساس قانوني استندت تلك التشريعات في اعتماد نصوص تجيز استخدام هذه الوسيلة في إبرام العقد وهذا ما نتعرض له في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

مشروعية التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني

إذا كان الوسيط الإلكتروني مجرد وسيلة لنقل إرادة المتعاقد إلى المتعاقد الآخر فإنه لا يخرج بهذا المعنى، عن القاعدة العامة التي لا تشترط ولا تفرض وسيلة معينة للتعبير عن الإرادة، بل تجيز التعبير عنها بأية وسيلة لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالتها على الرغبة في الدخول في رابطة عقدية⁽²⁾.

وإذا كان الوسيط الإلكتروني مجرد آلة تتم برمجتها لنقل الإرادة، فإنه بهذا المعنى لا يكون غريباً عن الوسط القانوني، وذلك أن التطور التكنولوجي قد أتاح استخدام بعض الآلات لبيع بعض المواد أو تقديم الخدمات، كذلك الموجودة في المطارات والمحلات الكبرى بحيث يحصل المستهلك على السلعة بمجرد إدخال رقم سري أو قطعة نقدية

¹ - POULLET (y), La conclusion du contrat par un agent électronique, cahier du centre de recherches informatique et Droit, Bruylant édition, Bruxelles 2000, p129.

² - وهو ما قضت به المادة 60 من التقنين المدني الجزائري الموافقة، والمطابقة لنص المادة 90 مدني مصري، والمادة 93 مدني سوري، والمادة 93 مدني أردني.

للحصول على فنجان قهوة أو صورة فوتوغرافية أو تذكرة، والعقد في هذه الأحوال يتم بين الشخص المشتري والآلة التي تمت برمجتها ومن هنا ظهرت فكرة الوسيط الإلكتروني القائم على أساس نظام معلوماتي⁽¹⁾.

هذا وقد أجازت معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية صراحة استخدام الوسيط الإلكتروني في نقل الإرادة وإنشاء العقد وذلك بغية توفير المزيد من الثقة واليقين القانوني لدى المتعاقدين عبر هذه التقنية وخاصة عندما يتم العقد بين وسيطين إلكترونيين⁽²⁾.

ومن تلك التشريعات مثلا نجد قانون المبادلات الإلكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية حيث نصت المادة 14 فقرة 01 منه على إمكانية استخدام الوسيط الإلكتروني في تكوين العقد إذ جاء فيها: "عمليات الوكلاء الإلكترونيين التي تتمشى مع وجود عقد أو تكشف عن اتفاق يمكن أن تكون عقدا حتى لو لم يتدخل عنصر بشري في إتمام المعاملات أو مراجعتها"⁽³⁾.

كما نصت المادة 2/1369 من التقنين المدني الفرنسي على أن المعلومات المطلوبة لإبرام عقد معين أو التي تعالج خلال تنفيذه يمكن أن ترسل بالبريد الإلكتروني إذا قام المستقبل بقبول استخدام هذه الوسيلة⁽⁴⁾.

وقد أجاز أيضا قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية التعاقد بواسطة الوكيل الإلكتروني حيث نصت المادة 14 فقرة 1 على أنه: "يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم العقد صحيحا وناظرا ومنتجا آثاره القانونية على الرغم من

1 - أمانح رحيم أحمد، الرسالة السابقة، ص 128.

2 - د/عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 178.

3 - في إيراد هذه النص والتعليق عليه، راجع، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 161.

4 - عدل هذه النص بموجب 575 لسنة 2004 لمسايرة الطبيعة القانونية ومظاهر الخصوصية في العقود الإلكترونية

لمزيد من التفاصيل راجع : Moreau (N), La formation du contrat électronique these p.c.page.58

عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة⁽¹⁾.

وعلى نفس النهج في إجازة استخدام الوسيط الإلكتروني في إبرام العقد سار المشرع في مملكة البحرين إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 12 من قانون المملكة الخاص بالمعاملات الإلكترونية على ما يلي : "يجوز أن يتم إبرام العقود بين فرد ووكيل إلكتروني، كما يجوز أن يتم ذلك بين وكلاء إلكترونيين".

وقد تضمنت المادة 15 فقرة ب من القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006 نفس المضمون في جواز التعاقد بواسطة وسيط أو وكيل إلكتروني بحيث يتم التعاقد دون أي تدخل بشري في عملية التعاقد

أما المشرع في الأردن فلم يفرد نصا خاصا بإجازة استخدام الوسيط الإلكتروني في التعاقد وإنما خصص المادة 14 من قانون المبادلات الإلكترونية لبيان أن رسالة البيانات تعتبر صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه أو لحسابه أو بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل أوتوماتيكيا بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه⁽²⁾.

ويلاحظ بأن المشرع الأردني في هذه النقطة قد ذهب بالاتجاه الذي أخذ به قانون الأونيسترال النموذجي فيما يتعلق بصلاحيه الوسيط الإلكتروني في التعبير عن الإرادة حيث لم يورد هذا الأخير أيضا نصا صريحا يقضي بصلاحيه الوسيط الإلكتروني للتعبير عن الإرادة وإنما أكد على ذلك عندما سوى بين صدور رسالة البيانات عن المنشئ نفسه وبين صدورها عن وسيط إلكتروني⁽³⁾.

¹ - تطابق هذه الفقرة من هذا النص الفقرة الأولى من المادة 12 من القانون الاتحادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 الصادر في 2006/02/23؛ د/ عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق ص 234 هامش رقم 01

² - راجع في ذلك: د/عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 180.

³ - نصت الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون الأونيسترال النموذجي على ما يلي : "في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه: تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة من المنشئ إذا أرسلت : ب: من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا".

ورغم الاتفاق الذي ساد التشريعات المختلفة بشأن إجازة التعبير عن إرادة الأطراف عن طريق الوسيط الإلكتروني، فإنه يلاحظ الاختلاف في وجهات نظر الفقهاء حيث تعددت المحاولات الفقهية الرامية إلى تسويق استخدام الوسيط الإلكتروني وتأصيل ذلك برده إلى القواعد العامة، ونعرض فيما يلي لكل رأي وناقشه:

أولاً- حاول بعض الفقهاء إضفاء الشخصية القانونية على الحاسوب عندما تتم برمجته لإرسال أو استلام رسالة بيانات، حيث رأى هذا الجانب من الفقه أنه يمكن إبرام العقد عن طريق أشخاص طبيعية أو قانونية ويجوز إسباغ الشخصية القانونية على الحاسوب لأن الشخصية القانونية لا ترتبط بالإنسان⁽¹⁾.

وبرر هذا الجانب من الفقه موقفه بالحقيقة الاجتماعية، ومضمون هذه الحجة أن أي شخص قانوني غير طبيعي قبل أن يمنحه القانون الشخصية القانونية يجب أن يصبح حقيقة اجتماعية، بمعنى أن يتعامل معه الأشخاص القانونيون على أنه وحدة اجتماعية مستقلة، ويظهر ذلك جليا في الشركات والجمعيات، فنحن نتعامل مع الشركة على أنها شخص، وكيان مستقل عن الشركاء المكونين لها، وبالنظر إلى الحاسوب فإن الشخص الطبيعي يتعامل معه بصفة مستقلة، بغض النظر عن الشخص الذي قام ببرمجته، فعندما يلعب شخص طبيعي لعبة الشطرنج مع جهاز الحاسوب فإنه لا يضع في اعتباره الشخص الذي قام ببرمجته وهذا يدل على أننا ننظر إلى الحاسوب على أنه وحدة اجتماعية مستقلة⁽²⁾.

وكذلك الأمر عندما يصدر عن الحاسوب إنشاء أو إرسال أو تخزين رسالة بيانات بغرض إنشاء عقد أو تصرف قانوني، فإنه يجب أن ينظر إليها على أنها صادرة عن الحاسوب دون الشخص الطبيعي مالك هذا البرنامج أو صاحب الموقع⁽³⁾.

¹ - في عرض هذا الرأي راجع، د/محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2004، ص 74.

² - د/سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 93.

³ - د/عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 237.

وقد تعرض هذا الرأي لانتقادات كثيرة منها أن أية شخصية قانونية يجب أن تمتلك ذمة مالية التي هي نتيجة حتمية لاكتساب الشخصية القانونية، ومن الواضح أن الوسيط الإلكتروني أو برنامج الحاسوب أو الوسيط الإلكتروني لا يملك الذمة المالية، ثم إن الاعتراف بالشخصية القانونية لبرنامج الحاسوب أو الوسيط الإلكتروني، يؤدي إلى مسؤوليته في حالة الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد وهو ما لا يمكن تصوره بصفة مستقلة للحاسوب⁽¹⁾.

والخلاصة أن هذا الرأي يتنافى مع الثوابت القانونية ومنطق الشخصية القانونية لذلك فهو لا يصلح أساساً لتبرير إجازة التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني.

ثانياً- ظهر اتجاه فقهي آخر يرى أن الشخص الطبيعي عندما يقوم ببرمجة جهاز الحاسوب ليتولى إرسال أو إنشاء أو تخزين رسالة بيانات فإنه يخول للبرنامج أو الجهاز سلطة محددة لنقل التعبير عن الإرادة أو إبرام العقد، مما يمكن معه اعتبار الجهاز وكيلاً أو نائباً عن الشخص في إبرام العقد، لذلك تطبق قواعد الوكالة على عملية البرمجة، ثم أن المشرع عندما نص على عقد الوكالة أو النيابة في التعاقد لم يحصر الوكيل في الشخص الطبيعي فمن الممكن أن يكون الجهاز أو البرنامج بمثابة الوكيل⁽²⁾ غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد من عدة وجوه أهمها :

أن الوكالة عقد ويجب أن يقبل الوكيل الوكالة، وحيث أن الحاسوب لا يتمتع بالشخصية القانونية ولا يملك الأهلية فإنه لا يمكن الاعتراف بأنه وكيل، كما أنه من شروط تحقق النيابة في التعاقد حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل، أي أن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل والواقع أن الوسيط الإلكتروني لا يملك إرادة أصلاً⁽³⁾.

يضاف إلى ذلك أن النائب إذا جاوز حدود النيابة فإن آثار العقد لا تنصرف إلى الأصيل حقوقاً كانت أو التزامات، وإذا كان ممكناً تصور حدوث خلل في الحاسوب

¹ - POULLET (Y), la conclusion du contrat par un agent électronique, op.cit.p.138

² - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 131.

³ - POULLET (Y), o.p cit. p 139

أو الوسيط الإلكتروني يؤدي إلى تجاوز حدود النيابة فإنه لا يمكن تصور العدول على الوسيط وتحمله نتائج التصرف وحده (1).

وبما أن المشرع الأردني وقانون مملكة البحرين قد استعملا لفظ النيابة ووكيل إلكتروني للدلالة على الوسيط الإلكتروني، فإن هذا الاستعمال قد يوحي بأنهما اعتقيا الرأي القائل بأن الوسيط الإلكتروني هو بمثابة الوكيل بل ويمكن تطبيق أحكام الوكالة عليه.

ويرى بعض الفقه أنه رغم إمكانية القول بأن المشرع الأردني والبحريني لم يقصد ذلك صراحة فإنهما قد اعتمدا في وقت مبكر تكييفاً مبدئياً لهذه الوسيلة بأنها شكل من أشكال الوكالة أو النيابة في التعاقد، وهو ما يفتح الباب واسعاً أمام القضاء في هاتين الدولتين للبحث في مدى اتفاق هذا التكييف مع القواعد العامة في الوكالة بصفة خاصة والنيابة في التعاقد عموماً.

وبالرجوع إلى أن المشرع في الأردن والبحرين قد عرفا الوسيط الإلكتروني بأنه برنامج أو وسيلة إلكترونية تستخدم لإجراء تصرف ما بدون مراجعة أو تدخل من الشخص الطبيعي فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال نسبة الإرادة لهذه الوسيلة الإلكترونية (2).

ثالثاً - أدى قصور حجج الفريقين إلى ظهور اتجاه ثالث يرى أن الحاسوب الذي تمت برمجته من قبل الشخص الطبيعي لنقل الإرادة ما هو إلا وسيلة أو أداة يستخدمها الشخص للتعبير عن إرادته، ولا توجد أية إرادة خاصة مستقلة للجهاز الذي لا يعدو أن يكون وسيلة حديثة في التعاقد مثل الفاكس والهاتف (3).

وقد استند هذا الرأي إلى قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، حيث أنه تعامل مع برنامج الحاسوب على أنه مجرد أداة، في يد المتعاقد ويظهر ذلك في موضعين:

1 - د/محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 77.

2 - في انتقاد استخدام لفظ وكيل إلكتروني ونائب إلكتروني في التشريع الأردني والبحريني راجع: د/أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 172.

3 - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 77.

الأول من خلال البند ب من الفقرة الثانية من المادة 12 منه التي جاء فيها : 'في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه : تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:

ب- من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً.

ومن الواضح أنه هذه الفقرة قد أسندت رسالة البيانات إلى الشخص الذي قام ببرمجة الجهاز.

والثاني ورد في الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال في الفقرة 35 الخاصة بالتعليق على المادة 2 فقرة ج المتعلقة بالمنشئ، ما يلي : " في معظم النظم القانونية يستخدم مفهوم الشخصي للإشارة إلى أصحاب الحقوق والالتزامات، وينبغي تفسيره على أنه يشمل كلا من الأشخاص الطبيعيين، والهيئات الاعتبارية أو الكيانات القانونية الأخرى، أما رسائل البيانات التي تنشئها الحواسيب تلقائياً دون تدخل بشري مباشر، فيقصد أن تكون مشمولة بالفقرة الفرعية ج، ولكن لا ينبغي إساءة تفسير القانون النموذجي على أنه يتيح المجال لجعل الحاسوب صاحب حقوق والتزامات وينبغي اعتبار رسائل البيانات التي تنشئها الحواسيب تلقائياً دون تدخل بشري مباشر ناشئة عن الكيان القانوني الذي شغل الحاسوب نيابة عنه" (1).

وهذا الرأي في نظرنا، هو الأقرب إلى المنطق القانوني السليم فهو لا يتصادم مع القواعد العامة كما أنه يتكامل مع استخدام أجهزة ووسائل أخرى في إبرام العقد كالهاتف والفاكس.

ورغم سلامة هذا الرأي ومنطقيته فإنه لم يسلم من بعض الانتقادات، فهولم يأخذ بعين الاعتبار الصفات والمميزات الخاصة لبرنامج الحاسوب التي تقوم بالتعاقد فهذا الأخير يختلف عن الوسائل الأخرى المستخدمة في التعاقد كالهاتف والفاكس، فبرنامج الحاسوب لا يكون تحت السيطرة الكاملة لمن قام ببرمجته بخلاف الهاتف والفاكس، كما أن القول بأن الوسيط الإلكتروني أو البرنامج هو مجرد أداة في يد الشخص يؤدي إلى القول

¹ - راجع الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال، المرجع السابق، ص 48 فقرة 35.

بأن هذا الشخص الذي قام ببرمجة الحاسوب لحسابه مسؤول عن أي تعاقد يتم مع البرنامج حتى ولو وجد خلل في البرنامج أدى إلى إبرام عقد خارج النطاق الذي أراده الشخص وبالتالي يكون هذا الشخص مسؤولاً عن عقد لم يرتضه (1).

وقد رد أنصار هذا الرأي على تلك الانتقادات بالقول أنه وإن كان الشخص الذي قام ببرمجة الوسيط لحسابه ملتزماً بالعقد، فإن البرنامج يحتوي على آليات لتصحيح الأخطاء، وعلى نظام يسمح بكشف الأخطاء (2).

وقد تفتن التوجيه الأوروبي الصادر في 08 جوان 2000 بشأن التجارة الإلكترونية إلى احتمال وجود أخطاء في التعاقد مع الوسيط الإلكتروني، فألزم الأشخاص الذين يعرضون سلعا أو خدمات من خلال أنظمة الحاسوب المبرمجة بأن يوفروا وسائل لتصحيح الأخطاء المادية، وهوما نصت عليه المادة 11 في فقرتها الثانية من التوجيه، ومن المتصور أن تزود الأجيال المتطورة من أجهزة الحاسوب عند إنشائها بالقدرة على العمل بشكل مستقل يقلل من حدوث الخطأ في نقل الإرادة (3).

¹ - عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق 239؛ محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 78.

² - Yves Poulet, la conclusion du contrat par un agent électronique, op. cit. p 140.

³ - د/فيصل كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 371.

الباب الثاني

إبرام العقد الإلكتروني

طبقا لما هو مقرر في القواعد العامة لنظرية العقد، فإن أي عقد يعتبر مبرما متى تبادل طرفاه التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية، وانطباق هذه القاعدة على العقد الإلكتروني يؤدي إلى القول بأن وسائل الاتصال الحديثة ليست وسائل جديدة للتعبير عن الإرادة وإنما هي وسائل حديثة لنقل الإرادة، ذلك أن وسائل التعبير عن الإرادة كانت ولا تزال اللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفا غير أن استخدام الوسائل الإلكترونية في نقل التعبير عن الإرادة قد أنتج أنماطا جديدة خرجت عما هو مألوف ضمن المنظومة التعاقدية فالعقود الإلكترونية رغم أنها عقود إذعان على الرأي الغالب، فإنها لا تيرم دائما بطريقة الإذعان، ولكن تسبقها مرحلة تفاوض على إبرام العقد، ثم تأتي مرحلة التعاقد لتضع كيانا جديدا يضاف إلى ما هو معروف من قواعد في نظرية العقد.

وإذا كانت خصوصية العقد الإلكتروني تكاد تنحصر في الطريقة التي يبرم بها فإن هذه الخصوصية ستلقى بظلالها على التعبير عن الإرادة في هذا العقد كما أنها ستجعل بالضرورة أحد الطرفين في حاجة إلى حماية تشريعية حتى يكون رضائه في إطار من الحماية القانونية.

وعليه فإننا نقسم هذا الباب إلى فصلين، نتناول في الأول منها التراضي في العقد الإلكتروني لنعالج في الثاني وسائل حماية التراضي في هذا العقد.

الفصل الأول

التراضي في العقد الإلكتروني

لا يكون العقد عموماً والعقد الإلكتروني خاصة، في صورته البسيطة التي تفترض وجود طرفين يعبر كل منها عن إرادته بوسيلة عادية أو إلكترونية فيتم العقد، فقد ظهر نتيجة التقدم العلمي والتطور الاقتصادي العقود ذات الأهمية الكبرى في حياة الأفراد والمجتمعات والتي لا تبدأ بمرحلة الانعقاد دائماً بل تسبقها مرحلة التفاوض والتي غالباً ما يلجأ الأطراف المقبلون على العقد لتنظيمها بغرض تحديد حقوق وواجبات كل طرف.

ومرحلة التفاوض في العقد الإلكتروني، لا تنفي عنه صفته كعقد إذعان في معظم الأحيان، فطريقة انعقاد العقد قد تجعله عقد إذعان إذا توافرت شروط الإذعان، ولكن إذا اشترط أحد الطرفين أو كلاهما اللجوء إلى التفاوض قبل الدخول في الرابطة العقدية فإن القانون لن يمنع ذلك.

وإذا ما تمت مرحلة التفاوض بنجاح فإن الأطراف سينتقلون إلى مرحلة التعاقد وما تحتويه من خصوصية في العقد الإلكتروني.

وسنعالج في هذا الفصل مرحلة التفاوض الإلكتروني باعتبارها مرحلة تسبق انعقاد العقد الإلكتروني ليس في كل الحالات وإنما في الأعم الغالب منها في المبحث الأول لنعالج في المبحث الثاني مرحلة التعاقد.

المبحث الأول

مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني

كثيراً ما يمر العقد قبل انعقاده بمراحل قانونية أو مادية أهمها إجراء مفاوضات بهدف تسوية الخلافات والوصول إلى إبرام العقد على نحو يرضيه جميع أطرافه.

ورغم أن مرحلة التفاوض لا تدخل ضمن مراحل انعقاد العقد، فإنها تمثل أهمية كبيرة في مجال تفسير العقد، والكشف عن نية طرفيه في حال قيام النزاع، وفي مجال

التعاقد الإلكتروني يعتبر التفاوض ذا أهمية خاصة كونه يحدد الأمور التي يدور التراضي حولها، حتى أن بعض الفقه يرى أن التفاوض هو عبارة عن عقد مستقل عن العقد المراد إبرامه.

وعلى هذا يكون لإرادة الطرفين دور هام في تنظيم التفاوض الإلكتروني، حيث يقوم أطراف العقد عادة بتحديد العناصر التي يتم التفاوض بشأنها بغرض الوصول إلى تكوين عقد مستقر خال من النزاع.

وسواء أكان التفاوض مرحلة مادية تسبق العقد أو عقداً مستقلاً عن العقد المراد إبرامه، فإنه متى تم اللجوء إلى التفاوض فإنه ينبغي تنظيمه وتحديد المسؤولية عن الإخلال به.

وبغرض بيان مفهوم التفاوض كمرحلة من مراحل الإعداد والتحضير لإبرام العقد الإلكتروني، فإننا نعالج في هذا المبحث مفهوم المفاوضات في العقد الإلكتروني وبيان أهميتها في الإعداد لإبرام هذا العقد، وهو ما نخصص له المطلب الأول، لنتولى في المطلب الثاني بحث مسألة تنظيم التفاوض في العقد الإلكتروني والمسؤولية الناجمة عنه.

المطلب الأول

مفهوم المفاوضات وبيان أهميتها

من المعلوم أن مبدأ حرية التعاقد يقوم على عنصرين أساسيين، يتمثل الأول منهما في حرية المتعاقد في أن يختار من يتعاقد معه وتحديد مضمون العقد، ويتمثل الثاني في حرية أطراف العقد في التفاوض بهدف تحقيق مصالحهم⁽¹⁾.

وإذا كان التفاوض يتم في العقود التقليدية شفاهة عن طريق الاتصال المباشر بين طرفي العقد، فإن المفاوضات في العقد الإلكتروني تتم بذات الوسيلة التي يتم بها إبرام العقد أي عن طريق وسائل الاتصال الفوري كالتبادل الإلكتروني للبيانات، وتبادل الرسائل

¹ - د/عباس العبودي، المرجع السابق، ص 83.

الإلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني، أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة ولذلك تسمى المفاوضات الإلكترونية.

ونحاول في هذا المطلب التطرق إلى مفهوم المفاوضات في العقد الإلكتروني في الفرع الأول لنتولى في الفرع الثاني بيان أهمية المفاوضات في العقد الإلكتروني.

الفرع الأول

مفهوم المفاوضات في العقد الإلكتروني

المفاوضة لغة هي المساومة والمشاركة، وتفاوض الرجلان في المال إذا اشتركا فيه والتفاوض مشتق من الفعل فوّض، يقال فوّض إليه الأمر أي صيره إليه، وفأوضه في الأمر أي جراه، وتفاوض القوم في الأمر أي شارك بعضهم بعضا فيه⁽¹⁾.

ومن الناحية الاصطلاحية تعددت تعريفات المفاوضات ومنها أن التفاوض هو التفاوض والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما⁽²⁾.

وعرفه آخرون بأنه تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية بين طرفين ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه⁽³⁾.

ويرى آخرون أن التفاوض هو حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة، بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل⁽⁴⁾.

¹ - محمد بن مكرم جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، 1992، ص 170.

² - د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 69.

³ - راجع في ذلك: د/خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 209.

⁴ - بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 90.

وأهم ما يميز مرحلة التفاوض هو عنصر الاحتمال، حيث أنه من غير المؤكد بالنسبة للطرفين أن تلك المفاوضات تؤدي إلى اتفاق، فهذه المفاوضات إما أن تسفر عن إبرام العقد، وبالتالي انتهاء الفترة ما قبل التعاقدية، وإما أن تصل المفاوضات إلى طريق مسدود وبالتالي الانصراف عن الاستمرار فيها كما تتميز المفاوضات بأنها مرحلة تحضيرية تسبق الإيجاب فليس فيها مجرد عروض⁽¹⁾.

والتفاوض على العقد ثنائي الجانب، أي أنه يتم من طرفين فأكثر بالمناقشة والحوار كما أنه تصرف إرادي، فلا تحدث عملية التفاوض إلا عندما تتجه إرادة الأطراف إلى الدخول في المفاوضات بهدف إبرام عقد معين، وتظل هذه الإرادة حرة طيلة مرحلة التفاوض، فلكل طرف الحرية الكاملة في الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها أو الانسحاب منها متى يشاء وهذا تأسيساً على مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد⁽²⁾.

ويقوم التفاوض على العقد على صفة تبادلية، حيث يتعاون الطرفان على التقريب في وجهات النظر المختلفة وتبادل العروض والمقترحات، إذ يقوم كل طرف بتعديل الشروط والمطالب التي يقدمها حتى يتم التوصل إلى تحقيق نوع من التوازن بين مصالح الطرفين فلولم يكن هناك مجال للنقاش أو التنازل فليس هناك أية عملية تفاوض⁽³⁾.

ويتم التفاوض باتفاق أطراف العقد المزمع إبرامه، سواء باتفاق صريح أو ضمني فالمفاوضات لا تحدث بصورة عفوية وإنما نتيجة تراض على إجراءاتها.

والتفاوض على العقد مرحلة تمهد لإبرامه، فالغرض من الدخول في المفاوضات هو الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي، وإذا كان التفاوض لا يلزم الطرفين، فإنه يهدف إلى إبرام العقد بعد أن قام الطرفان بالتمهيد لهذا الإبرام عبر التوصل إلى اتفاقيات مرحلية تقود المتفاوضين إلى العقد النهائي⁽⁴⁾.

1 - د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 96.

2 - د/عباس العبودي، المرجع السابق، ص 86.

3 - فؤاد العلواني ود/عبد جمعة موسى الربيعي، المرجع السابق، ص 14.

4 - أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 99.

كما يتميز التفاوض في العقد الإلكتروني أنه يتم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة الفورية التي تترك أثرا ماديا لإثبات التفاوض ويجعل عملية التفاوض تتم بسرعة عالية وتكلفة قليلة، لكن ما يؤخذ عليه أنه لا يسمح بالتعرف الكافي على الطرف الآخر، إضافة إلى مشكلة الاختلاف في اللغة وأنه يفتح الباب واسعا أمام تنازع القوانين⁽¹⁾.

وإذا كنا قد أشرنا فيما سبق إلى أنماط وصور التعاقد الإلكتروني، فإن التفاوض لا يمكن تصوره في كل تلك الأنماط والصور، فبالنسبة لصورة التعاقد من خلال الموقع الإلكتروني، فإنه لا يمكن الحديث عن تفاوض في هذا النوع من التعاقد، وذلك أن الإيجاب الموجود على الموقع يكون سابقا، فهو عبارة عن صفحة من صفحات الموقع تحتوي على كل شروط العقد وفي آخر الصفحة توجد خانة القبول أو الرفض، وبالتالي فإن المتعاقد لا يتاح له إلا أن يقبل التعاقد بهذه الشروط فيضغط على خانة القبول، أو يرفض التعاقد فيخرج من الموقع⁽²⁾.

ونظرا لطبيعة هذه الصورة وشيوعها في إبرام العقود الإلكترونية، فإن بعض الفقه قد رأى أن العقد الإلكتروني يغلب عليه طابع الإذعان وهو ما فصلناه في المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول من هذه الدراسة.

غير أنه من الممكن تصور حدوث مفاوضات بين طرفي العقد في حالة التعاقد بالتفاعل المباشر عبر الشبكة الدولية، إذ من السهل على الطرفين أن يتبادلا العروض والمناقشات بصورة شفوية، فهذه التقنية تتيح لكل منها رؤية الآخر.

وكذلك الأمر بالنسبة للتعاقد من خلال البريد الإلكتروني، فالتفاوض بين طرفي العقد متصور الحدوث باستخدام الرسائل الإلكترونية وهذه الصورة شائعة الاستعمال بين الشركات التجارية⁽³⁾.

¹ - Vincent Gautrais, le contrat électronique international, op.cit, p129.

² - د/سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص134

³ - أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص134، د/عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص139.

وتستمد المفاوضات شرعيتها من مبدأ سلطان الإرادة الذي هونتاج للمذهب الفردي في الالتزام الذي نادى بأن يترك القانون للإرادة الفردية تنظيم المعاملات في المجتمع دون أي تدخل منه، فالإرادة الحرة هي أساس العقد ومنها يستمد قوته الملزمة⁽¹⁾ وقد ترتب على اعتناق مبدأ سلطان الإرادة ما مؤداه أن كل شيء قابل للتفاوض بمعنى أن كل عقد قابل للتفاوض من جانب الطرفين.

وحرية التفاوض كقاعدة عامة لها بعض الاستثناء في أصناف محددة من العقود، هذه الحرية لا تقتصر فقط على تحديد متى يتم الدخول في المفاوضات ومع من يجري التفاوض بهدف إبرام العقد بل تمتد تك الحرية إلى تحديد كيفية بذل الجهود ومدى استمرارها وليس هناك شرط يمكن فرضه دون تفاوض⁽²⁾.

وإذا كان هناك إجبار قانوني على التعاقد في بعض العقود كالعقود المفروضة أو الموجهة فإنه لا يمكن أن يكون هناك إجبار على التفاوض لأنه يقوم أساسا على التعاون وحسن النية وهوما لا يتصور في حالة الإجبار والإكراه وهذا ما يبدوجليا في مجال المعاملات الإلكترونية حيث تتسم بالطابع الإرادي الحر⁽³⁾.

الفرع الثاني

أهمية المفاوضات في العقد الإلكتروني

رغم شيوع اللجوء في التفاوض قبل إبرام العقود، خاصة العقود ذات الأهمية الكبرى كتلك المبرمة بين الشركات أو التي يكون محلها ذا قيمة مالية ضخمة فإن أغلب التشريعات المدنية لم تول لها اهتماما ولم تورد أي نص ينظمها ومن التقنيات المدنية التي لم تنظم

¹ - وهذا ما نصت عليه المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي وهي تطابق المادة 106 من التقنين المدني الجزائري التي جاء فيها " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي قررها القانون" وهي تطابق المادة 147 من التقنين المدني المصري والمادة 148 من التقنين المدني السوري.

² - د/خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص212.

³ - د/محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص29.

مرحلة المفاوضات العقدية التقنين المدني الجزائري، والفرنسي والمصري تاركة ذلك للدراسات الفقهية واجتهادات القضاة⁽¹⁾.

وتعد نظرية الفقيه الألماني اهرنج أول دراسة حول التفاوض وأهميته، إذ أنها تقوم على ما سماه هذا الفقيه بالخطأ عند تكوين العقد، ومؤدى هذا أنه إذا أخفق الطرفان في التوصل إلى إبرام عقد معين نتيجة تصلب موقف أحد الطرفين، كان هذا الطرف مسؤولاً مسؤولية عقدية عن عدم التوصل إلى إبرام العقد⁽²⁾.

ورغم ما لهذه الفكرة وما عليها من انتقادات فإنها قد أسهمت إسهاماً كبيراً في بيان الدور الذي تؤديه المفاوضات في بناء العقد.

وإذا كانت المفاوضات تجد أساسها في مبدأ سلطان الإرادة على النحو الذي رأيناه في الفرع السابق، فإن هذا يعني أنه يجب أن تسود الحرية مرحلة المفاوضات ونتيجة لذلك تكون المفاوضات هي المرجع في تفسير العقد والمعبرة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

وفي هذا المعنى نصت المادة 111 فقرة 02 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي "....أما إذا كان هناك محل لتأويل 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 وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات"⁽³⁾.

¹ - وهذا بخلاف موقف بعض التقنينات المدنية التي نظمت التفاوض ومنها التقنين المدني الإيطالي والتقنين المدني اليوناني، وقانون العقد في يوغوسلافيا، وقانون العقود والموجبات اللبناني.

² - راجع في ذلك: د/عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة 1998، الجزء الثاني، ص 622 وما بعدها؛ د/محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني، رسالة دكتوراه، الجزائر، 1986، الجزء الأول، ص 120.

³ - يطابق هذا النص نص المادة 150 فقرة 02 من التقنين المدني المصري والمادة 151 فقرة 02 من التقنين المدني السوري، والمادة 239 فقرة 02 من التقنين المدني الأردني.

وانطلاقاً من هذا النص يرى الفقه أن التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين يمكن أن يتم من خلال دراسة أوضاع وظروف إبرام العقد والمفاوضات السابقة عليه⁽¹⁾.

ولذلك فإن العقد الذي يتمخض عن تلك المفاوضات الحرة يسمى عقد المساومة لأن طرفاه متساوون في حرية التعاقد وسلطان الإرادة سواء عند مناقشة شروط العقد أو عند تحديد مضمونه.

كما تظهر أهمية التفاوض في العقد الإلكتروني عند ما يمتد تنفيذه لفترة زمنية طويلة، حيث تعتبر في هذه النوع من العقود وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي في حالة تغير الظروف الاقتصادية، مما قد يخل بالتوازن العقدي ويجعل تنفيذ العقد مرهقا للمدين، لذلك يحرص الطرفان في هذه الطائفة من العقود على إدراج شرط يلتزم بمقتضاه كل منهما بالتفاوض حول كيفية التغلب على هذه الظروف والصعاب وتذليلها.

ويطلق على هذا الشرط شرط إعادة التفاوض أو شرط إعادة التوازن العقدي، وهو شرط يدرجه الأطراف في العقد ويتفقون على إعادة التفاوض كلما وقعت ظروف تجعل الاستمرار في تنفيذ العقد بشروطه الأولى مرهقا لأحد الطرفين، كارتفاع الأسعار، أو انخفاضها أو تغير الرسوم الجمركية أو صدور قانون جديد يرفع الضرائب أو يمنع الاستيراد أو التصدير⁽²⁾ والهدف الذي يسعى الطرفان إلى تحقيقه من وراء إدراج شرط إعادة التفاوض هو تعديل أحكام العقد بطريق إعادة التفاوض لينسجم مع الظروف الجديدة⁽³⁾.

ومن الممكن أن تتم الإشارة إلى المفاوضات وجعلها ملحقاً للعقد يتم اللجوء إليه لتكملة ما لم يتم النص عليه فيه، كأن يحيل المتعاقدان مثلاً على المفاوضات السابقة

¹ - د/جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، بحث منشور بمجلة الحقوق الكويتية، السنة 20 العدد 1، مارس 1996، ص133 وما بعدها

² - يلاحظ أن التقنيات الحديثة ومنها التقنين المدني الجزائري ينص على نظرية الظروف الطارئة ويجعلها سبباً لوقف تنفيذ العقد من طرف القاضي طبقاً لأحكام المادة 107 من التقنين المدني الجزائري.

³ - د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص66.

لانعقاد العقد فيما يتعلق بالسعر أو محل العقد، وفي هذه الحالة تعد تلك المسائل جزءاً لا يتجزأ من العقد وتكتسب قوة ملزمة منه، بقدر الإشارة إليها فيه⁽¹⁾.

وإذا كان اللجوء إلى المفاوضات وسيلة للتعرف على النية المشتركة للطرفين عند تفسير العقد أمراً غير ملزم للقاضي إذ للمحكمة أن تسترشد بما جاء في المفاوضات لتفسير إرادة الطرفين فهي مسألة واقع يستقل بتقديرها قضاة الموضوع، فإن المحكمة تلتزم بما جاء في المفاوضات إذا ألحقت بالعقد واعتبرت جزءاً منه، ومع ذلك فإنها لا تكتسب هذه القوة الملزمة باعتبارها مفاوضات بل تستمدّها باعتبارها جزءاً من العقد ومن اتفاق الطرفين⁽²⁾.

وتكتسب المفاوضات أهميتها من حيث كونها وسيلة يهدف من خلالها المتفاوضان إلى وضع العقد في صياغة قانونية خاصة، وذلك أن وضع ترتيب قانوني لعقد معين يتطلب دراسة أولية ودقيقة للشروط التي سيجري تنفيذه بموجبها، وبالتالي فإن الصياغة القانونية لحقوق الطرفين والتزاماتهما لا يمكن أن تنقرر نهائياً إلا من خلال مرحلة المفاوضات التي تؤدي إلى إبراز جميع عناصر العقد التي ستظهر في النهاية، وهذه الصياغة مهمة جداً في العقود الإلكترونية التي تحتوي عناصر مختلفة ويساهم في إبرامها أطراف متعددة في دول مختلفة⁽³⁾، كما تعمل المفاوضات على التحديد الدقيق لحقوق والتزامات الطرفين إذ خلالها يتم تعيين النقاط التي يجري التعاقد عليها وتسير عليها علاقتهم القانونية وذلك أن الدخول في أي التزام عقدي بشكل نهائي يتطلب تقدير الأطراف المسبق لنطاق الالتزامات التي يتحملها كل طرف وتقرير الحقوق التي يحصل عليها أيضاً⁽⁴⁾.

وتتجلى أهمية المفاوضات أيضاً في تحديد لغة التعاقد وضبط المصطلحات وتحديد عناصر العقد بشكل دقيق ومدة العقد.

1 - مراد محمود يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص 104، 105.

2 - بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 97؛ د/عباس العبودي، المرجع السابق، ص 91.

3 - د/حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 29؛ د/جمال فاخر النكاس، البحث السابق، ص 169.

4 - أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 99.

كما تلعب المفاوضات دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد، فحسن إدارة المفاوضات يحد من النزاعات في المستقبل فأتثناء التفاوض يتم تجاوز العيوب التي تلحق بالإرادة عن طريق المناقشات والحوار بين الطرفين، كما يتم اختيار القانون واجب التطبيق ووضع القواعد المكملة للعقد⁽¹⁾.

والخلاصة أن نقول أن المفاوضات قد أصبحت ذات أهمية بالغة في العقود الإلكترونية خاصة في العقود المستمرة والمركبة وذات القيمة المالية الكبيرة، حيث قد يستغرق التفاوض على مثل هذه العقود فترات زمنية طويلة مما يجعل العناصر التي تم الاتفاق عليها في مرحلة التفاوض مرتبنا ارتباطا كبيرا بالعقد النهائي⁽²⁾.

ولذلك وجب أن يكون لمفاوضات العقد الإلكتروني اعتبارات قانونية خاصة، حيث أننا رأينا أن بعض الفقه يرى بأنها في كثير من الأحيان تعد جزء لا يتجزأ من العقد النهائي، ويعتبرها شرطا أساسيا لإبرام التعاقد لا مجرد مرحلة سابقة له تخضع للاجتهادات، وينبني على هذا الرأي أنه في حالة انتهاء عملية التفاوض إلى إبرام عقد معين فإنه يجب التأكيد أن المفاوضات التي سبقته تعد مكملة له ومرجعا هاما يؤخذ في الاعتبار في عملية تفسير العقد⁽³⁾.

وإذا كانت التقنيات المدنية العربية قد خلت من أي نص ينظم المفاوضات يمكن الاعتماد عليه للتعرف على موقف المشرع منها. فإن القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية قد خلت هي الأخرى من النص صراحة على المفاوضات كمرحلة تسبق إبرام العقد الإلكتروني مما يترك المجال أمام التأويلات واختلاف وجهات النظر حول دور المفاوضات في تسوية الطريق لإبرام عقد بالطرق الإلكترونية.

¹ - د/حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه الموضوع نفسه؛ فؤاد العلواني ود/عبد جمعة موسى الربيعي، المرجع السابق، ص16.

² - Vincent gantrais, le contrat électronique international, op.cit, page 161.

³ - أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص103، بشار محمود دودين، المرجع السابق/ ص97.

المطلب الثاني

تنظيم التفاوض الإلكتروني

إذا كانت المفاوضات في العقد الإلكتروني تقوم بدور هام في إبرام العقد، فإن أطراف التفاوض قد يلجأون إلى وضع تنظيم اتفاقي للمفاوضات عن طريق إبرام عقد ينظم العملية التفاوضية بغرض تسهيل الوصول إلى إبرام العقد النهائي وتفاديا لتعسف أي طرف في قطع المفاوضات وتحميله المسؤولية عن ذلك.

وبهدف الوصول إلى حقيقة العملية التفاوضية حول ما إذا كانت عقد أم لا، فإننا نتعرض في الفرع الأول من هذا المطلب للتكييف الفقهي والقانوني للتفاوض ثم نتناول في الفرع الثاني آثار التفاوض الإلكتروني وفيه نعرض للالتزامات المفروضة على الطرفين ثم المسؤولية عن الإخلال بتلك الالتزامات.

الفرع الأول

التكييف القانوني للتفاوض الإلكتروني

يميز الفقه الحديث بين صورتين من صور المفاوضات، أولاهما تلك المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض وهي المفاوضات التي تتم دون اتفاق ينظمها وتعتبر مجرد عمل مادي لا يرتب أثرا قانونيا إلا إذا صاحبها خطأ أدى إلى وقوع ضرر⁽¹⁾.

والثانية هي المفاوضات المصحوبة بما يسمى باتفاق التفاوض، ويقصد بها المفاوضات التي تتم بناء على اتفاق صريح بين الطرفين غالبا ما يكون مكتوبا، وتعد المفاوضات في هذه الصورة تصرفا قانونيا لوجود علاقة عقدية بين الطرفين⁽²⁾.

وبناء على هذا التصور فإن اتفاق التفاوض هودائما نوطبيعة عقدية، لأنه بمجرد التراضي حول التفاوض يكون الطرفان قد عقدا فيما بينهما اتفاقا حول التفاوض⁽³⁾.

¹ - مراد يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص109؛ د/جمال فاخر النكاس، البحث السابق ص198.

² - Olivier Iteanu, internet et le droit, op.cit,page 79.

³ - د/محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص46.

ويلاحظ أن الاتفاق على التفاوض لا يلزم الطرفين بإبرام العقد النهائي لأن الالتزام بالتفاوض بناء على عقد التفاوض هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ويتفاوت مضمون الاتفاق على التفاوض من حالة إلى أخرى، فقد يكتفي الأطراف بتقرير الاتفاق على البدء في التفاوض وقد يتم النص على بعض الالتزامات التي تحكم سير المفاوضات، وغالبا ما يتضمن عقد التفاوض شروط تتعلق بتنظيمه مثل الالتزام بعدم الدخول في مفاوضات موازية، والالتزام بالسرية وتحديد مدة معقولة للاستمرار في التفاوض وتحديد نفقات المفاوضات ومن يتحملها وغيرها من المسائل⁽¹⁾.

ولا يختلف عقد التفاوض في تعريفه عن أي عقد آخر فهو تصرف قانوني بين طرفين بهدف ترتيب أثر قانوني معين، وهو لا يتطلب لقيامه وتكوينه سوى توافر الأركان العامة للعقود وهي التراضي والمحل والسبب، كما أنه يعد من العقود غير المسماة فهو من العقود الحديثة نسبيا⁽²⁾.

وقد عرف بعض الفقه اتفاق التفاوض بأنه عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالسعي من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده⁽³⁾.

وذهب البعض إلى تعريفه بأنه عقد يتعهد طرفاه ببدء التفاوض أو متابعته أو تنظيم سير المفاوضات بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل، في حين رأى آخرون بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه شخص آخر بالبدء أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه⁽⁴⁾.

وقد يبرم عقد التفاوض بصفة مستقلة تسمح بالاتفاق على عناصر العقد المراد إبرامه مستقبلا، ويرجع ذلك إلى أهمية كل عقد، فقد تتضمن العقود الصناعية والتجارية ذات

¹ - أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 101.

² - د/عباس العبودي، المرجع السابق، ص 86.

³ - د/محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

⁴ - Olivier Iteanu ,op.cit,page 82.

القيمة المالية الضخمة اتفاقاً أو شرطاً مستقلاً يقضي بالتفاوض قبل الوصول إلى مرحلة إبرام العقد وضبط تفاصيله وتحديد كيفية تنفيذه⁽¹⁾.

ويتضح مما سبق بيانه، أن التفاوض متى كان في شكل عقد فإنه يتميز بعدة خصائص أهمها:

أن عقد التفاوض هو عقد حقيقي وذلك أن بعض الفقه يرى أن التفاوض يمكن أن يكون عقداً وليس مجرد عمل مادي كما استقر في أذهان الكثير، فهو يتم بتوافق إرادتين على إحداث أثر يعتد به القانون ويحميه⁽²⁾.

ومتى تم التفاوض على هذا النحو، فإنه يعني إبرام عقد التفاوض بالتعبير عن الإرادة في الدخول في المفاوضات أي أنه يجب أن تتوفر فيه الأركان العامة اللازمة لإبرام أي عقد، فالإرادة ينبغي أن تكون حرة وأن تتجه إلى الالتقاء بإرادة أخرى من أجل الدخول في المفاوضات، كما أن لعقد التفاوض بهذا الوصف محلاً كباقي العقود، ومحلّه هو التوصل إلى إبرام العقد النهائي⁽³⁾.

كما يوصف عقد التفاوض بأنه عقد مؤقت، فمهما طال فترة المفاوضات ومهما استغرقت من وقت فإنها تبرم لمدة مؤقتة فهي إما أن تنتهي إلى إبرام العقد وإما أن يختلّف الطرفان ويتوصلا إلى قناعة بعدم إبرام العقد⁽⁴⁾.

وأياً كانت النتيجة، فإن التفاوض متى تم عن طريق عقد مستقل فإنه لا بد أن ينتهي في فترة من الفترات ولذلك يوصف بأنه عقد مؤقت فهو لم يوجد إلا لمدة محدودة، وتلك المدة هي التي يستغرقها الطرفان في التفاوض عبر وسائل الاتصال الإلكترونية فإذا

1 - د/جمال فاخر النكاس، البحث السابق، ص 169.

2 - فؤاد العلواني ود/عبد جمعة موسى الربيعي، المرجع السابق، ص 22.

3 - أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 11.

4 - د/خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 232.

انتهت المفاوضات بين الطرفين بالتوصل إلى إبرام العقد المنشود زال كل أثر للتفاوض، وكذلك الأمر لو فشلت العملية التفاوضية⁽¹⁾.

وغالبا يكون عقد التفاوض عقدا غير محدد المدة لأن المتفاوضان لا يعلمان ما هي المدة التي يستغرقها تفاوضهما، لكن ليس ما يمنع من أن يكون محدد المدة غالبا فقد يحدد الطرفان مدة معينة للتفاوض⁽²⁾.

وينشئ عقد التفاوض المؤقت التزامات متنوعة تبعا لتنوع مضمونها، ومنها الالتزام بعدم إجراء مفاوضات مع طرف آخر، والاتفاق على المحافظة على أسرار ومعلومات كل طرف وطالما أن عقد التفاوض ليس مقصودا في ذاته، فإنه يكون بمثابة العقد التمهيدي حيث بمقتضاه يبدأ الطرفان في الاتفاق على إبرام العقد المقصود.

وبما أنه لا وجود للالتزام قانوني بالتفاوض قبل إبرام العقد، فإن الطابع التمهيدي لعقد التفاوض الإلكتروني يجعل الطرفين ملتزمان بالسير في المفاوضات حتى نهايتها⁽³⁾.

ويلاحظ بأن الالتزام بالتفاوض المترتب على عقد المفاوضات الإلكترونية هو الالتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، فالطابع التمهيدي المؤقت لهذا العقد لا ينشئ التزاما على عاتق الطرفين بإبرام العقد، وهوبهذا الوصف وهذه النتيجة لا يخول لأي من طرفيه حقا ذا طبيعة مالية إلا إذا انطوى على تعسف في عدم الاستمرار في المفاوضات⁽⁴⁾.

كما لا يشمل عقد التفاوض على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه إذ أن الهدف منه تبادل الآراء وتقريب وجهات النظر وتعريف كل متعاقد بالعقد المراد إبرامه لا بعناصره الجوهرية وتفصيلاته الدقيقة وهوبهذا يظل مجرد عقد تمهيدي⁽⁵⁾.

¹ - مراد محمود يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص110.

² - د/ محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص49.

³ - د/جمال فاخر النكاس، المبحث السابق، ص171.

⁴ - د/محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص48؛ د/خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص233.

⁵ - د/عباس العبودي، المرجع السابق، ص86.

وإذا كنا قد أشرنا إلى أن التشريعات قد خلت من تنظيم للتفاوض سواء في صورته العقدية أو المادية، فإنه متى جاء في صورة عقد فإنه يكون عقدا غير مسمى إذ لم يفرد له التقنين المدني أي تنظيم رغم المكانة الهامة التي بدأ يحتلها على الصعيد المحلي والدولي فمن العقود التي يحدث التفاوض دائما قبل إبرامها عقود نقل التكنولوجيا، وعقود تصنيع برامج الحاسوب والتقنيات الحديثة⁽¹⁾.

على أنه يجب على التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية أن تفرد له تنظيما خاصا، نظرا لمكانة المفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية، وإذ ذلك يصبح التفاوض على العقد عقدا مستقلا بأحكام تنظمه ويمكن وصفه بأنه عقد مسمى، وهذا رغم أننا نسجل في هذا المقام على التشريعات العربية الحديثة الخاصة بالمعاملات الإلكترونية أنها لم تعره أي اهتمام ولم تفرد له نصوصا خاصة مقتفية في ذلك أثر التقنيات المدنية وهذا قصور يجب تلافيه.

الفرع الثاني

آثار التفاوض الإلكتروني

مر معنا أن المفاوضات قد تكون مجرد عمل مادي تسبق إبرام العقد، لكنها قد تأخذ شكل الاتفاق وتكون بمثابة العقد للتحضير للعقد المراد إبرامه، وهي لا تأخذ هذا الشكل إلا في العقود ذات الأهمية الاقتصادية أو العلمية الخاصة كعقود نقل التكنولوجيا، ورأينا أن جانبا من الفقه يعنى بالمفاوضات الناشئة عما يسمى باتفاق التفاوض وهي بهذا المعنى تعتبر عقدا يمهد لإبرام العقد⁽²⁾.

ومتى تم اتفاق التفاوض أنشأ التزاما على عاتق طرفيه هو الالتزام بالتفاوض على العقد، غير أن الالتزام بالدخول في المفاوضات ليس هو الالتزام الوحيد بل تترتب عدة التزامات على الأطراف.

¹ - فؤاد العلواني ود/عبد جمعة موسى الربيعي، المرجع السابق، ص23.

² - د/جمال فاخر النكاس، البحث السابق، ص 168؛ مراد يوسف المطلق، الرسالة السابقة، ص110.

ويثور التساؤل حول الالتزام بالبقاء في المفاوضات وتحقيق الأهداف المرجوة منها مما يدفع إلى البحث حول المسؤولية المترتبة على الإخلال بها أو قطعها وإذا كانت مسؤولية فما طبيعتها هل هي تقصيرية أم عقدية.

يرى بعض الفقه أن عقد التفاوض الإلكتروني متى كان صحيحاً أنشأ على عاتق طرفيه التزامات أهمها الالتزام بالدخول في مفاوضات والالتزام بالتفاوض بحسن نية، والالتزام بالإعلام، والالتزام بالتعاون والالتزام بعدم إفشاء المعلومات السرية وبالاعتدال والجدية⁽¹⁾.

يعتبر جانب من الفقه المفاوضات بمثابة العقد التحضيري الذي يلجأ إليه التنظيم سير المفاوضات وتحديد الأهداف، والمواضيع التي يريد الأطراف الوصول إليها، وأهم ما يترتب على ذلك هو الالتزام بالدخول في المفاوضات⁽²⁾.

وإذا كان هذا الالتزام يجد مصدره المباشر في اتفاق التفاوض، فإنه التزم بتحقيق نتيجة، فلا يحق لأي طرف التأخر أو الامتناع عن الدخول في المفاوضات وإلا عد مسؤولاً عما يقع للطرف الآخر من أضرار⁽³⁾.

ويلاحظ أن الالتزام بتحقيق النتيجة يقف عند حد الدخول في المفاوضات، أما الالتزامات أثناء التفاوض فهي التزامات ببذل عناية إذ يجب على كل طرف بذل العناية المطلوبة وهي عناية الرجل الحريص لإنجاح المفاوضات وعدم عرقلتها⁽⁴⁾.

وواقع الأمر أن الالتزام بالدخول في المفاوضات هو النقطة المحورية في اتفاق التفاوض، وبها فقط يختلف الاتفاق على التفاوض كعقد عن الطابع المادي لأية عملية

¹ - د/محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص57؛ فؤاد العلواني ود/ عبد جمعة موسى الربيعي،

المرجع السابق، ص19؛ أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص100 و101.

² - د/بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة2011، ص181.

³ - بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص97.

⁴ - د/خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص238.

تفاوضية، فمنطق الأمور يقتضي أنه متى أبرم عقد التفاوض فإن الطرفين ملزمان بإجراء مفاوضات لكنهما غير ملزمين بالبقاء أو الاستمرار فيها⁽¹⁾.

والمفاوضات العقدية في نظر الفقه يحكمها مبدآن، حرية التعاقد ومبدأ حسن النية في التفاوض، حيث يكرس هذان المبدآن التوازن العادل بين الأطراف، ففي حين يتيح المبدأ الأول الحرية الكاملة في السير في المفاوضات العقدية أقطعها في أية مرحلة من مراحل التفاوض، فإن مبدأ حسن النية يقتضي من أطراف اتفاق التفاوض أن يتفاوضوا بشرف وأمانة⁽²⁾.

فإذا انطوى سلوك المتفاوض على مخالفة هذه المبادئ، فإنه يكون مخطئاً وتقوم مسؤوليته كما هو الحال عند انحراف المتفاوض عن السلوك المألوف ومخالفة تلك الالتزامات أقطع المفاوضات دون سبب جدي أو إفشاء الأسرار التي تم الإطلاع عليها أثناء التفاوض⁽³⁾.

وإذا كان الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاماً جوهرياً في مرحلة التفاوض في العقد الإلكتروني، فإنه التزم تبادلي يقع على عاتق كلا الطرفين والإخلال به يؤدي دون شك إلى الإضرار بالغير ويقيم للمسؤولية أركانها ويلزم من أخل به بالتعويض.

ورغم أن عديداً من التقنيات المدنية قد نصت في القواعد العامة لإبرام العقود على ضرورة مراعاة مبدأ حسن النية، أثناء تكوين العقد كالتقنين المدني الألماني، والتقنين المدني الإيطالي ونظيره الهولندي، فإن جانباً هاماً من التقنيات المدنية قصرت هذا المبدأ على تنفيذ العقد فقط، ومنها المشرع الفرنسي في الفقرة الثالثة من المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي المقابلة للمادة 107 من التقنين المدني الجزائري⁽⁴⁾.

1 - د/عباس العبودي، المرجع السابق، ص88.

2 - د/سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص134.

3 - د/بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص181.

4 - وهي تطابق المادة 1/148 من التقنين المدني المصري والمادة 149 فقرة 1 من التقنين المدني السوري، والمادة 202 فقرة 01 من التقنين المدني الأردني.

ومع ذلك فإن نص المادة 107 من التقنين المدني الجزائري والنصوص المطابقة له في التقنيات المقارنة كفيل بالانطباق على وجوب مراعاة مبدأ حسن النية في اتفاق التفاوض وذلك أن السير في المفاوضات بأمانة وشرف ونية حسنة وهوتنفيذ لعقد التفاوض وليس إبراما له، وإن كان من الضرورة بمكان التطرق إلى مرحلة إبرام عقد التفاوض وإيراد نص يتعلق بوجوب مراعاة حسن النية في التفاوض على العقد.

ويترتب على الالتزام بالدخول في المفاوضات والالتزام بالتفاوض بنية حسنة كأثر من آثار إنشاء اتفاق التفاوض على إبرام العقد الإلكتروني قيام عدة التزامات على عاتق كل طرف أهمها الالتزام بالتعاون وهوتطبيق من تطبيقات مبدأ حسن النية، وبالتالي يقع على الطرفين حتى دون حاجة إلى النص عليه في اتفاق التفاوض، كما يظل قائما إلى نهاية العملية التفاوضية⁽¹⁾.

وإذا كانت صور التعاون لا تدخل تحت حصر فإن كل فعل أوتصرف يقوم على تبادل الثقة والمعلومات يندرج تحت بند التعاون.

كما يتحدد مضمون الالتزام بالتعاون بسعي كل طرف إلى فحص الآراء والأفكار التي يقدمها الطرف الآخر، ودراستها وإيداء الرأي بشأنها في كل مرحلة من مراحل التفاوض، واستخدام الخبرات والمعلومات السابقة والجديدة في مناقشة كل ذلك وصولا إلى اتفاق على إبرام عقد يكتب له الاستقرار ويحفظ من الزوال⁽²⁾.

ويتفرع عن الالتزام بالتعاون في عقد التفاوض الإلكتروني التزام بالإعلام أوبالتبصير في مرحلة التفاوض، والذي مؤداه قيام المتفاوض بالإدلاء بالبيانات الهامة للمرحلة التفاوضية حتى يكون كل طرف على بينة ويقدم على حسم موقفه في الدخول في الرابطة العقدية⁽³⁾.

¹ - د/عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص142، د/محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص75.

² - د/محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص58؛ د/عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

³ - مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، الرسالة السابقة، ص112.

ويعرف هذا الالتزام بأنه التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني يلتزم بموجبه أحد الطرفين وهو الذي يملك معلومات تخص العقد المراد إبرامه بتقديمها في الوقت المناسب بكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة⁽¹⁾.

ويجد الالتزام بالإعلام أساسه في عدم التكافؤ بين طرفي العقد المتفاوض عليه من حيث العلم بعناصر العقد وظروفه المتعلقة بعقد التفاوض فقط وليس بالعقد المراد إبرامه لأنه كما سبق البيان فإن عقد التفاوض عقد مستقل بذاته⁽²⁾.

ولا يقتصر الالتزام بالإعلام على البيانات الجوهرية فقط، بل يمتد إلى كل جزئية أو تفاصيل دقيقة طالما كانت دافعة إلى التفاوض أو موضوعاً له، ولهذا فإن معيار تحديد البيانات والمعلومات التي يجب الإفصاح عنها يتحدد على ضوء أهمية تلك البيانات أو هذه المعلومات لدى الطرف الذي يجب أن يفرض بها إليه وهو من يقع عليه عبء إثبات أنها هامة ولم يعلم بها⁽³⁾.

وإذا كان المتفاوض في عقد التفاوض الإلكتروني ملزماً بالإدلاء بالمعلومات التي تهم الطرف الثاني وهو التزام تبادلي، فإنه بالمقابل يقع على كل طرف التزام بالمحافظة على الأسرار التي تخص الطرف الثاني، فقد تفضي العملية التفاوضية إلى أن يكشف أحد الأطراف إلى الآخر عن بعض الأسرار الهامة فنية كانت أم مهنية، ولذلك يفرض مبدأ حسن النية المحافظة على أسرار كل طرف، ولولم تكن هذه الأسرار تحظى بحماية قانونية كالتكنولوجيا والتطبيقات المستخدمة في إنتاج السلع والخدمات والمعرفة الفنية وأسرار الأعمال⁽⁴⁾.

1 - د/ محمد حسين منصور، المرجع نفسه، الموضع نفسه.

2 - د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 240؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الدار الجامعية، مصر 2007، ص 130.

3 - د/ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 92.

4 - د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 49، 50.

ولما كان الغرض من إبرام اتفاق التفاوض هو إنهاء العملية التفاوضية بنجاح وصولاً إلى إبرام العقد، فإنه يتوجب على كل طرف التفاوض بجدية واعتدال وعدم المبالغة في العروض أو الأسعار، وقبول الرأي الآخر وعدم التشدد والسعي لإنهاء التفاوض في الوقت المناسب، وعدم تفويت الفرصة على الطرف الآخر، والامتناع عن إجراء مفاوضات موازية إذا وجد شرط في اتفاق التفاوض على منعها، وإسداء النصيحة والإرشاد للطرف الآخر (1).

والحديث عن آثار التفاوض الإلكتروني يعني حديثاً عن الالتزامات التي يفرضها القانون أو اتفاق التفاوض في هذه المرحلة، كما يخص الحديث عن المسؤولية الناجمة عن الإخلال بتلك الالتزامات.

وبما أن مبدأ حسن النية ينبغي أن يسود العملية التفاوضية، فإنه إذا انطوى سلوك التفاوض على مخالفة لهذا المبدأ فإنه يكون قد ارتكب خطأ يوجب المسؤولية.

ومن صور هذا الخطأ قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع، فرغم أن المفاوضات تركز على مبدأ الحرية الذي يعني تمتع المتفاوض بمطلق الحرية في الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها أو قطعها واختيار الأسلوب المناسب لها عملاً بمبدأ حرية التعاقد، فإنه لا يمكن للمتفاوض قطعها بطريقة مفاجئة للطرف الثاني (2).

ولا يقيد حق المتفاوض في قطع العملية التفاوضية سوى مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود عملية التفاوض، فإذا أراد أحد الطرفين قطع المفاوضات فإنه ينبغي أن يمارس هذا الحق بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، كأن يستند إلى مبرر مشروع أو سبب موضوعي جدي، ففي هذه الحالة لا يشكل قطع المفاوضات أي خطأ ولا يستوجب أية مسؤولية ومن أمثلة الإنهاء التعسفي للتفاوض قطع المفاوضات بصورة مفاجئة، وقرار منفرد دون مبرر مشروع رغم أنها كانت قد بلغت مرحلة متقدمة وكان الطرف الذي

¹ - د/جمال فاخر النكاس، البحث السابق، ص169؛ فؤاد العلواني ود/عبد جمعة موسى الربيعي، المرجع السابق، ص20.

² - د/محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص60؛ د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 180.

قطعها يعلم أن المتفاوض معه قد أنفق مصاريف كبيرة من أجل إبرام العقد ولذلك وجب على الطرف الذي يرغب في قطع المفاوضات إعلام الطرف الآخر بنيته في عدم الاستمرار فيها في وقت مناسب وأن يبين له السبب الجدي الذي يبرر ذلك⁽¹⁾.

وقطع المفاوضات بطريقة مباشرة لا يشكل الصورة الوحيدة للخطأ، فقد يلجأ الشخص الذي يرغب في إنهاء المفاوضات على استفزاز الطرف الثاني حتى يدفعه إلى إنهاء التفاوض فيستمر ظاهرياً فيها لكنه يتخذ مواقف سلبية وأساليب تحمل الطرف الآخر على إنهاء المفاوضات⁽²⁾.

وقد يتخذ الخطأ الذي يوجب المسؤولية خرق الالتزامات التي يفرضها القانون أو اتفاق التفاوض كإفشاء الأسرار أو استغلالها على وجه غير مشروع، أو الدخول في التفاوض من أجل الاطلاع على أسرار الطرف الآخر دون رغبة جادة في إبرام العقد، أو من أجل تفويت فرصة على الطرف الثاني وصرفه عن إبرام عقد آخر⁽³⁾.

وفيما يخص طبيعة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات التي تفرضها المفاوضات فإن الفقه قد استقر، وأيده القضاء، على أن المفاوضات مجرد أعمال مادية غير ملزمة ولا يترتب عليها في ذاتها أي أثر قانوني، وتطبيقاً لذلك يرى الفقه أن شرعية المفاوضات تحمل في طبيعتها شرعية العدول عنها، إلا إذا شكل العدول انحرافاً عن سلوك الرجل العادي فهنا تقوم المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ واجب الإثبات وبالطبع يقع على عاتق المتضرر إثبات هذا الخطأ⁽⁴⁾.

وفي نفس الاتجاه ذهب بعض الفقه إلى أن المبدأ الذي يسود المفاوضات يسمح بقطعها في أي وقت، شريطة أن يتم ذلك في إطار حسن النية وعدم الإضرار بالطرف الآخر المتفاوض، فقطع المفاوضات إذا تم بشكل إنفرادي ودون أي سبب جدي فإنه قد

1 - د/عباس العبودي، المرجع السابق، ص 88.

2 - د/محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 51.

3 - د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 263.

4 - د/محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 52.

يرقى إلى خطأ تقصيري يوجب المسؤولية التقصيرية، فضلا عن أنه يعد صورة من صور التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾.

وقد دعت محكمة النقض المصرية هذا الموقف الفقهي في كثير من قراراتها ومنها ما جاء فيها "إن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد، دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو أن يطالب ببيان مبرر العدول، ولا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض وفي هذه الحالة يقع عبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر على عاتق الطرف المضرور"⁽²⁾.

وبهذا يكون هذا الجانب من الفقه ومحكمة النقض المصرية قد رفضا صراحة نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي نادى بها الفقيه الألماني اهرنج، والتي توجب المسؤولية العقدية على من تسبب في عدم إتمام إبرام العقد، علما أن الفقه والقضاء في ألمانيا وسويسرا قد تأثرا بهذه النظرية، لكنهم يرون أن المسؤولية الناجمة عن المفاوضات هي مسؤولية شبه عقدية تطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية⁽³⁾.

أما الفقه والقضاء في فرنسا، فإنهما يفرقان بين صورتين من صور التفاوض، فإذا كان التفاوض مصحوبا باتفاق تفاوض كانت المسؤولية الناجمة عنه عقدية، أما إذا لم يكن هناك اتفاق فإن المسؤولية لن تكون إلا تقصيرية.

¹ - د/بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 177.

² - في ذكر قرارات محكمة النقض المصرية بصدد طبيعة المسؤولية الناجمة عن التفاوض راجع: د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 242؛ د/محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 62، 63.

³ - د/عباس العبودي، المرجع السابق/ ص 88.

وقد حددت محكمة النقض الفرنسية الخطأ الذي يتمثل في العدول عن المفاوضات أو قطعها أو الانسحاب منها بأنه الخطأ القائم على إرادة الإضرار، أو الخطأ الذي ينطوي على سوء النية وليس مجرد خطأ عادي⁽¹⁾.

وتبعاً لذلك لم يتردد القضاء الفرنسي في إرساء قواعد المسؤولية التقصيرية للمتفاوض عن الإنهاء المفاجئ للمفاوضات في مراحلها المتقدمة دون مبرر مشروع أو مصحوب بخطأ فادح وخاصة إذا صدرت تلك الأفعال عن متفاوض محترف، كما أن إطالة مدة التفاوض دون سبب جدي مع ثبوت سوء النية لدى المتفاوض أو المخالفة الواضحة لمبادئ حسن النية والصدق والأمانة في مرحلة التفاوض وهي كلها سلوكيات خاطئة من شأنها المساس بالثقة المشروعة⁽²⁾.

ويلاحظ بأن ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية فيه تفصيل، فإذا اقترن التفاوض بعقد، كان هذا العقد مصدراً لتنظيم العملية التفاوضية وهو الذي يحدد التزامات وحقوق الطرفين، ومن الطبيعي أن تكون المسؤولية الناجمة عن الإخلال به مسؤولية عقدية، أما إذا لم يكن بين الطرفين أي عقد أو اتفاق ينظم التفاوض فإن العملية التفاوضية تبقى مجرد عملية مادية يشكل الإضرار بالطرف الآخر أثنائها خطأً يوجب المسؤولية التقصيرية التي تخضع للقواعد العامة.

المبحث الثاني

مرحلة التعاقد الإلكتروني

طبقاً للمادة 59 من التقنين المدني الجزائري⁽³⁾ يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.

¹ - د/خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 243 هامش رقم 4.

² - د/بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 176.

³ - يتطابق هذا النص مع المادة 89 من التقنين المدني المصري، والمادة 92 من التقنين المدني السوري، والمادة 90 من التقنين المدني الأردني، والمادة 23 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمادة 73 من التقنين المدني العراقي.

والتعبير عن الإرادة بهذا المعنى هو المظهر الخارجي الذي تتخذه الإرادة بعد أن كانت أمرا كامنا في النفس لا يعلمها إلا صاحبها، فلكي يعتد بها القانون يجب أن تظهر إلى العالم الخارجي⁽¹⁾.

ووفقا للقواعد العامة في نظرية العقد، فإنه لقيام أي عقد يجب توافر التراضي والمحل والسبب فضلا عما يتطلبه القانون في بعض العقود من شكلية معينة أو تسليم لتمام العقد، ونظرا لأن العقد الإلكتروني لا يخرج عن كونه عقدا، فإنه يخضع بحسب الأصل، لهذه القواعد فيما يتعلق بإبرامه، غير أن دخول الوسيلة الإلكترونية في عملية إبرامه تلقي بظلالها على ركن التراضي فيه دون ركني المحل والسبب اللذين تتعدم فيهما الخصوصية ويظلان خاضعين لقواعد نظرية العقد.

ولكي يقوم ركن التراضي في العقد لا بد من توافر إرادة أولى تسعى للدخول في رابطة عقدية تسمى الإيجاب، ثم إرادة أخرى موافقة ومطابقة لها هي القبول. لذلك نتولى في هذا المبحث دراسة التعبير عن الإرادة في المطلب الأول، لتتولى في المطلب الثاني بحث طبيعة العقد الإلكتروني حول كونه تعاقدا بين حاضرين أم تعاقدا بين غائبين وبيان خصوصية مجلس العقد فيه.

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

رأينا أن العقد يوصف بأنه إلكتروني متى تم استخدام وسيلة إلكترونية في إبرامه أو تنفيذه وعلى هذا نصت معظم القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية.

وإستخدام الوسيلة الإلكترونية في التعبير عن الإرادة سواء في الإيجاب أو في القبول يجعل هذا التعبير يتمتع بخصوصية لا توجد في التعبير العادي الذي ألفه الناس.

¹ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، طبعة 1995، ص 62.

لذلك نخصص الفرع الأول من هذا المطلب للإيجاب الذي يتم بوسيلة إلكترونية لنقف على مظاهر الخصوصية فيه، ونعالج في الفرع الثاني القبول في العقد الإلكتروني.

الفرع الأول

الإيجاب في العقد الإلكتروني

عرّف الفقه الإيجاب مجرداً عن الوسيلة التي يتم بها بأنه عرض كامل وجازم للتعاقد وفقاً لشروط محددة يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص معينين بذواتهم أو للكافة⁽¹⁾.

وفي نفس المعنى عرّفه بعض الفقه الفرنسي بأنه تعبير عن إرادة من جانب واحد يدل على انصراف رغبة مصدره إلى التعاقد، ويتضمن بالضرورة العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه⁽²⁾.

ولذلك فإن الإيجاب هو الإرادة الأولى المتجهة إلى الدخول في رابطة عقدية تحتاج إلى إرادة أخرى موافقة لها⁽³⁾.

ولم تتضمن التقنيات المدنية تعريفاً للإيجاب تاركة ذلك للفقه والقضاء⁽⁴⁾.

¹ - د/عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص152؛ د/عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص90.

² - GHESTIN (J), traité de droit civil, la formation du contrat, 3^{ème} ed, 1993, p258.

³ - ويذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الإيجاب هو التعبير الذي يصدر من المملك وإن جاء آخر، في حين يذهب الحنفية إلى أن الإيجاب هو كلام أو فعل أول من يتكلم من المتعاقدين حال إنشاء العقد، فالمتقدم من كلام العاقدين إيجاب سواء أكان من المملك أو المملك، والمتأخر منهما قبول، ولا يتصور تقديم القبول لأنه إنما يكون للإيجاب راجع في ذلك: مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص257؛ د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص101).

⁴ - رغم أن وضع التعريفات ليست من مهام التشريع فإن المشرع السوداني خرج عن طوق التشريعات العربية إذ عرفت المادة 1/14 من قانون العقد السوداني الإيجاب بأنه العرض الصادر من شخص يعبر عن وجه جازم عن قصده في إبرام عقد معين.

وقد عرفته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأنه: "العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد" (1).

وقد وضعت اتفاقية فينا لعام 1980 بشأن النقل الدولي للبضائع في المادة 146 فقرة 01 معياراً لتحديد الإيجاب حيث نصت على أن الإيجاب يكون محدداً بشكل كافٍ إذا عينت فيه البضائع محل البيع وتحددت كميتها وثنها صراحة أو ضمناً أو إذا كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب (2).

بينما عرفت محكمة النقض الفرنسية الإيجاب بأنه عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين، حيث يكون ملزماً به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر (3).

ولم تتضمن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية تعريفاً للإيجاب الذي يتم بطريقة إلكترونية وإن كانت القواعد العامة فيها المتعلقة بإبرام العقد قد أجازت استخدام رسالة البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

أما التوجيه الأوروبي رقم 07 لسنة 1997 المتعلق بحماية المستهلك فقد عرف الإيجاب في العقود عن بعد بأنه: كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان (4).

1 - أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص142، هامش رقم 05؛ د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص101، هامش 03.

2 - د/محمد شكري سرور، موجز أحكام عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فينا 1980، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 18 عدد 03، سبتمبر 1994، ص117، وما بعدها.

3 - «Une proposition de contracter ne consiste une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation» disponible sur : www.legifrance.gouv.fr

4 - المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 1997/05/20 المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد. جاءت صياغة النص باللغة الفرنسية كما يلي:

"Toute communication à distance comportant tous les éléments nécessaires pour que son destinataire puisse souscrire directement un engagement contractuel la simple publicité étant exclue"

وواضح من هذا النص أنه لم يعرف وسائل الاتصال عن بعد ولم يحددها، كما لم يبرز الصفة الإلكترونية للإيجاب، لكن يتضح منه اهتمام المشرع بضرورة أن يتضمن الإيجاب العناصر اللازمة لتمكين من وجه إليه الإيجاب من الدخول في العقد وهو على بيّنة من أمره.

وقد ذكر الملحق المرفق بالتوجيه الأوروبي رقم 07/97 وكذلك التقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية الفرنسي بشأن المرسوم رقم 2001/741 ذكرا على سبيل المثال لا الحصر وسائل الاتصال عن بعد، ومنها المطبوعات غير المعنونة، والمطبوعات المعنونة، الهاتف مع إظهار الصورة، التلفزيون، الانترنت⁽¹⁾.

وإذا كان الإيجاب في العقد الإلكتروني تبعا لهذه التعريفات لا يختلف عن الإيجاب العادي إلا في الوسيلة التي يتم بها، فإن التساؤل المثار يدور حول تأثير الصفة الإلكترونية في الإيجاب كتعبير عن الإرادة وما يقتضيه ذلك من خروج عن القواعد العامة في بعض الأحيان.

ولعل أهم خصوصيات الإيجاب الإلكتروني التي تجعله متميزا عن الإيجاب بالطرق التقليدية هو أنه يتم بوسيلة اتصال فورية تكون مسموعة مرئية وتتيح إبرام العقد عن بعد.

حيث يتم التعبير عن الإيجاب الإلكتروني عن طريق وسيلة اتصال فورية تسمح بالاستعانة بالصور الثابتة أو المتحركة أو الصوتية أو أية وسيلة أخرى للإيضاح تبين السلعة أو الخدمة المعروضة⁽²⁾.

ويقترّب الإيجاب في التعاقد الإلكتروني المبرم عن طريق الانترنت عن العقد الإلكتروني المبرم عن طريق التلفزيون في أنه في الحالتين لا وجود للدعامة الورقية، ورغم هذا التشابه فإن الإيجاب في العقد المبرم عن طريق الانترنت يتميز بأنه يتضمن استمرارا معيناً، بحيث أن من صدر إليه الإيجاب يستطيع في كل مرة أن يعود ليقراً

¹ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص19؛ د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص200.

² - د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص89.

الإيجاب الموجود على الموقع أو البريد الإلكتروني بينما يتمتع الإيجاب في التعاقد عن طريق جهاز التلفزيون بوقتيّة العرض على الشاشة⁽¹⁾.

ويلاحظ بأن الخاصية الإلكترونية للإيجاب المرتبطة بالطبيعة التقنية لوسائل الاتصال تؤدي إلى عدم تلقي المتعاقد المعلومات التي تضمنها الإيجاب بثبات، فمدة بقاء الإيجاب على الموقع مثلا قد تنقضي في أية لحظة، ويتم التذرع وإرجاع السبب للتقنيات ويتحجج بها الموجب ليتحلل من إيجابه، يضاف إلى ذلك أن التقنية المستخدمة ليست معصومة من الخطأ دائما ويرجع ذلك إلى أن المعلومات قد تصل إلى المرسل إليه عن طريق انتقال البيانات في وقت يكون فيه الإيجاب المعروض قد تعرض للإلغاء⁽²⁾.

ولأنه يتم غالبا استخدام وسائل وتقنيات الاتصال الحديثة في الإعلان عن السلع والخدمات للجمهور، فإن الفقه قد اختلف حول تحديد الفرق بين الإيجاب والإعلان.

ففي حين ذهب البعض إلى أن الإعلان لا يعتبر إيجابا وإنما هو مجرد دعوة للتعاقد وذلك بسبب عدم تعيين الشخص المقصود بالإيجاب، فضلا عما يولده هذا النوع من الإعلانات من ضغط معنوي على المستهلك وتحريضه على شراء سلع غير ضرورية له⁽³⁾.

فإن جانبا آخر يرى أن الإعلان الموجه للجمهور عبر تقنيات الاتصال عن بعد يعتبر إيجابا موجها للجمهور طالما أنه قد تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه كأن يحدد السلعة أو الخدمة تحديدا نافيا للجهالة، وأن يحدد ثمنها أما إذا لم يتضمن الإعلان ذلك فإنه يبقى مجرد دعوة للتعاقد⁽⁴⁾.

1 - د/ محمود السيد خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، المرجع السابق، ص53.

2 - د/ تامر محمد سليمان الدمياطي، الرسالة السابقة، ص62.

3 - د/ محمود السيد خيال، الانترنت وبعض الجوانب القانونية، المرجع السابق، ص120؛ محمد السعيد رشيد، المرجع السابق، ص96.

4 - د/ أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، فقرة 10؛ رامي محمد علوان، المقال السابق، ص244.

وبما أن الإيجاب الإلكتروني يوجه عبر وسائل اتصال عن بعد فإنه يتصف غالباً بالصفة الدولية لذلك يتمتع العقد الإلكتروني بهذه الصفة، وتبعاً لذلك يكون الإيجاب دولياً بالنظر إلى أن وسائل الاتصال لا تعرف الحدود.

ورغم ذلك يرى البعض أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، ومثال ذلك ما يلاحظ حول بعض مواقع الشبكة العالمية الفرنسية التي تقصر الإيجاب فقط على الدول الفرنكفونية الناطقة بالفرنسية، كما أن حكومة الولايات المتحدة الأمريكية تقرر حظر توجيه الإيجاب للدول التي تقع تحت طائلة العقوبات الاقتصادية مثل كوبا وكوريا الشمالية⁽¹⁾ ولذلك فإنه من الممكن أن يكون الإيجاب إقليمياً أو دولياً، وهذا ما يجعل الموجب غير ملتزم بإيجابه خارج النطاق الإقليمي الذي حدده عرضه وكثيراً ما يذيل العرض الذي يتضمن الإيجاب بأنه موجه للإقليم معين.

وقد أشار البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في فقرتيه الثالثة والرابعة إلى تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب، وذلك لأن بعض القوانين الأجنبية قد تتضمن حالات يحظر فيها التعامل أو قيوداً أخرى يفرضها التصور الخاص بها لحماية المستهلكين ولذلك ينصح في كثير من الأحيان التاجر الفرنسي أن يحدد مقدماً النطاق الجغرافي الذي يغطيه الإيجاب تجنباً لوقوعه في هذه المشكلة⁽²⁾.

وإذا كان يشترط في الإيجاب بصفة عامة أن يكون جازماً وأن يكون كاملاً حتى يعتد به القانون ويعامله معاملة الإيجاب، فإن تمتع الإيجاب الإلكتروني بهذين الشرطين فيه شيء من الخصوصية أيضاً، فصفة الوضوح والكمال تقتضي أن يقدم بأسلوب مفهوم بعيداً

¹ - د/أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 209؛ د/أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 63-64.

² - Natalie Moreau, la formation du contrat électronique, op.cit, p39.

يلاحظ أن المشروع المقترح لتعديل التقنين المدني الجزائري لم يتضمن ما يفيد تحديد النطاق المكاني للإيجاب بواسطة وسائل الاتصال التقنية ما يجعل الموجب ملتزماً بإيجابه تجاه كافة وهذا أمر غير منطقي

عن أي غموض أو التباس وأن يحترم قواعد العرض المحددة قانونا، وذلك بأن تعبر صورة الشيء المعروض تعبيراً أميناً وصادقاً عنه.

وباستقراء النصوص المنظمة للإيجاب الإلكتروني يتضح أنه توجد قواعد تتعلق بشكل الإيجاب وأخرى بمضمونه يجب أن تتم مراعاتها حتى يستوفي الإيجاب الإلكتروني وصفه ويكون صالحاً من الناحية القانونية.

فيجب أن يتضمن الإيجاب تحديداً دقيقاً لهوية الموجب وعنوانه ورقم هاتفه، وذلك حتى يتمكن من وجه إليه الإيجاب من التحقق من شخصية الموجب بما يحقق الأمان والثقة في المعاملات الإلكترونية⁽¹⁾.

وقد نص على ضرورة بيان هوية الموجب قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة 121-18 التي جاء فيها: "في كل إيجاب لبيع أموال أو تقديم خدمات عن بعد يلتزم المهني بأن يوضح للمستهلك، اسم مشروعه وأرقام هواتفه وعنوان مركز إدارته إذا كان مختلفاً عن المنشأة المسؤولة عن الإيجاب"⁽²⁾.

ولذلك يلتزم الموجب بأن يكون إجابته كاملاً متضمناً البيانات التي تسمح للغير بتحديد هويته، كما تتطلب التوجيه الأوروبي رقم 31 لسنة 2000 الصادر في 08/01/2000 بشأن التجارة الإلكترونية أن يوضح البائع لعميله اسم شركته وعنوانه الجغرافي وعناصر تحديد هويته⁽³⁾.

وفي القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 الخاص بالمبادلات الإلكترونية نصت المادة 25 منه على أنه يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر

¹ - د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 107.

² - l'article 121-18: « dans tout offre de vente d'un bien ou de fourniture d'une prestation de service qui est faite à distance à un consommateur, le professionnel est tenu d'indiquer le nom de son entreprise ses coordonnées téléphoniques ainsi que l'adresse de son siège si elle est différente, celle de l'établissement responsable de l'offre ».

³ - Natalie Moreau, la formation du contrat électronique, op.cit, p34.

للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية: هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمة⁽¹⁾.

وفي مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري في جزئه المتعلق بعقد البيع أورد القائمون على المشروع المادة 412 مكرر 03 التي جاء فيها:

"مع عدم الإخلال بالنصوص المتعلقة بقانون حماية المستهلك يجب أن يتضمن عرض عقد البيع البيانات التالية:

- هوية بائع المال، رقم هاتفه وعنوانه"⁽²⁾.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري ينوي أن يخطو خطوة هامة نحو إرساء نظام قانوني متين لتنظيم الإيجاب الإلكتروني في عقد البيع عن بعد وإن كان هذا النص مستلهما من نصوص تقنين الاستهلاك الفرنسي.

وبخصوص شكل الإيجاب فإنه يجب أن يقدم بوسيلة مناسبة، وبأسلوب واضح ومفهوم، وعلى هذا نصت المادة 111-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة 4 من التوجيه الأوروبي رقم 97-7 بشأن البيع عن بعد، والمادة 10 من التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية كما جاء في الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 412 مكرر 03 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري التي نصت: "تبلغ للمشتري المستهلك هذه البيانات ذات الطابع التجاري بكيفية واضحة ومفهومة بأية وسيلة ملائمة لتقنية الاتصال المستعملة".

وبما أن الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد ويفترض أن يتم بين أطراف من دول مختلفة، ثار التساؤل حول اللغة المستخدمة فيه.

¹ - يلاحظ أن القوانين العربية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية لم تتضمن نصوصاً مماثلة عدا مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين الذي جاء في المادة 50 منه ما يتوافق مع المادة 25 من التقنين التونسي.

² - راجع مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري، الجزء المتعلق بعقد البيع، أعدته اللجنة المكلفة بمراجعة التقنين المدني، وثيقة غير منشورة.

ففي فرنسا تنص المادة الأولى من القانون رقم 1349/75 الصادر بتاريخ 1975/12/31 على أنه في عرض وتوزيع السلع والخدمات أو الدعاية المتعلقة بها أو التعاقد عليها، سواء بشكل مكتوب أو شفوي، وفي شأن بيان طرق تشغيل أو استخدام هذه السلع أو الخدمات وشروط التعاقد والضمانات المرتبطة بذلك التعاقد وفي شأن تحرير الإيصال والفواتير، فإن استخدام اللغة الفرنسية يكون أمراً إلزامياً، وفي سياق الوثائق المحررة باللغة الفرنسية فإنه يحظر استخدام أية لغة أجنبية أو مصطلح أجنبي طالما وجد بديل لهذا المصطلح باللغة الفرنسية.

وقد أثار هذا القانون حفيظة بعض المشروعات التجارية في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي حيث أنه لا ينبغي أن تشكل اللغة المستخدمة عقبة في سبيل التعاقد عبر الحدود⁽¹⁾.

وفي سنة 1994 صدر في فرنسا القانون المسمى قانون Toubon⁽²⁾ وقد أوجبت المادة الثانية منه استعمال اللغة الفرنسية أو على الأقل ترجمة منها في التعبير عن الإيجاب في كل أنواع التجارة بما في ذلك التجارة الإلكترونية وعلى وجه الخصوص في وصف الشيء⁽³⁾ أو المنتج أو الخدمة وكذلك في طريقة التشغيل أو الاستعمال وفي الفواتير والإيصالات.

وبما أن الإيجاب في العقد الإلكتروني يكون دولياً، فإن الباب سيفتح للمستهلك الفرنسي في أن يستند لقانون Toubon لكي يتمكن بسوء نية من تقرير بطلان العقد ويتحجج بأن الإيجاب الموجه إليه من إيطاليا مثلاً عبر الشبكة الدولية لم يراع قانون Toubon ويزداد الوضع تعقيداً لو وجد مثل تشريع Toubon في كل دولة من دول الاتحاد الأوروبي مثلاً وهذا ما يجعل إبرام العقد الإلكتروني بين طرفين ينتمي كل منهما إلى دولة ما أمراً مستحيلاً.

¹ - د/محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 27.

² - loi N° 94-345 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française j.o.5 août 1994.

³ - Verbiest (T), la loi Toubon est-elle applicable ? article disponible sur :

www.droit-technologie.org

ولذلك حاولت الحكومة الفرنسية التخفيف من أثر هذا القانون بالنسبة لشبكات الاتصال وأهمها الانترنت، حيث أصدر رئيس الوزراء منشورا في 19 ماي 1996 يوصي بوجوب استخدام اللغة الفرنسية في كتابة البيانات على الشاشات مع إجازة أن تصاحبها ترجمة بالإنجليزية أو بأية لغة أجنبية أخرى⁽¹⁾

ولا يظهر من نصوص مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري أي نص يوجب استعمال اللغة الوطنية في العروض ما عدا نصه على ضرورة إيداء العرض بطريقة واضحة ومفهومة، ومن المعلوم أن الوضوح مسألة نسبية تختلف من شخص لآخر فما يكون واضحا لشخص لا يكون بالضرورة واضحا لدى شخص آخر، وهذا ما يثير المنازعات ويفتح الباب حول عدم الثقة في الإيجاب الإلكتروني بل والإعراض عن إبرام العقد بهذه الوسيلة، لذلك ينبغي على القائمين بأمر تعديل التقنين المدني وضع نص يوجب أن يكون الإيجاب في البيوع عن بعد باللغة العربية، ويجوز أن تصاحبها ترجمة بلغة أخرى، خاصة وأن الدستور الجزائري يجعل اللغة العربية لغة رسمية للدولة، وأن قانون تعميم استعمال اللغة العربية قد صدر منذ ما يقارب عشرين عاما.

ويقع على عاتق الموجب تزويد من وجه إليه الإيجاب بكل العناصر الأساسية للعقد، وقد أكد تقنين الاستهلاك الفرنسي وقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي على ضرورة قيام الموجب بالإدلاء بالمعلومات التي تجعل الموجب له متبصرا بكافة العناصر الجوهرية الخاصة بالتعاقد والتي من شأنها أن تجعل إرادته تصدر على نحو صحيح⁽²⁾.

كما أورد قائمون على إعداد مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري المعلومات الأساسية التي يجب على الموجب إعلام الموجب له بها في العقود عن بعد في المادة 412 مكرر 03 من المشروع ونصت عليه أيضا المادة 25 من القانون التونسي الخاص بالتجارة الإلكترونية ومشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين في المادة 50 منه.

¹ - SANTIAGO Cavanillas Múgicas, Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat, cahier du centre de recherches informatique et droit, delta édition, 2001, liban, p 99.

² - د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 91؛ د/أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 65.

ويمكن تصنيف المعلومات المتعلقة بالعناصر الأساسية للعقد التي يجب على الموجب أن يخبر بها الموجه إليه الإيجاب والذي غالبا ما يكون مستهلكا إلى ثلاث طوائف:

أولاً- معلومات تتعلق بالسلع أو الخدمات المقترحة:

ويقصد بها الخصائص الأساسية أو المسائل التفصيلية المرتبطة بالسلعة أو الخدمة التي ينبغي أن تصل لعلم من وجه إليه الإيجاب قبل أن يعلن قبوله.

ولذلك وجب على الموجب وصف المنتج أو الخدمة وصفا دقيقا يتحقق بمقتضاه علم الموجه إليه الإيجاب بمحل العقد علما كافيا نافيا للجهالة، وفي هذا الصدد ألزمت المادة 01-111 من تقنين الاستهلاك الفرنسي كل بائع للسلع أو مقدم للخدمات بأن يمكن المستهلك من التعرف على الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة قبل إبرام العقد⁽¹⁾.

ونصت على ضرورة بيان الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة المادة 14 فقرة 01 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، كما ألزمت المادة 06 من تقنين حماية المستهلك في مصر الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 2006 كل مورد ومعلن بإمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط أو غلط⁽²⁾.

وقد خصصت المادة 412 مكرر 03 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري الفقرة الخامسة منها على ضرورة قيام الموجب ببيان المميزات الأساسية للمال المعروض للبيع⁽³⁾.

والواقع أن الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في الإيجاب قد تحول دون بيان المواصفات الأساسية لمحل العقد، وهذا ما يلاحظ في العروض المتاحة عبر شبكة

1-Article 111-1 "Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du services".

2- د/ تامر محمد سليمان الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 71.

3 - راجع المادة 412 مكرر 03 فقرة 05 من مشروع التعديل، الوثيقة الصادرة عن وزارة العدل غير منشورة.

الإنترنت التي تتسم بالإيجاز وعدم الدقة وربما التقليد في كثير من الأحيان أو المبالغة في صفات غير موجودة حقيقة في المنتج.

ثانياً - معلومات تتعلق بكيفية تنفيذ العقد:

يجب على الموجب أن يحدد عند إصدار إيجابه بيان الثمن بوضوح وعمّا إذا كان الثمن يشمل أسعار النقل والرسوم الجمركية إن وجدت وبيان وسيلة الدفع ومكان الوفاء بالتفصيل⁽¹⁾.

وهذا باستثناء حالة تنفيذ الخدمة بطريقة فورية كما هو الحال بالنسبة للخدمات المعلوماتية المتاحة على شبكة الإنترنت مثلاً، كما يلتزم الموجب بإعلام الموجب إليه بحقه في العدول عن القبول إذا تبين له أن قد تسرع في ذلك.

وقد نصت على إلزام الموجب ببيان المعلومات الخاصة بتنفيذ العقد المادة 412 مكرر 03 من مشروع تعديل التقنين المدني الذي سبقت الإشارة إليه.

وإذا تضمن الإيجاب شروط خاصة لإبرام العقد فإنه يجب على الموجب أن يضع تحت تصرف من وجه إليه الإيجاب الشروط التعاقدية الإضافية بطريقة تسمح له بحفظها ونسخها، ومن أمثلة تلك الشروط طرق الوفاء وشروط تحديد المسؤولية العقدية ومدة الضمان وغير ذلك.

وفضلاً عن ذلك يلتزم الموجب بذكر معلومات معينة مرتبطة بخصوصية العقد الإلكتروني وبتكوينه وبطبيعته غير المادية، وهي معلومات تجعل الموجب يتحمل التزاماً إضافياً فضلاً عما تفرضه القواعد العامة من وجوب بيان العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه حتى يوصف الإيجاب بأنه إيجاب كامل، وبذلك يكون الإيجاب كاملاً وفقاً للقواعد العامة وتفرض النصوص المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية ضرورة ذكر معلومات أخرى

1 - د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 114؛ أمانح رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 157.

فوفقا لنص المادة 1369-4 من التقنين المدني الفرنسي⁽¹⁾ يجب على الموجب أن يذكر في إجابته ما يلي:

- 1- المراحل المختلفة الواجب إتباعها لإبرام عقد بوسيلة إلكترونية.
 - 2- الوسائل التقنية التي تسمح للمستخدم بتحديد الأخطاء الواردة في حالة تدوين البيانات وتصحيحها وذلك قبل إبرام العقد.
 - 3- اللغات المقترحة من أجل إبرام العقد.
 - 4- طرق حفظ العقد بواسطة الموجب وشروط الاطلاع على العقد الذي تم حفظه.
 - 5- وسائل الاطلاع بوسيلة إلكترونية على القواعد المهنية والتجارية التي وافق الموجب على الخضوع لها عند الاقتضاء⁽²⁾.
- ثالثا- معلومات خاصة بالثمن أو مقابل الخدمة:**

وضع المشرع الفرنسي في المرسوم الصادر في 1987/12/03 المتعلق بإعلام المستهلك بالسعر⁽³⁾ قواعد صارمة ومحددة إذ جاء في المادة 14 منه أنه يجب أن يشار على نحو دقيق لثمن كل منتج أو خدمة تقدم للمستهلك وفقا لتقنيات الاتصال عن بعد وذلك بكل وسيلة ممكنة قبل إبرام العقد⁽⁴⁾.

1 - أضيف هذا النص إلى التقنين المدني الفرنسي بموجب القانون رقم 575/2004 المؤرخ في 21/06/2005 المادة 25 منه الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي، الجريدة الرسمية ليوم 17/06/2004 رقم 143.

2 Article 1369-4: "(...) l'offre énonce en outre:

1-les différentes étapes a suivre pour conclure le contrat par voie électronique.

2-les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger.

3-les langues proposées pour la conclusion du contrat.

4-en cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé.

5- les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales aux quelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant se soumettre.

3 - l'arrêt du 3/12/1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix j.o 10/12/1987 modifié par l'arrêté du 04 mai 1993 j.o du 13 mai 1993 et l'arrêté du 25/11/1998 j.o du 03/12/1998.

4 - د/ تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 73.

وقد أكد المشرع الفرنسي هذا المسلك بمقتضى المادة 19 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي إذ فرض على البائع التزاما بالإعلام بشأن المعلومات المتعلقة بالثمن، مؤكدا على أنه ينبغي على كل من يمارس التجارة الإلكترونية، أن يشير إلى الثمن بطريقة واضحة لا لبس فيها، وأن يوضح خاصة ما إذا كان الثمن متضمنا الضرائب ونفقات التسليم أم لا⁽¹⁾.

وبينت المادة 412 مكرر 03 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري أن الموجب ينبغي عليه أن يوضح الثمن المقترح وكيفية دفع الثمن ومصاريف التسليم.

وللايجاب الإلكتروني قوة ملزمة، حيث يلتزم الموجب بأن يحدد في إيجابه مدة معينة يلتزم خلالها بالبقاء على إيجابه، وفي حالة عدم تحديد مدة الإيجاب، يلتزم الموجب بالبقاء مدة معقولة ملتزما بإيجابه، وهي المدة التي تسمح للإيجاب بالاتصال بعلم الموجب إليه، ولذلك فإن الموجب ليس حرا في العدول عن الإيجاب الإلكتروني، لأن القول بغير ذلك من شأنه أن يهدد استقرار المعاملات⁽²⁾.

وقد أكدت الفقرة الثانية من المادة 412 مكرر 03 من مشروع تعديل التقنين المدني ضرورة أن يتضمن الإيجاب أو العرض مدة صلاحيته.

ومن المعلوم أن المادة 63 من التقنين المدني الجزائري تنص على ما يلي:

"إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل.

وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة"⁽³⁾.

1 - د/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص55؛ د/أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص269.

2 - د/ شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، ص85؛ د/عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص95.

3 - يتطابق هذا النص مع نص المادة 93 من التقنين المدني المصري، والمادة 94 من التقنين المدني السوري، والمادة 98 المدني الأردني، والمادة 139 من التقنين المدني الإماراتي، والمادة 41 فقرة 02 من التقنين المدني الكويتي، والمادة 33 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

هذا هو الإيجاب الإلكتروني، وتلك هي مظاهر الخصوصية فيه، ألفت بها الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في التعبير عنه، وإذا صدر على هذا النحو الذي فصلناه، أمكن لمن وجه إليه أن يطمئن ويقدم على إبرام العقد في جو من الاستقرار.

الفرع الثاني

القبول في العقد الإلكتروني

القبول هو التعبير الصادر عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على ما جاء في الإيجاب⁽¹⁾، ويعد القبول التعبير الثاني عن الإرادة، حيث يتكون العقد من اقترانه بالإيجاب، وهو كتعبير عن الإرادة يمكن أن يتخذ أية صورة من صور التعبير عن الإرادة، كأن يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على مقصود صاحبه. والقبول كتعبير عن الإرادة يجب أن يكون باتاً، وأن يتجه إلى إحداث أثر قانوني ينقل فيه من صدر عنه رغبة جادة ونهائية في الدخول في رابطة عقدية⁽²⁾.

ولم يتضمن التقنين المدني الجزائري نصاً يعرف القبول، غير أن التقنين المدني الأردني تضمن نص المادة 91 التي عرفت القبول بأنه: "اللفظ الثاني الذي يستعمل عرفاً لإنشاء العقد"⁽³⁾.

والواقع أن القبول في العقد الإلكتروني لا يختلف عن القبول في العقد التقليدي سوى في أنه يتم عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، ولذلك فهو يخضع بحسب الأصل

1 - أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 159؛ أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 75.

2 - يذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن القبول هو التعبير الذي يصدر من الممتلك وإن جاء أولاً، أما الحنفية فيرون أن القبول هو التعبير الثاني الذي يصدر من أحد المتعاقدين مملكا كان أو ممتلكا، راجع في ذلك: د/عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ج1، ص 101؛ عبد الرحمن بن عبد الله السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2002، ص 174.

3 - لم تعرف اتفاقية فيينا لعام 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع القبول لكنها تضمنت نصاً لا يكاد يخرج عن القواعد العامة في التقنينات المدنية وهونص المادة 18 منها الذي جاء فيه: "يعتبر قبولاً أي بيان أو تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب"، وهذا يعني أن القبول يمكن أن يكون تعبيراً صريحاً أو ضمناً.

للقواعد التي تنظم القبول في نظرية العقد، لكنه يحتوي على شيء من الخصوصية تجعله جديرا بالبحث والتنظيم فمن حيث المبدأ لا يخضع القبول، باعتباره تعبيراً عن الإرادة، لشكل معين فلكل متعاقد أن يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يختارها ولا يهم نوع هذه الوسيلة طالما أنها تعبر عن الإرادة.

فيصح أن يصدر القبول في العقد الإلكتروني عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة المباشرة، أو كتابة عن طريق الموقع ما لم ينص القانون أو يشترط الموجب طريقة معينة للقبول⁽¹⁾، فقد يشترط الموجب أن يكون القبول بنفس الوسيلة التي تم بها الإيجاب كالموقع مثلاً، فلا ينعقد العقد إلا إذا جاء القبول بنفس الطريقة المطلوبة.

وقد اشترط القانون التجاري الأمريكي الموحد أن يقدم القبول بنفس الطريقة التي صدر بها الإيجاب في المادة 206 فقرة 2 حيث جاء فيها أن التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب فإذا أرسل الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني، أو عبر موقع فيجب على من وجه إليه الإيجاب إن قبل التعاقد أن يعبر عن القبول بذات الطريقة.

وإذا لم يحدد الموجب وسيلة لإرسال القبول، فإن الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول يجب إرسالها إلى نظام المعلومات التابع للموجب أو إرسال القبول بنفس الطريقة التي تلقى بها العرض⁽²⁾.

وبما أن صور التعاقد الإلكتروني تتخذ أشكالاً متعددة، فإن التعبير عن القبول الإلكتروني يتم بعدة طرق منها الكتابة وإرسالها عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ إذا كان الطرفان يستخدمان طريقة المحادثة المباشرة أو تحميل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الانترنت وتنزيلها على جهاز الحاسوب الخاص بالقبول⁽³⁾.

1 - د/عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص110؛ د/خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص267.

2 - مراد يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص148.

3 - سامح عبد الواحد التهامي، الرسالة السابقة، ص175؛ د/عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص170.

ومن طرق القبول في العقد الإلكتروني النقر مرة واحد على خانة الموافقة حيث توجد عبارة "أنا موافق" (1).

وقد يشترط الموجب في حالة التعاقد بهذه الصورة، بغرض التأكد من صحة إجراء القبول أن يتم النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول الموجودة على شاشة الحاسوب (2).

وفي هذه الحالة فإن النقر مرة لا يرتب أثرا ولا ينعقد العقد، وغالبا ما يتم اللجوء إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل النهائية على العقد، وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت سهوا أو خطأ غير مقصود (3).

وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول كأن يطلب من القابل الإجابة على بعض الأسئلة مثل تحديد إقامته، أو كتابة بعض بياناته في الخانات التي تظهر على الشاشة كرقم البطاقة البنكية وتاريخ صدورها وأول رقم سري لها وتاريخ الميلاد، وذلك كله بغرض تأكيد القبول وجعله في صورة أكثر فعالية بمنح القابل فرصة للتروي والتدبر والتأكد من رغبته في القبول بالتعاقد، وبهذا تتم للقبول خاصيته الجازمة والنهائية (4).

وبما أن القواعد العامة تتيح أن يكون القبول صراحة أو ضمنا، فإن بعض الفقه قد رأى إمكانية التعبير عن القبول ضمنيا كأن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه، غير أن الرأي الراجح يذهب إلى أن التعبير عن إرادة القابل في العقد الإلكتروني لا يكون إلا صريحا بالنظر إلى أن القبول يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا ولا يمكن استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد منها.

1 - تستخدم مواقع الشبكة العالمية التي تتعامل باللغة الفرنسية غالبا عبارات تدل على الموافقة مثل عبارة d'accord أو j'accepte l'offre أما مواقع الشبكة باللغة الإنجليزية فنجد عبارات مثل ok أو I agree.

2 - double clic

3 - أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 77؛ د/عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 299.

4 - د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 94.

ووفقا لهذا الرأي فإنه لا محل للقول بأن التعبير عن إرادة القبول يمكن أن تكون إشارة متداولة عرفا أو اتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالاته على مقصود صاحبه⁽¹⁾. وقد رأى آخرون أن الحدود الفاصلة بين التعبير الصريح والتعبير الضمني بصدد القبول في العقد الإلكتروني تكاد تنعدم، فمجرد تدوين الشخص لرقم بطاقته البنكية على موقع الموجب يؤدي إلى إبرام العقد رغم أن الشخص لم يعلن قبوله صراحة⁽²⁾.

والواقع أن هذه الفكرة نظرية فقط، فالموجب في هذا المثال ينتظر قبول وتأكيده ولا يطمئن إلى القبول إلا بعد تأكيدات من القابل، ولذلك فإننا ندعم الموقف الذي يرى بأنه لا يجوز أن يكون القبول إلا صريحا، وبهذا يمكن تفادي الكثير من المنازعات لعل أهمها إثبات القبول في حالة قيام النزاع.

كما أثار الفقه مسألة السكوت ودلالاته عن القبول في بيئة العقد الإلكتروني، فالأصل أن مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب لا يعد قبولا وذلك تطبيقاً للقاعدة الشرعية القائلة بأنه لا ينسب لساكت قول.

واستثناء من هذه القاعدة قرر الفقه، ونص التشريع على اعتبار السكوت قبولا إذا كان سكوتا ملابسا اقتترنت به ظروف دلت على القبول، وفي هذا الإطار نصت المادة 68 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه"⁽³⁾.

ووفقا لهذا النص فإن السكوت يعتبر قبولا متى وجدت تعاملات سابقة بين الطرفين يمكن أن يستنتج منها رضا المتعاقد دون انتظار قبول صريح منه.

1 - د/أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 205.

2 - د/تامر محمد سليمان الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 79.

3 - يقابل هذا النص مع المادة 98 من التقنين المدني المصري، والمادة 95 من التقنين المدني الأردني، والمادة 81 من التقنين المدني العراقي، والمادة 44 من التقنين المدني الكويتي، والمادة 99 من التقنين المدني السوري.

هذا عن دلالة السكوت في القواعد العامة، أما بخصوص السكوت في التعاقد الإلكتروني فقد اختلف حوله الفقه ورأوا فيه ثلاثة آراء.

ذهب رأي من الفقه إلى أن سكوت أحد المتعاقدين في عقد إلكتروني بعد عدة تعاملات سابقة بينهما يمكن أن يستنتج منه القبول، شأنه في ذلك شأن القبول في العقود العادية، حيث أن مجرد استعمال الوسيلة الإلكترونية في إبرام العقد لا ينبغي أن يمثل مبررا للخروج عن القواعد العامة⁽¹⁾.

بينما يرى آخرون أن السكوت لا يصلح أن يكون تعبيراً عن القبول في العقد الإلكتروني، وذلك أن من يتسلم رسالة إلكترونية عبر الشبكة الدولية تتضمن إيجاباً ينص فيها على أنه إذا لم يرد على هذا العرض خلال مدة معينة فإن ذلك يعد قبولاً، فهذا معناه تجريد من وجه إليه الإيجاب من حقه في عدم الرد على الرسالة وإجباره على أن يكون الرفض صريحاً، وهذا أيضاً يتناقض مع حرية التعاقد وحرية التعبير عن الإرادة في العقود عموماً⁽²⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه وهو الرأي الراجح أن الحالات الاستثنائية التي يعتبر فيها السكوت قبولاً لا بد أن توصف دائماً بأنها استثناء وليست قاعدة عامة، كما يجب أن يتم التعامل معها بمنتهى الحذر في العقود الإلكترونية، فمن جهة لا يمكن الاعتداد بالعرف في هذا النوع من العقود نظراً لحدائتها، وبالنسبة للإيجاب الموجه لمنفعة من وجه إليه فإنه وضع غير مألوف في العقد الإلكتروني، أما عن حالة التعامل السابق بين الطرفين، فإن هذا لا يمكن لاعتبار السكوت قبولاً إلا إذا كان هناك اتفاق مسبق بين الطرفين⁽³⁾.

وأمام عدم وجود أي نص في قوانين المعاملات الإلكترونية العربية أو الأوروبية يشير إلى اعتبار السكوت قبولاً، فإنه يمكن القول أن استخلاص القبول يعد مسألة

1 - د/سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 124؛ بشار محمود دودين، الرسالة السابقة، ص 117.

2 - بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص 70.

3 - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 82؛ د/محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 70، 71.

موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع بما يملك من سلطة تقديرية لا يخضع فيها لرقابة محكمة القانون⁽¹⁾.

وتشترط القواعد العامة في القبول أن يكون موافقا ومطابقا للإيجاب في جميع المسائل التي تناولها هذا الأخير دون زيادة أو نقصان أو تعديل وإلا فإنه يعتبر إيجابا. وعلى هذا الحكم نصت المادة 66 من التقنين المدني الجزائري التي جاء فيها: "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا"⁽²⁾.

ومقتضى هذا الحكم أن ينصب القبول على الإيجاب بكل عناصره وشروطه، إذ لا يكون مطابقا للإيجاب إذا انصب على جزء مما تضمنه فقط وكذلك الأمر لو انطوى على تعديل شيء مما جاء في الإيجاب⁽³⁾.

غير أن تطبيق هذا الشرط على القبول في العقد الإلكتروني فيه شيء من الدقة، ففي صورة التعاقد عبر الإنترنت مثلا يتم أحيانا استعمال ما يسمى بتقنية النصوص المخفية، والتي يقصد بها أن يتضمن النص المعروض على شاشة الحاسوب سطرا يكون لونه مختلفا على ألوان باقي النص، وبالضغط على هذا السطر ينتقل مستخدم الإنترنت إلى نصوص أخرى ذات صلة بموضوع النص الأول، ويتم اللجوء إلى هذه التقنية حتى لا يكون حجم النص المعروض على الشاشة كبيرا وقد يتضمن الإيجاب في التعاقد عن طريق الإنترنت هذه النصوص المخفية بأن يقوم الموجب بوضع الشروط العامة في الصفحة التي تظهر على الموقع ثم يضع على ذات الصفحة إشارة إلى الشروط التفصيلية بحيث إذا ضغط من وجه إليه الإيجاب على هذه الإشارة فإنه ينتقل إلى صفحة أخرى مخصصة لبيان الشروط التفصيلية.⁽⁴⁾

¹ - د/عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 121.

² . يقابل هذا النص نص المادة 96 من التقنين المدني المصري، والمادة 2/99 من التقنين المدني الأردني، والمادة 182 من قانون الموجبات اللبناني، و 97 المادة من التقنين المدني السوري والمادة 85 من التقنين المدني العراقي، والمادة 1/19 من اتفاقية فيينا للبيوع لعام 1980، والمادة 31 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمادة 27 من مجلة الالتزامات والعقود المغربية.

³ - د/عباس العبودي، المرجع السابق، ص 132.

⁴ - THOUMYRE (L), l'échange des consentements dans le commerce électronique, centre de recherche en droit public, université de Montréal, page 11

وتثير هذه التقنية إشكالية أن الموجه إليه الإيجاب قد لا يلاحظ وجود الإشارة إلى شروط أخرى فيضغط على خانة الموافقة بالقبول دون قراءة الشروط الموجودة في الصفحة الأخرى.

وقد رأى بعض الفقه بأنه يمكن أن يتم وضع بعض شروط العقد في نصوص مخفية طالما أن هناك إشارة واضحة لهذا النص المخفي في النص الأصلي، وأن القبول يكون صحيحا ومطابقا في هذه الحالة طالما كان بإمكان الموجب له ملاحظة وجود النص المخفي⁽¹⁾ بينما رأى آخرون أنه لا يجوز استخدام تقنية النصوص المخفية في الإيجاب، وأنه يجب أن يكون الإيجاب في صفحة واحدة فقط، حتى يستطيع من وجه إليه الإيجاب الإطلاع على كل شروطه وبذلك فقط يكون القبول مطابقا للإيجاب⁽²⁾.

وقد أخذ بهذا الرأي الأخير التقرير الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي الخاص بالإنترنت حيث جاء فيه: "حتى يكون الرضاء صحيحا وكاملا، فإنه يجب ألا تكون شروط العقد واردة في نصوص مخفية." ⁽³⁾

وبصدد عقود شراء البرامج عن طريق ما يسمى بالتحميل تثور المشكلة حين يشرع القابل في عملية التحميل فتظهر له شروط استخدام البرنامج أي أن شروط العقد تظهر عند تنفيذه، فالموجب له لم يعلم بهذه الشروط إلا بعد عملية التحميل أو التنزيل على جهاز الحاسوب الخاص به.

وهذا ما يعني أن القبول لم يصدر مطابقا للإيجاب وبالتالي فالعقد لم ينعقد أصلا. ⁽⁴⁾ ويمكن أن تتحقق هذه الوضعية في صورة التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني، فقد يرسل الموجب رسالة إلكترونية يعرض فيها شروطه الجوهرية لإبرام العقد كالمنتج أو الخدمة والكمية والتمن، ويقوم الموجب له بإرسال رسالة إلكترونية تتضمن قبول الشروط الجوهرية لكنه يختلف معه في طريقة تنفيذ العقد أو دفع الثمن مثلا، ويمكن تصور ذلك أيضا في التعاقد عن طريق التفاعل الحواري المباشر، حيث يتم الاتفاق بين الطرفين

¹ -Gautrais (V), la couleur du consentement électronique, article, p.c P13

² - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 176.

³ - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 87.

⁴ - رامي علوان، المقال السابق، ص 253.

على الشروط الجوهرية وإرجاء الاتفاق على الشروط التفصيلية. ففي هذه الحالة ينعقد العقد ويتم الاتفاق على المسائل التفصيلية فيما بعد.⁽¹⁾

فإن حدث خلاف حول المسائل التفصيلية فإن المحكمة تقضي فيها وفقا لطبيعة المعاملة، وأحكام القانون، والعرف والعدالة.⁽²⁾

كما يشترط في القبول إلكترونيا كان أوعاديا أن يصدر قبل سقوط الإيجاب فإذا تحققت إحدى حالات السقوط فإن القبول يعد إيجابا جديدا يحتاج إلى القبول.

فحتى يؤدي التقاء القبول بالإيجاب إلى انعقاد العقد يجب أن يكون هذا الإيجاب ما يزال قائما.⁽³⁾

ففي التعاقد عن طريق الموقع مثلا يجب أن يصدر القبول خلال المدة التي حددها الموجب لصلاحيته إيجابه، أو خلال الفترة التي يوجد فيها الإيجاب على الموقع، أما بالنسبة للتعاقد عن طريق التفاعل المباشر فيجب أن يصدر القبول قبل أن يعدل الموجب عن إيجابه إلا إذا كان قد حدد مدة ينتظر فيها القبول، فحينئذ يجب أن يصدر القبول خلالها وفي كل حال يجب أن يصدر القبول قبل انتهاء التفاعل والاتصال بين الطرفين.⁽⁴⁾

وفي حالة التعاقد من خلال البريد الإلكتروني، فهي تشبه التعاقد عن طريق المراسلة وبالتالي فإن الموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه المدة اللازمة لوصول الإيجاب وإطلاع

¹ - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون العملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 230.

² - وهذا ما نصت عليه المادة 65 من التقنين المدني الجزائري التي جاء فيها: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة"، هذا النص يقابل المادة 95 من التقنين المدني مصري، والمادة 96 من التقنين المدني السوري، والمادة 100 فقرة 2 من التقنين المدني الأردني، والمادة 2 من تقنين الالتزامات السويسري، والمادة 61 من التقنين البولوني، وعلى عكس ذلك سار التقنين المدني الألماني، حيث نص في المادة 154 منه على ضرورة الاتفاق على جميع شروط العقد الجوهرية والتفصيلية حتى يتم العقد.

³ - د/ محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، المرجع السابق ص 66؛ د/ عباس العبودي، المرجع السابق ص 132.

⁴ - رامي علوان، المقال السابق، ص 255.

الطرف الثاني عليه والمدة اللازمة لإرسال القبول، فإن صدر القبول خلال هذه المدة فإن العقد ينعقد. (1)

وبما أن التعبير عن الإرادة سواء أكان إيجاباً أم قبولاً لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه طبق للمادة 61 من التقنين المدني الجزائري التي جاء فيها: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك". (2)

فلا يكفي، طبقاً لهذا النص، صدور القبول وإنما يجب أن يعلم الموجب بصدوره، وبتطبيق ذلك على مختلف صور التعاقد الإلكتروني يتضح أن الوضعية بسيطة، ففي التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني، الوضعية واضحة إذ لا ينعقد العقد حتى تصل الرسالة المتضمنة القبول إلى الصندوق البريدي الخاص بالموجب، وفي التعاقد عن طريق التفاعل الحواري المباشر يشاهد الموجب القابل ويعلم بالقبول فور صدوره، لكن عندما يصدر القبول من خلال الموقع فإن المسألة تحتاج إلى تنظيم.

وقد ذكرنا أن القبول في التعاقد عن طريق الموقع يكون بالضغط على خانة الموافقة وأن التشريعات قد فرضت ما يسمى بالنقر المزدوج على خانة القبول. (3)

ورغم أن العقد يعد مبرماً بمجرد الضغط مرتين، فإنه لا يوجد أي دليل على وصول هذا القبول إلى الموجب، فقد لا يطلع الموجب على موقعه أو يكون جهازه يصادف مشكلة فنية، وتفادياً لأي لبس اشترطت المادة 1369-5-2 من التقنين المدني الفرنسي على الموجب أن يقوم بإرسال إقرار باستلام القبول للمتعاقد الآخر خلال مدة معقولة من استلامه للقبول وذلك بطريقة إلكترونية. (4)

1 - د/عمر وعبد الفتاح على يونس، الرسالة السابقة ص 296.

2 - يقابل هذا النص نص المادة 91 من التقنين المدني مصري، ولا مقابل له في التقنين المدني السوري ولا في التقنين المدني الأردني.

3 - وهو ما يسمى ب double clic

4 - Article 1369 -5-2 " l'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée. "

وطبقا لهذا النص يقع على عاتق الموجب الذي وجه إيجابه عبر الموقع أن يقوم بإرسال إقرار باستلامه القبول إلى المتعاقد الآخر خلال مدة معقولة من استلامه له بوسيلة إلكترونية، ثم قررت المادة 1369-6 استثنائيين على هذا الالتزام في حالتين:

فلا يلزم الموجب بإرسال إقرار باستلام في العقود التي يتم إبرامها بواسطة البريد الإلكتروني، وذلك راجع إلى أنه يسهل على من وجه إليه الإيجاب التأكد بأن الموجب قد استلم القبول. فعند إرسال رسالة إلكترونية يعلم برنامج البريد الإلكتروني المرسل عن إرسال الرسالة واستلامها من المرسل إليه.

كما يجوز في العقود التجارية إذا تمت بين التجار المهنيين الاتفاق مسبقا على أن القابل لن ينتظر أي إقرار⁽¹⁾.

والمقصود بالإقرار بالاستلام أن يقوم الموجب بعد تلقيه القبول بإرسال رسالة إلكترونية إلى المتعاقد الآخر يخبره فيها بأنه قد استلم قبوله وأن العقد قد تم.

وبما أن العقد ينعقد بمجرد وصول القبول إلى الموجب فإن الفقه قد تساءل عن الهدف من وضع الالتزام بتوجيه الإقرار بالاستلام على عاتق الموجب.

فالإقرار بالاستلام لا يؤدي أية وظيفة في عملية إبرام العقد، وهوليس خطوة من خطوات إنشاء العلاقة العقدية، بل هو في حقيقة الأمر خطوة لاحقة لإبرام العقد، وقد أكدت مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي في فرنسا ذلك عندما ذكرت بأن الإقرار بالاستلام ليس له إلا دور فني محض، وأن هذا الإقرار بالاستلام خال من أية قيمة عقدية⁽²⁾.

¹ - جاءت صياغة المادة 1369-6 من التقنين المدني الفرنسي كما يلي:

Il est fait exception aux obligations visées aux 1a5 de l'article 1369-4 et aux deux premiers alinéas de l'article 1369-5 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques il peut, en outre, être dérogé aux dispositions de l'article 1369-5 et des 1a5 de l'article 1369-4 dans les conventions conclus entre professionnels.

² - TABAKA (B) loi pour la confiance dans l'économie numérique, article disponible sur : www.foruminternet.org. P 14

واجتهادا في البحث عن الهدف من فرضه، انقسم الفقه إلى اتجاهين، إذ يرى الأول منها أن دور الإقرار بالاستلام هو أن يتأكد المتعاقد الآخر بأن قبوله قد تم استلامه وأن العقد قد انعقد خشية أن يعتمد في حال عدم إرسال الإقرار بأن قبوله لم يتم استلامه، وبالتالي يعمد إلى إبرام عقد جديد ظنا منه أن العقد الأول لم يتم (1).

بينما يرى الاتجاه الثاني أن الهدف من الإقرار بالاستلام هو تسهيل عملية الإثبات حيث يحصل المتعاقد مع مالك الموقع على محرر إلكتروني يستطيع بموجبه إثبات وجود العقد في حالة قيام النزاع (2).

وواضح من نص المادة 1369-5-2 أنها اشترطت أن يتضمن الإقرار بالاستلام ملخصا عن شروط العقد والتي سبق أن وضعها الموجب في إيجابه الموجود على الموقع، وأن يتضمن ما يفيد وصول القبول إلى علم الموجب.

كما فرض النص أن يتم تسليم الإقرار بالاستلام بوسيلة إلكترونية لكنه لم يحدد نوعها، فيستوي أن تكون على الموقع نفسه بأن يضع الموجب ما يفيد أنه تسلم القبول بطريقة واضحة، كما يمكن أن يرسل بريدا إلكترونيا يعلم فيه القابل بأن قبوله قد وصل إليه.

كما أن النص المذكور قد أوجب أن يصل الإقرار بالاستلام إلى القابل خلال مدة معقولة من إرسال القابل قبوله للموجب.

ويلاحظ أن المادة 1369-5-2 عندما فرضت على الموجب هذا الالتزام فإنها لم تبين الجزاء على مخالفته، لكن الفقه قد رأى أنه يجوز العدول إلى قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي نصت المادة 14-3 منه : "إذا كان المنشئ قد ذكر أن رسالة البيانات مشروطة بتلقي ذلك الإقرار بالاستلام، تعامل رسالة البيانات وكأنها لم ترسل أصلا إلى حين ورد الإقرار".

¹ - د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق ص 113؛ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 78.

² - CAHEN (M.I), le consentement sur Internet, article disponible sur www.droit-tic.com.

واستناد لهذا النص، فإن من حق القابل أن يعتبر أن قبوله كأن لم يكن مالم يتلق إقرارا بالاستلام، لكن هذا لا يمنع العقد من الانعقاد⁽¹⁾.

ورأى آخرون أنه يتوجب على المشرع فرض عقوبة جزائية تتمثل في الغرامة لحمله على احترام النص⁽²⁾.

ومهما يكن من أمر، فإن الإقرار بالاستلام لا يزيد العقد صحة ولا يدخل في مرحلة إبرامه وإنما يبقى مجرد وسيلة لتجنب المنازعات حول إبرام العقد الإلكتروني.

المطلب الثاني

تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني

تلقى الوسيلة الإلكترونية التي يبرم العقد بواسطتها، بظلالها على العقد فتجعله ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، ورغم حداثة هذا النوع من التعاقد على فقه التقنين المدني وتشريعه، فإن التقنيات المدنية قد اهتمت بموضوع التعاقد بالمراسلة والتعاقد بين غائبين كما عكفت على تفصيل وقت إبرام العقد ومكانه وما ينتج عن ذلك من آثار دقيقة.

وبصدد العقد الإلكتروني يثور التساؤل حول طبيعته فيما إذا كان تعاقدًا بين حاضرين أم عقداً بين غائبين، وهذا ما سماه فقهاء الشريعة الإسلامية بمجلس العقد. كما تتجلى أهمية تحديد وقت إبرام هذا العقد ومكانه من عدة نواح أهمها تحديد القانون واجب التطبيق سواء من حيث الزمان أو المكان، وتحديد القاضي المختص بنظر المنازعات التي تنشأ عنها.

¹ - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع ص 284؛ د/ تامر محمد سليمان الدميطي، الرسالة السابقة، ص 98.

² - SHANDI (Y), la formation du contrat par voie électronique, thèse p.c, p144.

ومن أجل الوقوف على طبيعة العقد الإلكتروني ولحظة إبرامه فإننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول منها مجلس العقد الإلكتروني، لنعالج في الثاني وسائل تحديد زمان ومكان إبرام العقد.

الفرع الأول

مجلس العقد الإلكتروني

مجلس العقد فكرة من ابتداع فقهاء الشريعة الإسلامية صاغوها في شكل نظرية بلغت من الإتيان درجة كبيرة، ومؤدى هذه الفكرة تحديد المدة التي يجب أن تفصل بين الإيجاب والقبول حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه على ألا يسمح له في أن يتراخى إلى حد الإضرار بالموجب بإيقائه معلقاً دون رد وعلى هذه الفكرة نشأت نظرية مجلس العقد.⁽¹⁾

ورغم أن فكرة مجلس العقد لم تعالج من طرف الفقه الغربي والتقنيات الغربية، فإن التقنيات المدنية العربية قد تلتفتها بعدما اعتنتها التقنين المدني المصري.

ورد مصطلح مجلس العقد في التقنين المدني الجزائري في المادة 64 منه التي جاء فيها " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب بتحلل من إيجابه إذا لم يصدر فوراً وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص لآخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 90؛ ولنفس المؤلف الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء 01، ص 231.

غير أن العقد يتم ولولم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد⁽¹⁾

وقد حاول الفقه وضع تعريف لمجلس العقد فقال بعضهم بأن مجلس العقد هو مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينفذ بانتهاء الإنشغال بالتعاقد.⁽²⁾

وبتحليل النصوص وهذا التعريف، يتضح بأن مجلس العقد يقوم بين حاضرين إذا جمعها مكان واحد حيث يكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة حال كونها منصرفين إلى التعاقد لا يشغلها عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد عليه سواء رفضاً أو قبولاً، وإما بانفضاضه دون رد سواء كان هذا الانفضاض بالمفارقة الجسدية، أم بكونهما قد انشغلا أحدهما أو كلاهما عن التعاقد بأمر آخر⁽³⁾.

ويلحق بإتخاذ مجلس العقد على هذا النحو الحالة التي يكون فيها المتعاقدان على اتصال مباشر ولو كانا في مكانين مختلفين، كما هو الحال في التعاقد عن طريق الهاتف أو ما سماه التقنين المدني الجزائري أي طريق مماثل.

وعلى هذا فإن مجلس العقد يتنوع إلى نوعين، مجلس عقد حقيقي وحكمي، ومعيار التفرقة بينهما عنصران الزمان والمكان، ولذلك ترى غالبية الفقه أن أساس التمييز بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين يكمن في وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به⁽⁴⁾.

¹ - يقابل هذا النص نص المادة 94 من التقنين المدني المصري، والمادة 95 من التقنين المدني السوري، والمادة 96 من التقنين المدني الأردني، والمادة 46 من التقنين المدني الكويتي، والمادة 82 من التقنين المدني العراقي، والمادة 136 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، والمادة 239 من التقنين المدني السوداني.

² - د/ أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2008، ص 25.

³ - د/ مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص 350.

⁴ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 285.

وطبقاً للقواعد العامة يقوم مجلس العقد على عنصرين، عنصر مادي هو المكان، وعنصر معنوي هو الزمان، وبإسقاط ذلك على العقد الإلكتروني يتضح أن المتعاقدين عند استعمالهما الوسيلة الإلكترونية في التعاقد فإنهما يلتقيان في مكان افتراضي، فالموجب يوجه إيجابه عن طريق وسيلة مسموعة مرئية يتلقاه الموجه إليه عبرها، وبخصوص الزمان فقد تطول الفترة التي تستغرقها عملية الإبرام وقد تقصر حسب الطريقة التي يتم بها العقد فقد يكون التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني، وقد يتم عن طريق الموقع أو عن طريق المحادثة التفاعلية المباشرة⁽¹⁾.

ولتكوين مجلس العقد سواء أكان حكماً أو حقيقياً يشترط حضور المتعاقدين حضورياً مادياً واقعياً أو افتراضياً، وبدء الانشغال بالتعاقد⁽²⁾.

ويتم تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني حسب الصورة التي يتم بها العقد، ففي التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين والاتصال بينهما فوراً، فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى إغلاق الصندوق البريدي الإلكتروني والانصراف عن موضوع التعاقد⁽³⁾.

أما إذا كان التعاقد غير مباشر، أي أن يقوم الموجه بإرسال رسالة بريرية إلكترونية وينتظر الرد دون وقت محدد، فإن مجلس العقد يبدأ من لحظة إطلاع الطرف الثاني على الإيجاب الموجه إليه، ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت⁽⁴⁾.

وفي التعاقد عبر الموقع فإنه سواء كان التعاقد عبر الضغط على زر الموافقة أو عن طريق التنزيل أو التحميل، فإن مجلس العقد يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر حتى إغلاقه نافذة الموقع.

1 - د/ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 133.

2 - د/ أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق ص 31.

3 - د/ مندى عبد الله محمود حجازي، الرسالة السابقة، ص 356.

4 - مراد يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص 165.

ويبدأ مجلس العقد في صورة التعاقد عن طريق المحادثة من لحظة صدور الإيجاب إلى حين انتهاء المحادثة (1).

وفي جميع تلك الصور يتضح أن المتعاقدين لا يجمعها مكان واحد وهذا ما أوحى إلى بعض الفقه أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين دائماً، غير أنه يرد على ذلك أن المشرع عند حديثه على إتحاد مجلس العقد أعطى مثالا عن مجلس العقد الحكمي حينما نص على التعاقد عن طريق الهاتف أو ما يماثله.

وبالوقوف عند نص المادة 64 من التقنين المدني الجزائري يحق لنا أن نتساءل ما إذا كان يقصد المشرع بقوله "أوما يماثله"، فهل الوسائل الإلكترونية الحديثة تماثل الهاتف؟ إذا كانت الإجابة نعم فإن الفقه قد اختلف حول طبيعة العقد عن طريق الهاتف ما إذا كان بين حاضرين أم غائبين (2).

حيث رأى بعض الفقه أن التعاقد عن طريق الهاتف يعد تعاقدًا بين الحاضرين، فكل طرف يعلم بالتعبير الصادر عن الطرف الثاني لحظة صدوره كما لو كانا في مكان واحد، فلا وجود لأي فاصل زمني بين صدور الإيجاب وموافقة القبول له، ويتحدد زمان مجلس العقد بزمن المكالمة، ويبقى الإيجاب قائماً ما دامت المكالمة مستمرة وظل الطرفان منشغلين بالتعاقد وينفض المجلس بانتهاء المكالمة أو الإنصراف عن التعاقد وتغيير الموضوع إلا إذا اتفق الطرفان على تعيين أجل للقبول صراحة أو ضمناً (3).

في حين رأى جانب آخر من الفقه أن التعاقد عن طريق الهاتف وما يماثله من أجهزة هو تعاقد بين غائبين، لأن الهاتف ما هو إلا وسيلة لنقل الإرادة ولا يمكن للوسيلة أن تغير وصف العقد وطبيعته (4).

1 - آمانج رحيم أحمد، الرسالة السابقة، ص 175.

2 - د/ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 148.

3 - د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 131.

4 - د/ مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، 388.

ووقف جانب آخر من الفقه موقفا وسطا، فرأوا أن التعاقد عن طريق الهاتف وما يماثله هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، فهو تعاقد بين حاضرين لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به مما جعل العقد يتم فور صدور القبول واتصاله بعلم الموجب⁽¹⁾.

غير أن تطور الهاتف ووصوله إلى جيل الهواتف النقالة التي تطورت وأصبح بالإمكان استخدامها في الحديث مباشرة وفي نقل الصوت والصورة وإرسال الرسائل النصية، والاتصال بالإنترنت من خلالها فإنه ينبغي الوقوف عن كل حالة على حدى⁽²⁾.

فإذا كان الاتصال مباشرا وشفويا فإن التعاقد يعد عقدا بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا وهوما عنته المادة 64 بالحديث عن مجلس العقد الحكمي أو الافتراضي.

أما إذا استخدم الهاتف النقل في التعاقد عن طريق الرسائل النصية، فيجب النظر إلى كون الاتصال قد تم بالرسائل النصية مباشرة دون فاصل زمني بين إرسال الرسالة وعلم الطرف الآخر بها والرد عليها بصفة فورية برسالة مماثلة أو باتصال شفوي، فإن العقد في هذه الحالة يعد تعاقدًا بين حاضرين زمانا وغائبين من حيث المكان، أما إذا كان هناك فاصل زمني بين إرسال الرسالة وبين العلم بها أو الرد عليها ظل العقد مبرما بين غائبين⁽³⁾.

أما بخصوص طبيعة التعاقد الإلكتروني عن طريق الموقع أو المحادثة فإن الفقه قد انقسم حولها وتعددت المحاولات الفقهية بصدها كما يلي:

يرى بعض الفقه أن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا شأنه في ذلك شأن التعاقد بالمراسلة، فكل ما في الأمر أن الوسيلة قد تطورت، وهو تعاقد بين غائبين

¹ - لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 109.

² - عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 122.

³ - د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 135.

لعدم صدور الإيجاب والقبول في نفس اللحظة ولوجود فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره، هذا بالإضافة إلى اختلاف مكان المتعاقدين⁽¹⁾.

ويلاحظ أن هذا الرأي قد تجاهل حقيقة هامة وهي أن التعاقد الإلكتروني يتم فوراً في حالة التعاصر بين الإيجاب والقبول، حيث يكون كل متعاقد في اتصال مباشر مع الآخر ففي التعاقد عن طريق المحادثة المباشرة واستخدام كاميرا فيديو يتم تبادل الإيجاب والقبول مباشرة فلا تبقى أي عبرة للمكان⁽²⁾.

ويرى اتجاه آخر من الفقه أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين، إذ يكون المتعاقدان على اتصال مباشر بينهما، فرغم عدم اتحادهما جسدياً فإنه لا يفصل بين صدور القبول والعلم به أية فترة زمنية جديرة بأن تجعل التعاقد يتم بين غائبين، ويكون مجلس العقد حكماً لا حقيقة⁽³⁾.

ويرى اتجاه ثالث أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، فالوسيلة المستخدمة تزيل الفوارق الزمنية، ويحدث الاتصال بصفة فورية، ولاختلاف مكان وجود الطرفين يبقى العقد محتفظاً بكونه عقداً بين غائبين⁽⁴⁾.

وخلافاً للأراء السابقة، ذهب جانب من الفقه إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين من طبيعة خاصة، وذلك أن التعاقد بين حاضرين يفترض وجود المتعاقدين في مكان واحد وحدوث اتصال مباشر بينهما، وهذا مالا يحدث في التعاقد الإلكتروني، كما أنه لا يمكن وصف العقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين غائبين، لأن هذا الأخير يقوم على فكرة التفاوت في المسافات والتفاوت في الزمان، وهذا مالا ينطبق على العقد الإلكتروني، فلم يبق إلا القول بأنه، أي العقد الإلكتروني، تعاقد بين غائبين من طبيعة خاصة⁽⁵⁾.

1 - د/ أسامة احمد بدر، المرجع السابق، ص 225.

2 - د/ بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص 83؛ لما عبد الله صادق سلهب، الرسالة السابقة، ص 118.

3 - د/ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 29؛ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 133.

4 - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 69؛ د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 145.

5 - د/ فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 61؛ لما عبد الله صادق سلهب، الرسالة السابقة، ص 118.

وتفاديا لهذا الرأي، ذهب فريق آخر من الفقه إلى أن التعاقد الإلكتروني يمثل منزلة وسطى بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين، فلا يمكن القول بأن العقد الإلكتروني بين غائبين في كل الأحوال، كما لا يمكن وصفه بأنه تعاقد بين حاضرين في كل صورته، فتحديد طبيعة العقد تتوقف على المعيار المختار في تحديد لحظة التقاء الإيجاب بالقبول فمن يبحث عن الزمان سيجد بأن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين، ومن يستند إلى المكان في تحديد لحظة التقاء الإيجاب بالقبول يراه تعاقدًا بين غائبين⁽¹⁾.

وخلاصة لكل تلك المواقف الفقهية المتقاربة أحيانا والمتضاربة أحيانا أخرى، فإنه بالنظر إلى التطورات السريعة لتقنيات الاتصال، فإنه يجب أن ينظر إلى كل وسيلة على حدى، فمتى استخدم الشخص الإنترنت مثلا بطريقة تتيح نقل الصوت مثلا، فإن الرأي الذي ذهب إلى أن التعاقد في هذه الحالة هو تعاقد بين حاضرين زمانا وغائبين من حيث المكان هو رأي جدير بالثقة والاعتماد، وهو يشبه تماما ما قيل عن التعاقد عن طريق الهاتف ويجعل نص المادة 65 منطبقة تماما عليه، أي أن مجلس العقد مجلس حكمي في هذه الحالة.

أما إذا استخدمت الإنترنت لنقل الصوت والصورة معا، فأمام انعدام الفاصل الزمني وتلاشيه لا يبقى أي وزن أو أهمية للمكان وبالتالي يكون العقد بين حاضرين، فكل طرف يرى الطرف الثاني ويسمعه ويعاين محل العقد.

وفي حالة استخدام البريد الإلكتروني فإنه ينطبق عليها، في نظرنا، ما قاله بعض الفقه، وقد عرضناه بصدد التعاقد عن طريق الرسائل النصية بالهاتف المحمول، فإن كان تبادل الرسائل عبر البريد يتم فوريا كان العقد بين حاضرين، أما إذا وجدت فوارق زمنية كان العقد عقدا بين غائبين.

وأمام هذه الخصوصية في اختلاف طبيعة العقد وتنوع مجلسه من حقيقي إلى حكمي، فإنه ينبغي وضع نصوص خاصة بمجلس العقد الإلكتروني تسد الباب أمام كل الاختلافات

¹ - بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص 84؛ فريد عبد المعز فرج، المقال السابق، ص 542.

وتحسم المواقف وتوحد الحلول، أو تفصيل النصوص القائمة لتحتوي مختلف الصور المتطورة للتعاقد بهذه الوسائل.

الفرع الثاني

زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

اتضح مما سبق أنه من أهم خصائص العقد الإلكتروني أنه عقد عن بعد، وهي الخاصية التي تعني أن طرفيه لا يجمعهما مكان واحد ما يؤدي في الغالب إلى وجود فاصل زمني قد يطول وقد يقصر بين صدور الإيجاب واتصاله بعلم من وجه إليه، والقبول واتصاله بالموجب.

وإذا كان البحث في مسألة زمان ومكان إبرام العقد بين طرفين متباعدين قد حظيت بدراسات مستفيضة ولقيت عناية من فقهاء القانون المدني وتشريعه، فإن تطور وسائل الاتصال عن بعد وظهور الحديث منها، وخصوصاً الإنترنت، قد أضفى على المسألة أبعاداً جديدة⁽¹⁾.

وإذا كان التعاقد عن بعد عموماً، والعقد الإلكتروني وهو مجال بحثنا، يميزه بصفة أساسية التباعد المكاني بين أطرافه، فإن التساؤل عن اللحظة التي يبرم فيها هذا العقد، ومكانه يعد تساؤلاً مشروعاً بالنظر إلى أهمية الإجابة عنه.

وتبدو أهمية تحديد زمان انعقاد العقد بأنه منذ لحظة إبرامه يتمتع عن طرفيه نقضه أو التحلل منه، كما أنه بداية من تلك اللحظة تترتب عليه آثاره وتنشأ مختلف الالتزامات التي حددها أطرافه⁽²⁾.

¹ - د/ محمود السيد عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، المرجع السابق، ص 124؛ يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص 58

² - من آثار العقد مثلاً انتقال الملكية إذا كان العقد عقد بيع محله شيئاً منقولاً محددًا بذاته، كما تنتقل تبعه الهلاك منذ لحظة إبرامه إلى المشتري في التقنين الفرنسي بخلاف الحال في التقنين المدني الجزائري الذي لا تنتقل فيه إلا بالتسليم، ومن المواعيد التي تنشأ عن العقد مواعيد التقادم والسقوط فدعوى إبطال العقد للاستغلال تسقط مثلاً بمضي عام من لحظة إبرام العقد طبقاً للمادة 2/90 من التقنين المدني الجزائري.

ومن ناحية تحديد مكان العقد تظهر أهمية ذلك في مجال تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، حيث أن مكان العقد هو الذي يحدد الشكل الذي يجب أن يخضع له العقد، كما يعد المكان الذي أبرم فيه العقد ضابط إسناد لمعرفة القانون واجب التطبيق على العقد.

فعن وقت إبرام العقد الإلكتروني يثور التساؤل حول اللحظة التي يمكن فيها القول بأن العقد قد تم، فهل هو الوقت الذي وصلت فيه الرسالة الإلكترونية أو رسالة البيانات إلى الموجب ودخلت نظامه الخاص بمعالجة المعطيات أو هو الوقت الذي يقوم فيه الموجب بالاطلاع عليها.

في بحث هذه المسألة، اختلفت الآراء الفقهية وانقسمت إلى أربعة اتجاهات، وبتطبيقها على العقد الإلكتروني نكون أمام أربعة أوقات لإبرام العقد وتحديد زمان نشأة الرابطة العقدية الإلكترونية.

أولاً- نظرية إعلان القبول: ومؤدى هذه النظرية أن العقد يتم بمجرد إعلان القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب، أوفي اللحظة التي يتخذ فيها هذا الأخير قراره بقبول الإيجاب، فمتى أعلن إليه من وجه إليه الإيجاب قبوله فقد توافقت الإرادتان وتم العقد دون توقف على علم الموجب أو عدم علمه بذلك، فالقبول وفقاً لهذا الاتجاه تعبير إرادي غير واجب الاتصال إذ يكفي مجرد إعلانه من صاحبه⁽¹⁾.

وبإعمال هذه النظرية على العقد الإلكتروني يمكن القول بأن لحظة إبرام العقد هي اللحظة التي يضغط فيها القابل على خانة القبول بالموافقة، وإذا كان العقد يتم عن طريق البريد الإلكتروني فإن لحظة إبرام العقد هي اللحظة التي يضغط فيها القابل على خانة إرسال البريد الإلكتروني المتضمن قبوله⁽²⁾.

¹ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 78؛ د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 208؛ يحي يوسف فلاح حسن، الرسالة السابقة ص 64.

² - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 92؛ رامي علوان، المقال السابق، ص 258؛ يحي يوسف فلاح حسن، الرسالة السابقة ص 62.

ورغم أن هذه النظرية تجد مبررا لها في السرعة التي تسير بها المعاملات الإلكترونية وطبيعة الرسائل الحديثة المستخدمة فيها فإنها لا تتفق مع الواقع، فقد ينكر القابل أنه أعلن قبوله دون أي يتمكن الموجب من إثبات إعلان القبول.

ثانيا- نظرية تصدير القبول: تشترط هذه النظرية حدوث واقعة مادية هي تصدير أو إرسال القبول، إذ لا يتم العقد من الوقت الذي يعلن فيه القابل قبوله بل من الوقت الذي يرسل فيه هذا القبول فعلا إلى الموجب أي منذ لحظة خروج القبول من بين يدي صاحبه بحيث لا يملك استرداده⁽¹⁾ كأن يقوم القابل بإرسال بريده الإلكتروني أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو رسالة نصية عبر الهاتف النقال، أو عن طريق الضغط على خانة القبول في حالة ما إذا كان التعاقد عن طريق الموقع.

وقد أعاب الفقه على هذه النظرية أنها لم تضيف على النظرية السابقة سوى واقعة مادية هي تصدير القبول وهي واقعة لا أثر لها في الإرادة ولا تضيف أية قيمة للقبول⁽²⁾.

ويلاحظ أن تصور إبرام العقد طبقا لهذه النظرية يفترض وجود فارق زمني بين تصدير القبول وتسلمه، وهذا ما لا يتحقق في كل الأحوال، فإذا كان هذا الفرض يصدق في حالة التعاقد عن طريق البريد التقليدي، فإنه بصدد التعاقد عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة فلا يتصور تصدير القبول دون تسلمه إلا في حالة البريد الإلكتروني، إذ يمكن إرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول من جانب القابل وعدم تسلمها من طرف الموجب لسبب فني أو لفقدانها، أما في حالة التعاقد عن طريق الموقع فيتلاشى كل فارق زمني بين التصدير والتسليم⁽³⁾.

¹ - د/ تامر محمد سليمان الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 89؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 297.

² - في انتقاد هذه النظرية راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 201؛ د/ شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 122.

³ - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 94؛ رامي علوان، المقال السابق، ص 258.

ثالثا- نظرية تسلم القبول: ووفقا لهذه النظرية لا يتم العقد إلا بوصول القبول إلى الموجب وتسليمه إليه، فعندئذ فقط يمكن القول بأن العقد صار باتا بصرف النظر عن العلم الفعلي للموجب بالقبول، وتطبيقا لذلك على العقد الإلكتروني، فإنه يكون منعقدا في اللحظة التي وصلت فيها الرسالة أودخلت إلى صندوق البريد الإلكتروني، ولولم يكن الموجب قد علم بمضمونها، وعندما يتم التعاقد عن طريق الموقع فإن لحظة إبرام العقد هي لحظة استلام رسالة البيانات أو المعلومات على الجهاز الخاص بالموجب⁽¹⁾.

ولم تسلم هذه النظرية من القصور، فوصول القبول شبيه بتصديره، فهو لا يعدو أن يكون واقعة مادية ليس لها دلالة قانونية، فتسلم الموجب للقبول لا يعني علمه به، كما أن الرسالة قد لا تتضمن قبولا بل إيجابا جديدا أوفرضا، فضلا عن الغش والتحايل الذي قد يرتكبه الموجب للقول بأنه استلم الرسالة لكنه لم يعلم بمحتواها.

رابعا- نظرية العلم بالقبول: ومقتضى هذه النظرية أن العقد يتم في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، إذ لا تحدث الإرادة أثرها إلا إذا علم بها من وجهت إليه، فلا بد من توافق إرادتين حتى يتحقق اقتران الإيجاب بالقبول⁽²⁾.

وبإسقاط ذلك على العقد الإلكتروني، فإن العقد ينعقد من خلال البريد الإلكتروني في اللحظة التي يفتح فيها الموجب صندوق بريده الإلكتروني ويطلع على رسالة القابل، وفي العقد المبرم عن طريق الموقع ينعقد العقد بمجرد علم الموجب بالقبول الصادر عبر الموقع.

وقد أخذ على هذه النظرية أن علم الموجب بالقبول أمر شخصي يتم منفردا دون تدخل القابل أو علمه، كما أنه يصعب على القابل إثبات علم الموجب بقبوله إذ يستطيع الموجب إنكار وصول القبول إلى علمه بما يتفق ومصلحته.

وقد اعتنق المشرع الجزائري هذه النظرية، وبلغ هذه النتيجة بأن وضع مبدءا عاما في تعيين الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره، فقرر في المادة 61 منه على

¹ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 81؛ د/ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 142.

² - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 208؛ لما عبد الله صادق سلهب، الرسالة السابقة، ص 126.

مايلي: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك"⁽¹⁾.

ثم طبق المشرع هذا المبدأ على التعاقد بين غائبين فقرر في المادة 67 منه مايلي: "يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"⁽²⁾.

أما قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، فلم يدرج أية قاعدة تتضمن تحديد زمان تكوين العقود في الحالات التي يجري فيها التعبير عن الإرادة سواء في الإيجاب أو القبول بواسطة رسالة بيانات، وتبريرا لهذا الموقف جاء في الدليل التشريعي المرفق بقانون

الأونيسترال في تعليقه على المادة 11 الخاصة بتكوين العقود، أنه بالنسبة إلى زمان ومكان تكوين العقود في الحالات التي يجري التعبير فيها عن عرض أو عن قبول العرض بواسطة رسالة بيانات، فلم تدرج في القانون النموذجي أية قاعدة محددة بغية عدم المساس بالقانون الوطني الساري على تكوين العقود، فقد روى أن أي نص كهذا قد يتجاوز الهدف من القانون النموذجي الذي ينبغي أن يقتصر على النص بأن الرسائل الإلكترونية تحقق نفس درجة الدقة القانونية التي تحققها وسائل الإبلاغ الورقية، وإدماج القواعد القائمة حاليا بشأن تكوين العقود بالأحكام الواردة في المادة 15 يهدف إلى تبييد عدم اليقين بشأن زمان ومكان تكوين العقود في الحالات التي يتم فيها تبادل العرض أو القبول إلكترونيا⁽³⁾.

ويستفاد من ذلك، أن قانون الأونيسترال النموذجي اتجه إلى بحث مسألة زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات بغرض تبييد انعدام اليقين بشأن زمان ومكان تكوين العقود

¹ - يتطابق هذا النص مع نص المادة 91 من التقنين المدني المصري.

² - وهي المادة المطابقة لنص المادة 97 من التقنين المدني المصري، والمادة 98 من التقنين المدني السوري، بينما أخذ المشرع الأردني بنظرية إعلان القبول في نص المادة 101 منه التي جاء فيها: "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني بغير ذلك" وهذا في حين اعتنقت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع نظرية تصدير القبول في المادة 2/18 منها.

³ - وائل بندق، المرجع السابق، ص 75 فقرة 78.

المبرمة بوسيلة إلكترونية فقد نظم هذا القانون مسألة زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات في المادة 15 منه مشيراً في فقرتها الأولى إلى أن لحظة إرسال رسالة البيانات هي اللحظة التي تخرج فيها هذه الرسالة عن سيطرة المنشئ وتدخل نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه والذي لا يخضع لسيطرة المنشئ أو ما ينوب عنه.

أما التقنين المدني الفرنسي فلم يكن قبل سنة 2004 يتضمن أي نص يفيد اعتناق أية نظرية من النظريات الأربع، وهذا ما جعل الفقه يتخبط في ظل هذا الفراغ التشريعي، حيث كان يرى أن تحديد لحظة إبرام العقد هي مسألة واقعية يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، وهذا ما جعل أحكام المحاكم تختلف باختلاف وجهات نظر القضاة، فمنهم من يأخذ بنظرية استلام القبول ومنهم من أخذ بنظرية تصدير القبول إلى أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها الشهير المؤرخ في 1981/01/07 والذي يعتبره الكثير من الفقه الفرنسي بمثابة مبدأ عام حيث جاء فيه:

"... في حالة عدم وجود اتفاق مخالف، يصبح العرض تاماً، ليس بتسلم من صدر عنه لقبول من وجه إليه، وإنما بتصدير الأخير لهذا القبول"⁽¹⁾.

غير أنه بصدور القانون رقم 575/2004 الصادر في 2004/06/21 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي، تصدى المشرع لتنظيم مسألة تحديد زمان ومكان القبول في العقد الإلكتروني بشكل صريح، حيث تم إضافة المادة 1369-5 إلى التقنين المدني الفرنسي⁽²⁾ التي تقضي بأن العقد الإلكتروني يكون قد انعقد صحيحاً بعد تأكيد القبول والإقرار

¹ - جاءت الصياغة الفرنسية لهذا الحكم كما يلي:

"... faute de stipulation contraire, l'offre était destinée à devenir parfaite, non pas par la réception par son auteur de l'acceptation de sa destinataire, mais par l'émission par celle-ci de cette acceptation".

أورد هذا الحكم وتعليقات الفقه الفرنسي عليه د/ حسن قاسم، المرجع السابق، ص 85.

² - أضيفت هذه المادة إلى التقنين المدني الفرنسي بموجب المادة 2/25 من القانون 575/2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي الذي صدر في فرنسا استجابة للتوجيه الأوروبي رقم 31/200 بشأن التجارة الإلكترونية وكانت تحمل رقم 1369-2 لكنها نقلت إلى 1369-5 بموجب المرسوم 674/2005 الصادر في 2005/06/16.

باستلامه من طرف الموجب فقد نصت في فقرتها الثالثة على أن الطلب وتأكيد القبول والإقرار بالاستلام يعتبرون قد وصلوا عندما يستطيع المرسل إليه أن يطلع عليهم⁽¹⁾.

وهذا النص مقتبس من المادة 11 من التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية الذي كان يهدف إلى توحيد الحلول التشريعية الخاصة بالتجارة الإلكترونية للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي.

ويمكن القول وفقا لنص المادة 1369-3/5 من التقنين المدني الفرنسي أن المشرع الفرنسي عاد بعد فترة فراغ طويلة إلى اعتناق مذهب تسلم القبول ملغيا بصفة ضمنية اجتهاد محكمة النقض في الحكم المذكور أعلاه⁽²⁾.

وبتطبيق هذا النص على العقود التي تتم عبر البريد الإلكتروني فإن وقت تسليم القبول هو وقت وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب ولا يهم بعد ذلك إن كان الموجب قد فتح بريده الإلكتروني أم لا، فالعقد يعتبر قد انعقد وقت وصول الرسالة الإلكترونية إلى صندوق البريد، إذ العبرة بوقت تسلمها وليس بوقت العلم بها⁽³⁾.

وبالنسبة للتعاقد من خلال التفاعل الحواري المباشر فيعتبر العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين يوجد فيهما الموجب أثناء صدور القبول وذلك أن الموجب يعلم حتما بالقبول فور صدوره.

وإذا كانت المادة 15 من قانون الأونسترال قد قضت بأن رسالة البيانات تكون قد استلمت منذ وقت دخولها لنظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه، فإن هذا الأمر قد يؤدي إلى مشكلة في تحديد مكان إبرام العقد، وذلك في حالة وجود صندوق البريد الإلكتروني أو الموقع الخاص بالموجب في مكان مختلف عن مكان وجود الموجب نفسه.

¹ - Article 1369-5/3 "...la commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès".

² - Shandi (Y), la formation du contrat à distance par voie électronique, thèse p.c, p244

³ - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 212؛ لما عبد الله صادق سلهب، الرسالة السابقة، ص 136.

فقد ينشئ الشخص بريدا إلكترونيا في بلد ما كبريطانيا مثلا لوجود مقر الشركة التي يملكها هناك لكنه يقيم مع عائلته في فرنسا أو هولندا فهل مكان إبرام العقد المحل الذي يوجد فيه مكان العمل أو مكان وجود الشخص؟

رأى البعض أن مكان إبرام العقد هو مكان العمل على أساس أن الإيجاب والقبول قد تما في نظام المعلومات الموجود بالعمل، بينما رأى البعض الآخر أن العبرة بالنسبة لمكان العقد هي بمكان وجود المتعاقد نفسه⁽¹⁾.

ومهما يكن فإنه يجب في نظرنا الرجوع إلى ما نصت عليه المادة 14 فقرة 4 من قانون الأونيسترال التي قضت بما يلي : "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ولأغراض هذه الفقرة:

أ- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيس إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

ب- إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد".

وكما يبدو فإن هذا النص قد وضع معيارا يمكن اللجوء إليه لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، فمقر عمل الموجب هو مكان إبرام العقد على أساس أنه مكان استلام الرسالة التي تضمنت القبول، وإذا لم يكن للموجب مقر عمل فالعبرة بمحل إقامته.

والأخذ بهذا المعيار سليم ومنطقي فهو معيار ثابت يغني عن البحث عن مكان وجود الموجب وقت أن تسلم الرسالة المتضمنة القبول.

¹ - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 219؛ د/ شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، 141؛ يحي يوسف فلاح حسن، الرسالة السابقة، ص 69.

الفصل الثاني

وسائل حماية التراضي في العقد الإلكتروني

إذا كانت خصوصية التعاقد الإلكتروني تكمن في الوسائل الجديدة التي أتاحتها التكنولوجيا للتعبير عن الإرادة، وأنه لهذا السبب وحده يحتاج إلى تنظيم قانوني خاص وفريد، فإن استعمال تلك الوسائل قد جعلت رضا المتعاقد محل نظر، وذلك أن استخدام الوسيلة الإلكترونية في نقل التعبير عن الإرادة قد عرض رضا المتعاقد للخطر وحرمه من الوسائل التقليدية المخصصة لحماية التراضي التقليدي والتي قد تكون قاصرة في حمايته أثناء تكوين العقد الإلكتروني، ومن صور قصور الوسائل التقليدية صعوبة التحقق من أهلية المتعاقد في العقد الذي يبرم بالوسائل الإلكترونية، وكذلك صعوبة التحقق من هويته، كما أن إرادته تكون عرضة لعيوب الإرادة، وهذا ما يثير التساؤل حول كفاية القواعد العامة في نظرية العقد لتوفير حماية مثلى للتراضي.

إنه بغرض تسليط الضوء على مظاهر الخصوصية في حماية التراضي في العقد الإلكتروني، فإننا نعالج في المبحث الأول من هذا الفصل صحة التراضي في العقد الإلكتروني بأن نعرض للوسائل الكفيلة بالتحقق من أهلية المتعاقد وكفاية نظرية عيوب الإرادة لكفالة هذه الحماية.

ثم نخصص المبحث الثاني لاستعراض ما يسمى بالحق في العدول عن العقد كصورة مثالية للتراضي المحمي في المعاملات الإلكترونية.

المبحث الأول

صحة التراضي في العقد الإلكتروني

من المقرر في القواعد العامة أنه لكي ينعقد العقد صحيحاً، فإنه لا يكفي التعبير عن الإرادة بل يجب، إلى جانب ذلك، أن يكون التراضي صحيحاً، ويكون كذلك إذا استوفى

شرطين، الأول منهما أن تصدر الإرادة عن شخص ذي أهلية للتعاقد، والثاني أن تكون إرادته سليمة من العيوب التي قد تعتربها.

وإذا كان متاحا لكل طرف في العقود التقليدية التحقق من شخصية وأهلية الطرف الثاني، فإنه في مجال العقود الإلكترونية، يكون التحقق من أهلية المتعاقد وهويته أمرا في غاية الصعوبة إن لم يبد مستحيلا.

كما أن الوسيلة التقنية المستخدمة في إبرام العقد تجعل إرادة الأطراف أو أحدهما على الأقل أكثر عرضة لأن تشوبها عيوب الإرادة.

إن النظر في خصوصيات الأهلية في التعاقد الإلكتروني وعيوب الإرادة يجعلنا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نكرس الأول منهما لصعوبات التحقق من أهلية المتعاقد في العقد الإلكتروني والحلول المقترحة من طرف الفقه وتشريعات المعاملات الإلكترونية، لنتناول في الثاني منهما الأحكام الجديدة والخاصة بنظرية عيوب الإرادة في هذا العقد.

المطلب الأول

الأهلية في العقد الإلكتروني

تعد الأهلية لدى المتعاقدين شرطا أساسيا ولازما لقيام العقد صحيحا، ولوجود الإرادة وصحتها في نظر القانون، فإن انعدمت الأهلية كان العقد باطلا، وإن كانت ناقصة أصبح العقد قابلا للإبطال⁽¹⁾.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية في نصوص التقنين المدني في المواد 40، 42، 43، 44، 45، والمواد من 81 إلى 107 من تقنين الأسرة.

ويلاحظ من مختلف تلك النصوص أن تقنيننا المدني لم يأخذ بفكرة الفقه الإسلامي في تقسيمه لتصرفات ناقص الأهلية تبعا لمراحل أهلية الأداء إلى ثلاثة أقسام وهي التصرفات

¹ - لمزيد من التفصيل حول تصرفات ناقص الأهلية راجع: د/ محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين النفع والضرر في التقنين المدني الجزائري، دار هومة. الجزائر، طبعة 2002، ص12؛ د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في التقنين المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 97.

النافعة نفعا محضاً، والتصرفات الضارة ضرراً محضاً، والتصرفات المترابحة بين النفع والضرر، بل اعتنق فكرة الفقه الفرنسي في الحكم على تصرفات ناقص الأهلية بقابليتها للإبطال، مما جعل تصرفات الصبي المميز ومن هوفي حكمه، كالسفيه تأخذ حكماً مزدوجاً، فهي في نظر التقنين المدني قابلة للإبطال وفقاً لنص المادة 101 منه بينما هي موقوفة على إجازة الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد أو إجازة وليه، طبقاً للمادة 83 من تقنين الأسرة، وللأسف فإن التعديلات التي أدخلت على التقنين المدني سنة 2005 بموجب القانون 10/05 وكذا نظيرتها على تقنين الأسرة في نفس السنة لم ترق إلى التطلعات ولم تستجب لحسم هذا الموقف المزدوج.

وبغض النظر عن هذه الازدواجية في الحكم، فإن الأهلية والتي هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية تنقسم إلى نوعين، أهلية وجوب ويقصد بها صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وتقرر عليه التزامات وهي تثبت للشخص بمجرد ولادته حياً⁽¹⁾.

وأهلية أداء ويقصد بها صلاحية الشخص لاستعمال الحق⁽²⁾ وهي تتأثر بالسن، ودرجة تمييز الشخص.

وتطبق قواعد الأهلية على التعاقد الإلكتروني، فالأصل أن كل شخص كامل الأهلية، ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون⁽³⁾.

وقد يترتب على الانفصال المكاني بين أطراف العقد الإلكتروني عدم معرفة كل المعلومات الأساسية عن بعضهم البعض، لذلك تظهر أهمية مسألة التأكد من هوية وأهلية أطراف العقد، وهذا نظراً للطابع الخاص للوسائل المستخدمة في إبرام العقد الإلكتروني،

¹ - وهذا ما نصت عليه المادة 25 من التقنين المدني الجزائري، المطابقة للمادة 28 من التقنين المدني المصري، والمادة 31 من التقنين المدني السوري، والمادة 30 من التقنين المدني الأردني.

² - د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 344.

³ - وهذا ما نصت عليه المادة 79 من التقنين المدني الجزائري، الموافقة لنص المادة 109 من التقنين المدني المصري، والمادة 110 من التقنين المدني السوري، والمادة 116 من التقنين المدني الأردني، والمادة 175 من التقنين المدني الإماراتي، والمادة 84 من التقنين المدني الكويتي، والمادة 93 من التقنين المدني العراقي.

التي تتيح إمكانية التعاقد بين أشخاص من دول وجنسيات وأعمار مختلفة، وقد يخضعون لأنظمة قانونية مختلفة في تحديد سن الرشد، ولذلك أصبحت مسألة التأكد من أهلية المتعاقدين مسألة ينفرد بها العقد الإلكتروني⁽¹⁾.

فقد يتم التعاقد عبر مواقع شبكة الإنترنت مثلا، بالدخول مباشرة في الموقع دون أن يعرف كل طرف من أطراف العقد ما إذا كان يتعامل مع أصيل أم مع وكيل، ومع بالغ أم مع قاصر، معسر أو موسر، بل قد يجد المتعاقد نفسه مع مجرد موقع وهمي وضع بغرض النصب والاحتيال على المترددين عليه⁽²⁾.

إن العقد الإلكتروني كأبي عقد آخر، يجب لانعقاده صحيا أن يكون صادرا عن متعاقدين تتوافر فيهما أهلية التعاقد، فإذا أقدم الشخص على إبرام هذا العقد صحيا فإنه يتوجب عليه التدقيق في أهلية الطرف الثاني بأية وسيلة ممكنة، كما أن البيانات التي يطرحها أحد المتعاقدين قد لا تكون صحيحة، ولا يملك المتعاقد في ظل هذه الظروف وسيلة للتحقق من بيانات الطرف الثاني⁽³⁾.

وقد يلجأ القاصر إلى وسائل احتيالية كاستخدام موقع والده أو بريده الإلكتروني أو رمزه السري لإبرام العقد وهنا يثور التساؤل عن يتحمل المسؤولية عن الأضرار اللاحقة بالطرف الثاني.

لمعالجة هذه الإشكاليات وغيرها اقترح بعض الفقه أنه ينبغي التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر وترجيح مصلحة المهنيين، فإذا استعمل قاصر بطاقة ائتمان خاصة بأحد والديه واستخدمها في إبرام عقد مع أحد التجار عن طريق شبكة الإنترنت فيجوز لهذا التاجر، متى كان حسن النية ولم يعلم بقصر الطرف الثاني، أن يتمسك بأن القاصر باستخدامه هذه البطاقة قد توافر به مظهر صاحبها وبالتالي يكون قد ظهر بمظهر الشخص الراشد، كما يستطيع هذا التاجر العدول أيضا على القاصر على أساس قواعد المسؤولية

¹ - HUET (J), le code civil et les contrats électroniques, article disponible sur : www.actoba.com, p 11

² - رامي علوان، المقال السابق، ص 240.

³ - د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 82؛ د/ محمد سعيد أحمد إسماعيل، الرسالة السابقة، ص 147.

التقصيرية وبالتالي يكون واجبا على الآباء مراقبة استعمال أبناءهم القصر لتقنيات الاتصال⁽¹⁾.

والواقع أن هذه الفكرة تجد صدى لها في التقنين المدني المصري، فقد نصت المادة 119 منه على ما يلي: "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته"⁽²⁾.

ولا يوجد مقابل لهذا النص في القانون الجزائري بل إن المشرع الجزائري نص في المادة 2/103 من التقنين المدني بأن ناقص الأهلية، في حالة إبطال العقد لنقص أهليته، لا يلزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، وهذا النص لا يحقق في المسألة التي بين أيدينا أية عدالة، فلا وجود لأية حماية لشخص تعاقد مع ناقص أهلية بوسائل احتيالية استعملها هذا الأخير لإخفاء نقص أهليته خاصة إذا كان العقد إلكترونياً، ولا يبقى للمضروب إلا إتباع طريق المسؤولية التقصيرية للقاصر ومن المعلوم أن هذه الطريق أصعب من الحل الذي اقترحه الفقه وهو إتباع نظرية الوضع الظاهر.

أما التقنين المدني الفرنسي فوفقاً لنص المادة 1307 منه فإن القاصر الذي يدلّس على الغير لإخفاء نقص أهليته لا يحق له استرداد ما أداه تنفيذ لما تعهد به، وهذا الحكم يمتد ليشمل كل فاقد الأهلية، وبالتالي فإن تصرفات فاقد الأهلية رغم بطلانها فإن أفضل صورة للتعويض هو بقاء التصرف قائماً⁽³⁾.

وفي بريطانيا يفرق القانون الإنكليزي والقضاء هناك بين نوعين من العقود التي يبرمها القاصر، عن طريق الإنترنت، ويقسمها إلى قسمين، عقود ضرورية تتمخض عن المنفعة له كسواء الكتب والبرامج التعليمية مثلاً، فهذه تخضع للأصل العام في إبطالها لنقص أهليته، أما العقود التي تخرج عن نطاق الضرورة فهي تخضع للأصل العام في إبطالها حماية لمقتضيات النظام العام، ولو ارتكب القاصر غشاً أدى على إخفاء نقص

¹ - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 277؛ د/ محمود السيد عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، المرجع السابق، ص 123، 124.

² - يتطابق هذا النص مع نص المادة 120 من التقنين المدني السوري، والمادة 134 من التقنين المدني الأردني.

³ - MAZEAUD (H), Leçons de droit civil, édition montechristien, 2^{ème} édition 1959, p 483

أهليته، فإنه يبقى من حق التاجر استرداد البضاعة إذ لم تكن ضرورية للقاصر ولا يجوز للتاجر العدول على القاصر بدعوى المسؤولية، لأن القضاء الإنكليزي يرى في ذلك إلزاماً لناقص الأهلية بالعقد بصورة غير مباشرة⁽¹⁾.

ووفقاً للتوجيه الأوروبي رقم 07/97 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بالبيع عن بعد والذي سبقت الإشارة إليه، فإنه قد تطلب ضرورة تحديد كافة عناصر بيان الهوية القانونية كما أن التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الصادر في 08/01/2000 بشأن التجارة الإلكترونية قد تطلب أيضاً من البائع تحديد هويته بدقة.

وقد حرص قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية على تحقيق الأمان في المعاملات الإلكترونية عن طريق التأكد من هوية الطرفين عندما نصت المادة 13 منه على أن رسالة البيانات تعتبر صادرة عن المنشئ إذا كان هو الذي أرسلها بنفسه أو إذا كانت صادرة عن شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ.

وقد سبق البيان أن نية المشرع الجزائري في مواكبة التشريعات الدولية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية قد اتضحت من خلال عرض أسباب مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري سنة 2005، وكذلك في مشروع تعديل الجزء المتعلق بعقد البيع الذي لم يعرض بعد للمناقشة، حينما أراد القائمون على المشروع تنظيم التعاقد عن بعد، فقد نصت المادة 412 مكرر 03 على مايلي: "مع عدم الإخلال بالنصوص المتعلقة بقانون حماية المستهلك يجب أن يتضمن عرض عقد البيع البيانات التالية:

- هوية بائع المال، رقم هاتفه وعنوانه".

كما جاء في آخر فقرة من هذا النص: "يلتزم البائع المهني في حال البيع بواسطة الهاتف أو بواسطة أية تقنية مماثلة أن يدلي في صراحة في بداية المحادثة عن هويته والطابع التجاري للاتصال"⁽²⁾.

¹ - آمانج رحيم أحمد، الرسالة السابقة، ص 223.

3- THOUMYRE (L) l'échange des consentements dans le commerce électroniques. article p.c

1- والملاحظ على مجمل نصوص هذا المشروع في جزئه المتعلق بالبيع عن بعد أنها تكاد تتطابق مع نصوص المواد

121 وما بعدها من تقنين الاستهلاك الفرنسي.

وفي نظرنا، فإن نصوص المشروع المقترح لا تكفي لتوفير الثقة والأمان في العقد المبرم بوسيلة إلكترونية، ولا تتيح للأطراف المتعاقدة التأكد من أهلية كل طرف ووضعه المالي وجديته في إبرام العقد، لذلك نرى بأنه من الضرورة بمكان إيراد نص يتشابه مع نص المادة 119 مدني مصري والمادة 1307 مدني فرنسي والتي تلزم ناقص الأهلية بالعقد الذي أبرمه طالما أنه أخفى نقص أهليته عن طرف الثاني بوسائل احتياله، وهذا سدا لذريعة التمسك بالبطلان تجاه شخص لم يرتكب أي ذنب سوى أنه أبرم عقدا بوسيلة متطورة لم تسمح له بالتعرف الكامل على أهلية الطرف الثاني.

وبما أن مسألة التحقق من أهلية المتعاقد في العقود الإلكترونية مسألة فنية بالدرجة الأولى، فإن الوسائل التقنية قد أتاحت طرقا يسهل بها التعرف على أهلية المتعاقد ومن تلك الوسائل اشتراط استخدام البطاقات الإلكترونية، وهي عبارة عن وثيقة يمكن من خلالها تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها كالاسم، والسن، ومحل الإقامة وجميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة، وتتميز هذه البطاقة بصعوبة تزويرها أو تقليدها لارتباط استعمالها برقم سري، ويمكن للتاجر عند توجيه إيجابه عن طريق الوسائل الإلكترونية كالموقع مثلا وبعد تلقيه القبول أن يشترط ملاً استمارة تعرض على شاشة الحاسوب بها رقم البطاقة الإلكترونية ونوعها وتاريخ انتهاء صلاحيتها، فإذا استطاع من وجه إليه الإيجاب ملاً تلك البيانات، فإن هذا يعد قرينة ولوبسيطة على أنه صاحب البطاقة، ومن الطبيعي أن يكون صاحبها بالغاً فهي لا تسلم إلى القصر⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه بأن إدخال رقم البطاقة الإلكترونية ليس كافياً للتأكد من أهلية المتعاقد، ففي كثير من الحالات تتم قرصنة هذه البطاقات أو سرقتها أو الاحتيال على حاملها، لذلك يجب البحث عن وسيلة أكثر أمناً تضمن التحقق من أهلية المتعاقد⁽²⁾.

ولذلك فرضت بعض التشريعات اللجوء إلى سلطات الإشهار أو ما يسمى بجهات التصديق الإلكتروني، وهي عبارة عن طرف ثالث محايد ليس له علاقة بالعقد، يقتصر

¹ - عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 314؛ د/ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 175.

² - محمد سعيد أحمد إسماعيل، الرسالة السابقة، ص 149؛ د/ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 160.

دورها على تنظيم العلاقات بين الطرفين على الخط، فتقوم بتحديد هوية المتعاقدين وأهليتهما عن طريق إصدار شهادة تثبت أن كل المعلومات المعنية بالعقد صحيحة⁽¹⁾.

وتتمثل وظيفة جهات التصديق كما أشار إليها قانون الأونيسترال للنموذجي للتجارة الإلكترونية، في التصديق على التوقيع الإلكتروني، فهي تمنح شهادة بأن التوقيع الموضوع على الوثيقة أو الدعامة الإلكترونية هوفعلا لشخص كامل الأهلية⁽²⁾.

وقد تم استخدام جهات التصديق الإلكتروني لإعطاء صبغة رسمية للتوقيع الإلكتروني، حيث أن هذا الجهاز هو جهاز مركزي مقره غالبا في العاصمة، تكون مهمته وضع سجل وطني لكل التوقيعات الإلكترونية، وعند قيام الشخص بإبرام عقد مع شخص آخر فإن هذا الجهاز هو الذي يمنح للطرف الثاني كل المعلومات التي تسمح بالتحقق من هويته وأهلية الطرف المتعاقد.

كما يتم الاعتماد في تحديد أهلية المتعاقد عن طريق وضع تحذيرات على شبكة الإنترنت تنبه إلى عدم الدخول إلى الموقع إلا من شخص له الأهلية القانونية، ويلتزم هذا الشخص قبل الدخول إلى الموقع بالكشف عن هويته والإفصاح عن سنه وفي حالة إغفاله ذلك فلن يسمح له بتصفح الموقع أو إبرام العقد⁽³⁾.

وقد يتم وضع نماذج عقود على الشبكة تحول صياغتها دون تعاقد الفئات غير المرغوبة، وتعتبر هذه الوسائل التحذيرية من أكثر الوسائل استخداما في الوقت الحالي، غير أنها محفوفة بالمخاطر، إذ يقوم المستخدم بالإدلاء ببيانات تخالف الحقيقة بشأن أهليته.

وهذا ما يدعو إلى ضرورة وجود نصوص تضمن جزاءا على الإدلاء ببيانات غير صحيحة عن أهلية المتعاقد.

¹ - رامي علوان، المقال السابق، ص 241.

² - تقضي المادة 2 فقر هـ من قانون الأونيسترال بأنه جهة التصديق هي: شخص يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيع الإلكتروني.

³ - بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص 37؛ د/ مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص 172.

المطلب الثاني

سلامة الإرادة من العيوب في العقد الإلكتروني

تحتل نظرية عيوب الإرادة مكانا بارزا في القواعد العامة لإبرام العقود، حيث يجب أن تتحقق للإرادة صحتها وسلامتها من العيوب وإلا كان العقد قابلا للإبطال⁽¹⁾.

وبصدد العقود الإلكترونية تظل نظرية عيوب الإرادة محتفظة بمكانتها، غير أن طبيعة العقد الإلكتروني سواء بالنظر إلى وسيلة إبرامه أو أطرافه، حيث يكون أحدهما مهنيا منتجا والآخر مستهلكا في غالب الأحيان، تتراد أهمية هذه النظرية ويتسع المجال لتطبيقاتها، فإذا كان من الصعب أحيانا الوقوع في غلط في صفة الشيء ببذل عناية عادية، فإنه من اليسير الوقوع في الغلط في العقود الإلكترونية، ونتناول في هذا المطلب عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني، غير أننا لن نفصل في ماهية تلك العيوب وأحكامها إلا بالقدر الذي تفرضه خصوصية العقد الإلكتروني.

أولا- الغلط:

الغلط هو وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته، ولكي يكون عيبا في الإرادة فإنه يشترط فيه أن بلغ حدا من الجسامة بحيث يكون هو الدافع للتعاقد، أي أن يكون جوهريا، ويعد الغلط جوهريا متى وقع في ذات المتعاقد أو في صفة في الشيء يراها المتعاقد ضرورية أو يجب اعتبارها كذلك⁽²⁾.

ويمكن للقواعد العامة في التقنين المدني أن تستوعب الغلط إذا وقع فيه المتعاقد أثناء إبرامه عقدا بطريقة إلكترونية، غير أن التطور التقني والتكنولوجي الذي أحدثته ثورة الاتصالات ولد اهتماما فقها وتشريعا متزايدا بحماية الطرف الأقل خبرة سواء من الناحية الاقتصادية أو الفنية، وأدى هذا الاهتمام إلى أن فرضت التشريعات على الطرف

¹ - لمزيد من الإطلاع على نظرية عيوب الإرادة، راجع على الخصوص: د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومة للطبع، الجزائر، طبعة 2002.

² - راجع المواد 81، 82، 83 من التقنين المدني الجزائري المقابلة للمواد 120، 121، 122 من التقنين المدني المصري، والمادتين 1109، 1110 من التقنين المدني الفرنسي، والمواد 121، 122، 123 من التقنين المدني السوري.

الأكثر خبرة في العقد الإلكتروني أن يوفر للطرف الثاني المعلومات الكافية التي يجب الإدلاء بها والتي تجعل المتعاقد الآخر يبرم العقد وهو على بينة من أمره، وإلا جاز له الطعن في العقد بالإبطال للغلط نتيجة عدم علمه الكافي بمحل التعاقد أو شروط العقد، أو بسبب عدم تبصره بالتقنيات الفنية للمنتوج أو الخدمة المتعاقد عليها⁽¹⁾.

فعدم المعرفة التقنية لدى المتعاقد مع طرف محترف عليم بها، تعد سببا وجيها لإبطال العقد للغلط لاسيما في المنتجات التقنية كبرامج الحاسوب⁽²⁾.

وغالبا ما يقع الغلط في مجال العقود الإلكترونية بسبب العرض الناقص للمنتجات، وذلك بأن يكون العرض غير واضح أو غير مفهوم.

وتفاديا للوقوع في الغلط ألزم التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الخاص بالتجارة الإلكترونية في المادة 11 منه مقدمي الخدمات بأن يقوموا بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق، وأن يقوموا بإعلامه بوسائل مناسبة وفعالة وسهلة البلوغ على نحو يمكنه من فهم المعطيات الإلكترونية ويتفادى الوقوع في الغلط⁽³⁾.

كما يجب على التاجر أو المهني أن يوضح للعميل كيفية الوفاء بالثمن وطريقة دفعه، ويسمى الإدلاء بهذه البيانات عند عرض المنتج أو السلطة أو الخدمة بالالتزام بالإعلام في نطاق عقد الاستهلاك وقد سبق بيانه عند الحديث عن المعلومات التي يجب الإفصاح عنها في الإيجاب، ولذلك اقتبس القائمون على مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري في جزئه المتعلق بالبيع عن بعد هذا الالتزام حيث تنص المادة 412 مكرر 03 على ما يلي: " مع عدم الإخلال بالنصوص المتعلقة بقانون حماية المستهلك يجب أن يتضمن عرض عقد البيع البيانات التالية:

- هوية بائع المال، رقم هاتفه وعنوانه.
- مدة صلاحية العرض، والثمن المقترح للبيع.

¹ - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 229.

² - د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 73.

³ - د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 164.

- كفيات دفع الثمن وتسليم المال أو الأموال المعروضة للبيع.
 - مصاريف التسليم وكذلك تكلفة تقنية الاتصال عن بعد المستعملة إذا كانت على عاتق المشتري ولم تكن مدرجة في الثمن.
 - المميزات الأساسية للمال المعروض للبيع.
 - مدة الضمان.
 - وعند الحاجة كفيات الخدمة بعد البيع وكذا مدة توافر قطع الغيار.
 - حق المشتري في العدول باستثناء الحالات التي لا يجوز فيها هذا الحق.
 - المدة الدنيا لعقد البيع بالنسبة للعقود المستمرة.
- تبلغ للمشتري المستهلك هذه البيانات ذات الطابع التجاري بكيفية واضحة ومفهومة بأية وسيلة ملائمة لتقنية الاتصال المستعملة.
- يلزم البائع المهني في حالة البيع بواسطة الهاتف أو بواسطة أية تقنية مماثلة أن يدلي صراحة في بداية المحادثة عن هويته والطابع التجاري للاتصال".
- وقد نصت معظم القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية على الالتزام بالإدلاء بهذه البيانات عند الإيجاب وقد سبق بيانها في موضعها ولعل هذا في نظرنا ما جعل معظم الفقه يرى بأن نظرية الغلط في التقنين المدني كافية لاستيعاب الغلط متى وقع في العقد الإلكتروني، بل إن البعض من الفقهاء من رأى أنه متى الإدلاء بتلك البيانات فإنه يصعب الوقوع في الغلط⁽¹⁾.

ثانياً: التدليس

يعرف التدليس بأنه استعمال شخص طرقاً احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفع إلى التعاقد، ووفقاً لهذا التعريف فإن للتدليس عنصران: أحدهما مادي يتمثل في الطرق الاحتيالية، والآخر معنوي يتمثل في نية التضليل، ويشترط في التدليس أن يكون هو الدافع

¹ - مراد يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص 203.

إلى التعاقد وأن يتصل بالمتعاقد الآخر، ويعتبر مجرد السكوت المتعمد عن واقعة معينة أوظرف ما تدليسا إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بها⁽¹⁾.

وعلى هذه الأحكام نصت المادة 86 من التقنين المدني الجزائري إذ جاء فيها: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة"⁽²⁾.

وقد تطورت نظرية التدليس بفضل الفقه والقضاء في فرنسا واتسع مداها ليستوعب الكذب والكتمان، ولذلك امتد مفهوم التدليس في العقود الإلكترونية ليشمل الإعلانات الإلكترونية الكاذبة والمضلة نظرا لسهولة تأثيرها في سلوكات المستهلك ودفعه إلى التعاقد على سلع ومنتجات يتضح فيما بعد أنه لم يكن بحاجة إليها⁽³⁾.

فالمستهلك في العقد الإلكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المباع كما هو الأمر في العقود العادية ولذلك يكون عرضة لتوهم صفات غير موجودة في محل العقد نتيجة المناورات المضللة التي يمارسها الطرف الآخر باسم المنافسة وحرية الإعلانات.

ولا يشترط في الكتمان، لكي يعد تدليسا، أن يتعلق بكامل المعلومات التي يجب الإدلاء بها، بل يمتد ليشمل حتى الأجزاء البسيطة، ففي حالة بيع الأدوية عن طريق شبكة الإنترنت إذا لم يقم البائع بذكر أحد البيانات الهامة الخاصة بالدواء محل العقد كأن لا يذكر موانع الاستعمال أو الأعراض الجانبية فإنه يكون قد كتم معلومات يراها الطرف الثاني

¹ - د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 40؛ د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 112.

² - تقابل هذه المادة 120 من التقنين المدني المصري، والمادة 126 من التقنين المدني السوري، والمادة 144 من التقنين المدني الأردني والمادة 1116 من التقنين المدني الفرنسي.

³ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 140.

ضرورية بل ويجب أن ترى كذلك نظرا لطبيعة محل العقد ولذلك ينطبق عليه حكم التدليس⁽¹⁾.

وطرق التدليس في التعاقد الإلكتروني كثيرة ومتعددة، أهمها استعمال العلامة التجارية لشخص آخر وتعتمد نشر معلومات غير صحيحة على المواقع بقصد ترويجها وإنشاء موقع وهمي لا وجود له في الواقع⁽²⁾.

كما يلاحظ أن الطبيعة غير المادية للمعلومات والبيانات المتداولة عبر وسائل الاتصال الإلكتروني تطرح مسألة إثبات التدليس الذي يقع عبر هذه التقنيات لاسيما وأن مرتكب التدليس يعمد إلى إخفاء أعماله التدليسية وإزالة آثارها بأساليب تقنية تجعل من وقع في التدليس عاجزا عن إثبات أنه أبرم العقد تحت وطأة التدليس، ولذلك لم يعد الجزاء المقرر للتدليس مدنيا فقط ينحصر في إبطال العقد أو التعويض، وإنما امتد في معظم التشريعات إلى أن أصبح جزائيا أيضا بحيث توسع ليصبح جريمة يعاقب عليها القانون تتمثل في جريمة الغش في بيع المواد الاستهلاكية أو تعمد بيعها بعد انتهاء صلاحيتها⁽³⁾.

وقد بذلت الكثير من المنظمات والهيئات الدولية والإقليمية جهودا كبيرة في مجال مكافحة الاحتيال في إبرام العقود الإلكترونية بهدف التقليل من مخاطر الظاهرة، فقد قدمت كل من غرفة التجارة الدولية، ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية وكذلك المجلس الأوروبي قواعد توجيهية وإرشادية للمشرعين في الدول الأوروبية تحثهم على تشديد التشريعات الوطنية في مجال الكشف عن حالات الاحتيال ومعاينة مرتكبيها وإلزام الأطراف المتعاقدة عبر تلك الوسائل بالتأكد من هوية المتعاقد معه والتحري عن سمعته التجارية ومركزه المالي قبل البدء في عملية إبرام العقد، وإلزامهم بالدقة عندما يعبرون عن إرادتهم التعاقدية تفاديا للوقوع في مخاطر الاحتيال والغش المعلوماتي، وتحرص منظمة الأمم المتحدة على ضرورة إيجاد الوسائل الكفيلة لحماية الأطراف المتعاقدة⁽⁴⁾.

1 - د/ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 171.

2 - مراد يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص 210.

3 - د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 74.

4 - أمانج رحيم أحمد، الرسالة السابقة، ص 243.

ثالثاً - الإكراه:

يعرف الإكراه بأنه ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة أو خوفاً يحمله على التعاقد، والإكراه يعيب الإرادة فيجعل رضا الشخص غير سليم حيث يفقده الحرية والاختيار⁽¹⁾.

والإكراه ليس بذاته هو الذي يفسد الإرادة ويعيب الرضا، وإنما يفسدها ما يولده الإكراه في نفس المتعاقد من خوف ورهبة.

ويختلف الإكراه عن الغلط والتدليس بالنسبة لموضوع كل منهما، ذلك أن الغلط والتدليس يمسان من المتعاقد علمه بما يرتضيه، بحيث يجيء رضاه غير بينة بحقيقة الحال، أما الإكراه فإنه يلحق اختيار المتعاقد⁽²⁾.

وقد تناول المشرع الجزائري الإكراه في المادتين 88 و 89 من التقنين المدني⁽³⁾ وباستقراء هذه النصوص يتضح بأنه يشترط في الإكراه الذي يعد عيباً في الإرادة، أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق وأن تكون هذه الرهبة بعثت في نفس المتعاقد بفعل المتعاقد الآخر أو أن يكون عالماً بها إذا بعثت من غيره، كما يشترط أن تكون هذه الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد.

وقد يبدو لأول وهلة أنه يصعب تصور الإكراه في مجال العقد الإلكتروني، فمثلاً يتم عرض المنتجات عبر شاشة التلفزيون أو الحاسوب عن طريق شبكة الإنترنت وما قد يصاحب ذلك من إظهار لمحاسن المنتج، غير أن المستهلك أو المستخدم يمكنه تغيير المحطة أو الخروج من الموقع أو غلق الجهاز أصلاً، وبالتالي فالمبادرة ترجع دائماً إليه، حيث يجب عليه لكي يعبر عن إرادته بالقبول أن يقوم ببعض الأعمال المادية التي بدونها لا يمكن إبرام العقد كالاتصال عن طريق الهاتف بالمحطة التلفزيونية التي تبث الإعلان

¹ - د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة، المرجع السابق، ص 66.

² - د/ محمد سعيد جعفر، نفس المرجع، ص 67.

³ - وهما تقابلان المادتين 127، 128 من التقنين المدني المصري، والمادتين 128، 129 من التقنين المدني السوري، أما المشرع الفرنسي فقد نظم أحكامه في المواد من 1111 إلى 1115 من التقنين المدني.

أولاً استمارة طلب السلعة أو الخدمة عن طريق الإنترنت وبالتالي فلا يمكن تصور الإكراه في التعاقد عن بعد⁽¹⁾.

ولكن من الممكن تصور وقوع الإكراه في العقود الإلكترونية بسبب التبعية الاقتصادية حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط الحاجة الاقتصادية، وبالتالي يمكن تصوره بصدد توريد الخدمات أو المنتجات المحتكرة⁽²⁾.

ويرى البعض أن الإكراه المادي مستبعد في التعاقد الإلكتروني أو غير متصور لأن هذا العقد يتم بين طرفين متباعدين، بينهم فواصل مكانية ويجمعهما مجلس عقد حكومي⁽³⁾.

رابعاً- الاستغلال:

يعرف الاستغلال بأنه انتهاز حالة الضعف لدى الشخص وجعله يبرم عقداً فيه عدم تعادل بين التزامات طرفيه تبلغ حداً لا يقبله المتعاقد لولا وجود هذا الضعف، واستغلاله من طرف المتعاقد الآخر⁽⁴⁾.

وقد جعل المشرع الجزائري الاستغلال عيباً في الإرادة، بمقتضى المادة 90 من التقنين المدني⁽⁵⁾.

ويترتب على الاستغلال قابلية العقد للإبطال لمصلحة من وقع فيه على أن ترفع دعوى إبطاله خلال سنة من يوم إبرام العقد.

أما عن مجال الاستغلال في العقود الإلكترونية، فإن تطبيقات الاستغلال قد تكاثرت نتيجة شيوع استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في إبرام العقود وانعدام الخبرة لدى أغلب المتعاملين بها، فالأكيد أن من يتعامل عبر تقنيات الاتصال الحديثة لإبرام عقد واحد

¹ - د/ محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، المرجع السابق، ص 75.

² - د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 174.

د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 75.

³ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 148.

⁴ - د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة، المرجع السابق، ص 90 وما بعدها.

⁵ - المقابلة لنص المادة 129 من التقنين المدني المصري، والمادة 130 من التقنين المدني السوري، والمادة 125 من التقنين المدني العراقي.

أوحى عدة عقود يكون أقل خبرة ممن يحترف إجراء العقود عبر نفس الوسيلة بل ومنهم من يتخذها مهنة معتادة له، وهذا ما دفع بالتشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية إلى الاهتمام بمسألة حماية المستهلك من خلال تقرير أحكام خاصة بحماية المستهلك في العقد الإلكتروني تكون أكثر فعالية من الحماية المقررة في القواعد العامة.

وعلى ذلك نصت المادة 50 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على توقيع عقوبة جزائية على كل من يستغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني يدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال بغرامة تتراوح بين 1000 و 20.000 دينار، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته، أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام أو ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية⁽¹⁾.

ويتضح من هذا النص أن المشرع التونسي حاول حماية المشتري في عقد البيع الإلكتروني على أساس دفع المستهلك للتعاقد واستغلال عدم قدرته على تمييز تعهداته التي يلتزم بها، وقد رتب المشرع التونسي فضلا عن قابلية هذا العقد للإبطال طبقا للقواعد العامة عقوبة جزائية.

ويمكن القول بأنه إذا كانت نظرية عيوب الإرادة لها تطبيقات على درجات متفاوتة في العقود الإلكترونية مقارنة بتطبيقاتها في العقود التقليدية، فإن هذا لا يعني التقليل من أهميتها في البيئة الإلكترونية، بل تظل محتفظة بتلك الأهمية شأنها في ذلك شأن باقي القواعد العامة الراسخة في النظام القانوني للعقد، وإن اختلفت الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد لا يغير من الطبيعة الجوهرية للعقد والقواعد التي يقوم عليها.

إن ما يلاحظ حول تطبيقات نظرية عيوب الإرادة على العقد الإلكتروني، هو أن البيئة الإلكترونية تجعل من الوقاية في عيوب الإرادة مفضلة على العلاج، وذلك بالنظر إلى ما تفرضه الوسائل الإلكترونية من خصوصية وما استحدثه العقد الإلكتروني من ذاتية في إبرامه.

¹ - ولا مقابل لهذا النص في قوانين المعاملات الإلكترونية العربية.

المبحث الثاني

الحق في العدول عن العقد

طبقاً للمادة 106 من التقنين المدني الجزائري⁽¹⁾، فإن العقد متى نشأ صحيحاً مستوفياً جميع شروط انعقاده وصحته، فإنه يكون بمثابة القانون بين الطرفين فلا يجوز نقضه ولا تعديله ولا إلغاؤه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، ولكن نظراً لأن المتعاقد في العقد الإلكتروني ليس لديه من الوسائل ما يكفل معاينة السلعة والإلمام بخصائصها قبل إبرام العقد، فإن التشريعات المنظمة للتعاقد عن بعد عموماً، ونظيراتها المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، أجازت للقابل أن يعدل عن قبوله بعد تنفيذ العقد إذا تبين له أنه تسرع في التعبير عن إرادته أو أن قبوله صدر عن غير يقين وهذا ما يسمى بالحق في العدول عن العقد⁽²⁾، وهذا ما يجعل هذا الحق وسيلة من وسائل حماية رضاء المتعاقد وضمانة حقيقة لصد ما قد يرتكبه المتعاقد الآخر الذي يملك تقنية المعلومات ويملك السلعة أو الخدمة من وسائل تخري المتعاقد الذي تسيطر عليه حالة الضعف وتدفعه إلى إبرام العقد.

¹ - وهي تقابل المادة 147 من التقنين المدني المصري، والمادة 148 من التقنين المدني السوري، والمادة 196 من التقنين المدني الكويتي، والمادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي.

² - يطلق الفقه الفرنسي على هذا الحق عبارة *Droit à Repentir* وقد اختلف الفقه العربي حول هذا المصطلح فمنهم من عبر عنه بالحق في إعادة النظر كالدكتور أحمد سعيد الزقرد في مقاله: حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 19 عدد 03، سبتمبر 1995 ص 179 وما بعدها، ومنهم من فضل استعمال خيار العدول، كالدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل في مؤلفه العقد غير اللازم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، جامعة الكويت، 1994، ص 28؛ وفضل آخرون مصطلح الحق في العدول كالدكتور محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص 97؛ ومنهم من استعمل مصطلح الحق في العدول كما ذهب إلى ذلك الدكتور محمد حسن قاسم في كتابه التعاقد عن بعد، المرجع السابق، ص 55؛ ونحن في هذه الدراسة نستعمل مصطلح الحق في العدول وإن كان مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري قد استعمل مصطلح الحق في التراجع، وسنخلص إلى أن المصطلح الدقيق الذي يعبر عن هذا الحق هو الحق في العدول. أما المصطلح المتداول في الفقه الإسلامي ونصت عليه الكثير من التشريعات المستمدة منه هو خيار الرؤية.

والحق في العدول عن العقد في التشريعات التي نصت عليه، يعد وسيلة إضافية إلى جانب نظرية عيوب الإرادة تكفل حماية للطرف الجدير بها، والذي صدر رضاؤه دون بينة من أمره.

إن ما يدعو إلى البحث في مفهوم الحق في العدول عن العقد هو تحديد مضمون هذا الحق ومدى تأثيره على العقد الذي يرد عليه، والنظر فيما إذا كان الحق في العدول يرد على عقد تم إبرامه أم على عقد لم يبرم بعد، والإجابة على ذلك تمس في اعتقادنا بمبدأ الرضائية في العقد، وهو المبدأ الذي يجعل العقد مبرما بمجرد تبادل الإرادتين المتطابقتين، كما يجعل الحق في العدول عن العقد في حال اعتناقه مبدأ القوة الملزمة للعقد محل التباس وتزعزع، إذ كيف يمكن لأحد الطرفين العدول عن عقد أبرم صحيحا وعلى أي أساس قانوني.

بغرض وضع هذه المسائل على بساط البحث فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منهما مضمون هذا الحق، لنعالج في الثاني أحكام الحق في العدول عن العقد.

المطلب الأول

مضمون الحق في العدول

يعد الحق في العدول عن العقد من الوسائل التي تتيحها التشريعات المنظمة لعمليات البيع عن بعد بغرض حماية رضا المستهلك باعتباره يقدم في هذا النوع من العقود على التعبير عن إرادته دون وعي تام أو كامل، فإذا تم تنفيذ العقد اتضح له أنه تسرع في قبول العقد وأنه لم يكن يعتقد أن السلعة أو الخدمة بهذا الشكل.

فالعقد الإلكتروني بوصفه عقدا عن بعد لا يسمح للمشتري مثلا بمعاينة محل العقد كما يتيح ذلك العقد التقليدي، فضلا عن أن طريقة إبرامه لا تسمح له بمناقشة الشروط بنفس الحرية التي يملكها في العقود العادية، وإذا كان واضحا أن الحق في العدول عن العقد على هذا النحو يمثل خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن هذا الخروج قد أملتته

ضرورات حماية المستهلك ولذلك فإن بعض الفقه يرى بأن ظهور هذا الحق لم يرتبط بتنظيم التعاقد عن بعد، وإنما ارتبط وجوده بظهور التشريعات الرامية إلى حماية المستهلك⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإننا نقسم هذا المطلب على فرعين، نعالج في الفرع الأول مفهوم الحق في العدول وكيفية ظهوره، لنتولى في الثاني معالجة نطاق هذا الحق.

الفرع الأول

مفهوم الحق في العدول عن العقد ونشأته

الحق في العدول عن العقد هو وسيلة بمقتضاها يتيح المشرع لأحد المتعاقدين أن يعيد النظر من جديد، من جانب واحد، في الالتزام الذي ارتبط به مسبقاً فهو يفترض أن عقداً تم إبرامه لكن أحد طرفيه، ويكون المستهلك غالباً، يستفيد من مهلة للتفكير خلالها يكون بوسعه سحب قبوله الذي ارتبط بموجبه بالعقد⁽²⁾.

والحق في العدول عن العقد بهذا المعنى يتشابه إلى حد بعيد مع خيار الرؤية الذي قال به فقهاء الشريعة الإسلامية، فخيار الرؤية هو حق المتعاقد في أن يبطل العقد أو يجيزه بعد رؤية محل العقد إن لم يكن قد رآه أثناء العقد أو بعده⁽³⁾.

وقد نصت على خيار الرؤية المادة 320 من مجلة الأحكام العدلية عندما عرفته بقولها: "من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار إلى أن يراه، فإذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية"⁽⁴⁾.

¹ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 55.

² - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 321.

³ - راجع في موضوع الخيارات د/ محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هوم، الجزائر طبعة 1998، ص 75، 76.

⁴ - وفي التقنيات المدنية العربية المستمدة من الفقه الإسلامي راجع المواد 517 من التقنين المدني العراقي، والمادة 235 من التقنين المدني اليمني والمادة 184 من التقنين المدني الأردني.

ويتفق خيار الرؤية مع الحق في العدول في الدافع إلى تقريره أو أساس كل منهما، فلقد قرر فقهاء الشريعة الإسلامية، على اختلاف فيما بينهم⁽¹⁾، خيار الرؤية في العقد الذي لم يتمكن المشتري فيه من رؤية محل العقد، كما أن التشريعات الحديثة قررت الحق في العدول في العقود عن بعد عموماً والعقود الإلكترونية خاصة لأن في مثل هذه العقود لا يتمكن المتعاقد من رؤية محل العقد وإن أتيح له ذلك فإنما يتاح له على دعامة إلكترونية في شكل صور قد لا تعبر عن الواقع.

ويلاحظ مما سبق أن الحق في العدول عن العقد مثله مثل خيار الرؤية فكلاهما حق مطلق يخضع لتقدير المشتري وحده بإرادته المنفردة دون معقب عليه في ذلك ودون اشتراط موافقة الطرف الثاني، ودون اللجوء إلى القضاء بل ويعفى صاحب هذا الحق من تقديم مبرر استعماله.

فمدلول الحق في العدول عن العقد يعني أنه يحق للمشتري خلال المهلة التي حددها القانون أن يعدل عن هذا العقد بإرادته المنفردة وذلك بأن يعلن للبائع رغبته في العدول، وعندئذ يجب على البائع أن يقوم بإرجاع الثمن واستعادة البضاعة أو السلعة⁽²⁾.

وظهر حق المشتري في العدول عن العقد في فرنسا بمناسبة حماية المستهلك من التسرع في التعاقد في بعض أنواع البيوع، وهي تلك التي تكون فيها إرادة المشتري متسارعة في ظل تأثيرها بوسائل الدعاية والإعلان وتدفع المشتري إلى التعاقد دون أن يأخذ وقته الكافي للتدبر، فضلاً عن قلة خبرته أو انعدامها أحياناً فيما يتعلق بموضوع العقد⁽³⁾.

وقد لجأ المشرع الفرنسي إلى سن هذا الحق في التشريع الصادر في 12/07/1971 الخاص بالتعليم عن طريق المراسلة حيث منح هذا القانون طالب العلم الذي يتلقى الدروس

¹ - لم يقل الإمام مالك، ولا الإمام الشافعي في مذهبه الجديد، ولا أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه بخيار الرؤية، في حين ذهب المذهب الحنفي ووافقهم الشافعية في المذهب القديم وابن حنبل في إحدى الروايتين إلى القول بمشروعية وجواز خيار الرؤية. في تفصيل ذلك راجع: د محمد سعيد جعفر، المرجع نفسه، ص 77، 78؛ د/ محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي، قواعد الفقه ونظرياته العامة، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2004، ص 195.

² - د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2006، ص 113.

³ - د/ طاهر شوقي عبد المؤمن، المرجع السابق، ص 114.

عن طريق المراسلة أن يتراجع عن العقد الذي سبق وأبرمه مع المؤسسة التعليمية وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ بدء تنفيذ العقد وتسلم الطالب وسائل التعليم، وهذا الخيار متروك لمحض إرادة الطالب ولظروفه الخاصة على أن يلتزم بتعويض المؤسسة التعليمية بمبلغ لا يزيد عن 30% من أجر التعليم⁽¹⁾.

ثم كرس المشرع الفرنسي هذا الحق في القانون المؤرخ في 1972/12/22، وأتاحه للمستهلك في جميع عقود البيع أو أداء الخدمات التي تبرم على إثر السعي إلى منزله من قبل البائع أو مقدم الخدمة، حيث أجاز للمستهلك في مثل هذه العقود الحق في العدول عن العقد الذي أبرمه خلال سبعة أيام كاملة تحسب من تاريخ الطلب أو الالتزام بالشراء⁽²⁾.

وجاء بعد ذلك القانون رقم 12/88 المؤرخ في 1988/01/06 بشأن عقد البيع عن بعد والبيع من خلال التلفزيون ومنح المشتري الحق في العدول عن العقد خلال سبعة أيام تحسب من تاريخ تسلمه البضاعة وذلك في المادة الأولى منه التي جاء فيها: "في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن لمشتري المنتج وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم المبيع، الحق في إعادته إلى البائع لاستبداله بآخر، وأورده واسترداد الثمن دون أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد"⁽³⁾.

ولم يقف تقرير الحق في العدول عند حدود التشريعات الفرنسية، بل تقرر أيضا في دول كثيرة منها لوكسمبورغ التي أصدر المشرع فيها القانون المؤرخ في 1983/08/25 بشأن البيع بالمراسلة حيث جاء في المادة السابعة منه مايلي: "في العقود التي تبرم عن طريق المراسلة بين مورد مهني ومستهلك غير مهني يكون من حق هذا الأخير خلال

¹ - د/ عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2005، ص 69، 70؛ عبد الله ذيب عبد الله محمود، الرسالة السابقة، ص 126.

² - د/ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1987، ص 93؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 267.

³ - جاءت صياغة المادة باللغة الفرنسية كمايلي:

« Pour toutes les opérations de vente à distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échanges ou remboursement sans pénalités, à l'exception des frais de retour. »

مهلة سبعة أيام من تاريخ الطلب أو من تاريخ تمام الشراء وخلال مهلة خمسة عشر يوماً من تاريخ استلام البضاعة، أن يرجع في الصفة بخطاب مسجل بعلم الوصول⁽¹⁾. كما أن القانون الإنجليزي الصادر سنة 1946 المتعلق بالبيع الإيجاري خول للمشتري حق العدول عن تعاقدته في مهلة أربعة أيام تبدأ من تاريخ تسلم المشتري نسخة من العقد، واعتنق المشرع الألماني حق العدول في القانون الصادر سنة 1974 المتعلق بالبيع بالتقسيط حيث منح المشتري الحق في العدول عن العقد خلال سبعة أيام من إبرام العقد⁽²⁾.

وانتقل تنظيم الحق في العدول عن العقد إلى التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بتنظيم التعاقد عن بعد، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 6 منه على مايلي: "كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام تبدأ من تاريخ الاستلام بالنسبة للمنتجات والسلع، أما بالنسبة للخدمات فإن مهلة السبعة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي، وتصل هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسية للعقد"⁽³⁾.

وإعمالاً لتوصيات التوجيه الأوروبي، أصدر المشرع الفرنسي المرسوم 741/2001 الذي سبقته الإشارة إليه والذي بمقتضاه تم إضافة المادة 121-20 إلى تقنين الاستهلاك الفرنسي متضمنة الحق في العدول عن العقد في كل العقود التي تبرم عن بعد حيث نصت هذه المادة على ما يلي: "للمستهلك خلال سبعة أيام كاملة أن يمارس حقه في العدول دون إبداء أسباب أو دفع أية جزاءات باستثناء مصاريف الرد"⁽⁴⁾.

¹ - أورد هذا النص وعلق عليه د/ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 86.

² - د/ محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، المرجع السابق، ص 93.

³ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 58؛ عبد الله ذيب محمود، الرسالة السابقة، ص 128.

⁴ - تجري صياغة المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي كمايلي:

« Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception le cas échéant, des frais de retour ».

ويلاحظ أن هذا النص يتطابق مع المادة الأولى من التقنين رقم 12/88 المؤرخ في 88/01/06 المتعلق بالبيع عن بعد الذي سبقته الإشارة إليه.

أما عن القوانين العربية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، فإن القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية فقد نظم هذا الحق في المادة 30 منه التي نصت على أنه يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسب:

— بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك.

— بالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد.

ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها في العقد، وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة.

وخلافاً لذلك لم يتضمن قانون المملكة الأردنية ولا قانون مملكة البحرين أو قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية نصاً خاصاً يقرر حق العدول في هذا النوع من المعاملات وكذلك فعل القائمون على إعداد مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت.

أما مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين فقد تضمن المادة 56 منه التي قررت حق العدول للمستهلك⁽¹⁾.

أما مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري في جزئه المتعلق بعقد البيع والمخصص لتنظيم البيع عن بعد فقد أورد القائمون على المشروع نص المادة 412 مكرر 06 التي جاء فيها:

"للمشتري مهلة سبعة أيام كاملة للتمسك بحقه في العدول دون تسبب ذلك، ولا دفع أي تعويض باستثناء مصاريف الإرجاع إن كانت..."

¹ - وقد جاء في النص ما يلي: "يجوز للمستهلك إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق لشروط البيع أو إذا لم يحترم البائع آجال تسليمه وذلك خلال عشرة أيام تحسب من تاريخ التسليم".

وما يلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري قد اقتنع أخيرا بضرورة تنظيم الحق في العدول عن العقد في البيوع التي تتم عن بعد والتي من أهم صورها العقد الإلكتروني وإذا كان الحق في العدول عن العقد بهذا المفهوم وتلك النشأة، فإن التساؤل الذي يثار هو حول نطاقه، فما هي العقود التي يجد الحق في العدول مجالاً له فيها وما هي العقود التي يستبعد من نطاقها.

الفرع الثاني

نطاق الحق في العدول

كان نتيجة لتواتر التشريعات المنظمة للحق في العدول عن العقد، أن أصبح هذا الحق متاحاً في كل العقود التي تتم عن بعد بما فيها العقود التي يكون محلها أداء خدمات وهذا بعدما كان قاصراً في بداياته التشريعية على بعض العقود دون غيرها.

وباستقراء نصوص مواد التوجيه الأوروبي رقم 07/97 المتعلق بالتعاقد عن بعد وأحكام تقنين الاستهلاك الفرنسي المضافة إلى هذا التقنين بالمرسوم رقم 741/2001، ونصوص مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري يلاحظ أن حق المشتري في العدول عن العقد يشمل كل عقود البيع وعقود الخدمات التي تتم بوسائل اتصال إلكترونية⁽¹⁾ وإذا كان ذلك أصلاً ثابتاً في تلك النصوص ونظيراتها، فإنها من جانب آخر أوردت استثناءات لا تقبل فيها ممارسة الحق في العدول عن العقد ومن تلك الاستثناءات مايلي :

أولاً- عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدة المقررة للعدول:

أوردت الفقرة الثالثة من المادة السادسة من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 هذا الاستثناء ونصت عليه أيضاً المادة 121-20 فقرة 02 من تقنين الاستهلاك الفرنسي⁽²⁾ وهذا الاستثناء خاص بعقد من عقود تقديم الخدمات ويتم الاتفاق فيه بين المهني البائع والمشتري المستهلك على أن بداية تنفيذ هذا العقد ستكون قبل انتهاء مهلة العدول.

¹ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 59؛ د/ أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، ص 205.

² - De fourniture de service dont l'exécution a commencé avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours francs.

وصورة هذا الاستثناء أن يبرم عقد عن بعد بوسيلة إلكترونية يكون محله مثلا تقديم خدمات من طرف المهني لصالح المستهلك، فإذا تم الاتفاق بين الطرفين على البدء في التنفيذ قبل انتهاء المهلة القانونية المقررة لممارسة الحق في العدول، فإنه لا يمكن للمشتري أن يتمسك بالعدول عن العقد.

ويرى بعض الفقه أنه إذا كان الهدف من وراء هذا الاستبعاد هوثقادي أن يبدأ المستهلك في الاستفادة من الخدمة المقدمة له ليعدل عن العقد بعد ذلك، مما يلحق أضرارا بالمهني فإن المستهلك في كثير من الحالات لا يتمكن من الحكم على الخدمة إلا بعد البدء في الاستفادة منها، يضاف إلى ذلك أن المهني بما يملك من وسائل تقنية، قد ينجح في إقناع المستهلك بالبدء في تنفيذ الخدمة قبل انتهاء المدة ولذلك ينتهي هذا الرأي إلى أن هذا الاستثناء لا مبرر له⁽¹⁾.

ولتقادي هذا النقد عرض بعض الفقه إلى أنه يجب أن يكون اتفاق المستهلك مع المهني على بداية تنفيذ العقد خلال مدة ممارسة الحق في العدول صريحا، وأن يتم من خلاله تبصير المستهلك بأنه في هذه الحالة يسقط حقه في العدول عن العقد⁽²⁾.

وقد نصت على هذا الاستثناء المادة 32 من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية حيث جاء فيها: "مع مراعاة أحكام المادة 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك..."⁽³⁾.

¹ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 60.

² - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 324؛ د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، المرجع السابق، ص 182.

³ - ويلاحظ أن هذا النص يتطابق حرفيا مع المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

أما مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري فقد تضمنت المادة 412 مكرر 08 الحالات التي يستبعد فيها الحق في العدول عن العقد لكنها لم تشر إلى هذا الاستثناء.

ثانيا- العقود الواردة على سلع أو خدمات تتقلب أسعارها:

فالعقود التي ترد على السلع والخدمات التي يتغير سعرها مع تقلبات السوق المالي تستثني من نطاق ممارسة الحق في العدول عن العقد، وهذا الاستثناء يشمل السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها باستمرار مع تقلبات السوق المالي، وواضح من هذا الاستثناء أنه إذا مارس المستهلك حقه في العدول عن العقد، فإن المهني أي البائع يكون ملزما برد المبلغ الذي دفعه المستهلك عند إبرام العقد وهذا ما قد يكون مخالفا لسعر السلعة أو الخدمة عند الرد⁽¹⁾.

ويلاحظ أن التوجيه الأوروبي وتقنين الاستهلاك الفرنسي، لم يذكر ما إذا كان هذا الاستبعاد يشمل أيضا العقود الواردة على السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها وفقا لظروف المواد الأولية.

ولذلك فإن القائمين على أمر تعديل التقنين المدني الجزائري أوردوا في المادة 412 مكرر 08 أن الحق في العدول لا يقبل في العقود التي يكون محلها أموالا يرتبط ثمنها بتقلبات سعر السوق المالية أو المواد الأولية.

وبهذا سيتفادى التقنين المدني إذا عرض للمناقشة وصدر، النقد الموجه للتوجيه الأوروبي ولتقنين الاستهلاك الفرنسي.

ولم يتضمن قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي ولا مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين نصا على هذا الاستثناء.

¹ - د/ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 82؛ السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 97

ثالثاً- العقود الواردة على سلع تم تصنيعها للمستهلك خاصة:

وهذا الاستثناء خاص بالسلع التي يتم تصنيعها لمستهلك معين ووفق متطلبات معينة استجابة لرغبته، مثلما هو الأمر في الأزياء التي يتم تصميمها بمقاسات محددة وفقاً لطلب المستهلك، كالمنتجات المصنعة لفائدة شخص ما بناء على رغبته.

فلواتفق شخص ما مع شركة لإنتاج السيارات على تصنيع سيارة بمواصفات معينة، كالسيارات المعدة لذوي الاحتياجات الخاصة، فلا يمكن بعد تجهيزها تخويل هذا الشخص الحق في العدول عن العقد وإلا وقع ضرر على المنتج الذي لا يستطيع بيعها إلى شخص آخر إلا بتحمل ضرر أكبر.

وقد نصت على هذه الحالة المادة 412 مكرر 08 في البند الثاني منها الذي جاء فيه:

- الأموال المنجزة وفقاً لرغبات المستهلك أو المشخصة.

كما نصت عليه المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية في البند الثاني الذي جاء فيه:

- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية⁽¹⁾.

رابعاً- السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بطبيعتها أو السلع سريعة الهلاك والتلف:

ويقصد بالسلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بحسب طبيعتها، كل شيء يؤدي إرساله وإرجاعه للبائع على حدوث تغيير فيه، كالأدوية التي يتم تركيبها من محلولين، إذ لا يمكن إرجاعها بعدما تم تركيبها، أما الأشياء التي يسرع إليها الهلاك أو التلف فمثالها المواد الغذائية والأزهار.

وعلة تقرير هذا الاستثناء واضحة، وهي عدم الإضرار بالمهني بإعادة سلعة بعد انتهاء مدة صلاحيتها لا يمكن أن يكون وسيلة لحماية المستهلك.

¹ - وهو يطابق المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

وقد نصت على هذا الاستثناء المادة 6 من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 وتقنين الاستهلاك الفرنسي في المادة 121-20 فقرة 4 والبند الثالث من المادة 412 مكرر 08 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري⁽¹⁾.

خامسا- العقود الواردة على التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الإعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري:

فلا يتقرر حق العدول للمستهلك إذا كان محل العقد تسجيلات سمعية بصرية أو برامج إعلام الآلي إذا كان قد قام بنزع الغلاف الخاص بالتسجيل السمعي البصري أو قام بفتح برنامج الإعلام الآلي أو القرص المضغوط⁽²⁾.

والهدف الأساسي من وراء هذا الاستبعاد هو حماية حقوق الملكية الفكرية، فمنح المستهلك الحق في العدول عن العقد قد يمكنه من الحصول عليها دون مقابل، فقد يفتح المستهلك التسجيل السمعي البصري أو برنامج الحاسوب وينسخه ثم يرجعه إلى المعني مستندا على حقه في العدول وهذا ما يشكل مساسا بالملكية الفكرية⁽³⁾.

وقد نص على تقرير هذا الاستثناء مشروع تعديل التقنين المدني في البند الرابع من المادة 412 مكرر 08 الذي جاء فيه: " التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الإعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري"⁽⁴⁾.

¹ - كما نص على هذا الاستثناء البند الثاني من المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي وهي تتطابق مع المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

² - وردت الفقرة الرابعة من المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي بصياغتها كمايلي:

« De fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatique lorsqu'ils ont été descelés par le consommateur. »

³ - د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 126؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 277.

⁴ - كما نصت على هذا الاستثناء المادة 32 من قانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية إذ جاء فيها: " عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا" وهو يتطابق مع المادة 57 من مشروع قانون دولة فلسطين للمبادلات الإلكترونية.

وقد ثار خلاف بين الفقه حول إمكانية تطبيق هذا الاستثناء على التسجيلات السمعية أو البصرية أو برامج الحاسوب التي يتم شراؤها عبر الإنترنت وتحميلها من طرف المشتري على جهازه مباشرة، ففي هذه الصورة فإن المستهلك بعد تحميل الفيلم أو البرنامج أو الكتاب على جهازه سيقروءه، فهل يمكن تطبيق هذا الاستثناء وحرمانه من الحق في العدول.

ذهب البعض إلى أن الاستثناء لا ينطبق على هذه الحالة لأن النص استعمل لفظ عند نزع الأختام عنها. Lorsqu'ils ont été descellés.

والمقصود بالنزع هو النزع المادي أما التحميل فلم يذكره النص، وهذا مع ملاحظة أن مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري استخدم لفظ عند فتحها ولم يستعمل عبارة نزع الأختام.

في حين ذهب آخرون إلى أن الحكمة من النص متوافرة والعلة أيضا وهي حماية الملكية الفكرية⁽¹⁾.

سادسا- العقود الواردة على الصحف والمجلات والدوريات:

والحكمة من استثناء العقود الواردة على الصحف والمجلات تتمثل في أن استعمالها يكونا طابع زمني وبعد انقضائه لا يكون للصحيفة أو المجلة أية قيمة، فلا يجوز منطقيا أن يتلقى المستهلك صحيفة أو مجلة فيقرأها ثم يتمسك بحقه في العدول، أما بالنسبة للدوريات فإن العلة من استثنائها تتمثل في الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية حتى لا يقوم المستهلك بنسخها ثم إعادة⁽²⁾.

وينطبق هذا الاستثناء على عقود شراء الجرائد والمجلات والدوريات التي يتم تنفيذها عبر شبكة الإنترنت.

¹ - د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 257.

² - د/ عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 475؛ لما عبد الله صادق سلهب، الرسالة السابقة، ص 131

وقد نص البند الأخير من المادة 412 مكرر 08 على هذا الاستثناء وكذلك المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي⁽¹⁾.

سابعا- العقود الواردة على خدمات الرهان المصرح بها:

لاشك أن جوهر هذه العقود يتنافى والحق في العدول عن العقد المقرر لحماية المستهلك، فالمتعاقدين في هذا النوع من العقود يقدم عليها انطلاقاً من روح المجازفة والمغامرة على نحو لا يسمح بتحويله الحق في العدول وإلا فقد العقد جوهره ومغزاه⁽²⁾.

ولم يتضمن نص المادة 412 مكرر 08 هذا النوع من العقود ولعل القائمين على المشروع أغفلوا النص عليه لوضعهم في الحسبان نص المادة 612 من التقنين المدني الجزائري التي تحظر القمار والرهان.

وبالإضافة إلى الاستثناءات السابقة أوردت المادة 121-4/20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي حالات خاصة هي عقود توريد سلع استهلاكية عادية⁽³⁾، وهي التي يتم تنفيذها في مكان مسكن أو عمل المستهلك من خلال موزعين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة وكذلك العقود التي يكون محلها أداء خدمات الإقامة أو الإطعام، أو النقل وعموماً كل تلك العقود التي يتم الوفاء بها في مكان معين أو على فترات متجددة، فقد يقوم المستهلك بحجز غرفة في فندق عن طريق الإنترنت أو تذكرة سفر في الطائرة ثم يمارس حقه في العدول لحظات قبل إقلاع الطائرة أو في الليلة المعنية بالحجز في الفندق. أو كمن يطلب من مطعم يوفر خدمة توزيع الوجبات على المنازل إحضار وجبة، وبعد وصول العامل إلى منزله يتمسك بحقه في العدول عن العقد، وهذا ما يسبب للمهني خسارة كبيرة لا تحقق أي توازن في العلاقة الاستهلاكية.

¹ - وهي تطابق المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

² - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 61.

³ - جاء في المادة 412 مكرر 10 من مشروع تعديل التقنين المدني: "لا يخضع لهذه الأحكام توزيع الأموال ذات الاستهلاك العادي التي تتم في محل سكن المستهلك أو عمله عن طريق عمليات توزيع متكررة ومنتظمة".

وقد رأى بعض الفقه أن الاستثناءات التي قررها القانون على ممارسة الحق في العدول نقل إلى حد بعيد من الحماية الواجبة للمستهلك، وذلك أن هذه الاستثناءات ستطبق على كثير من العقود الإلكترونية، غير أن الواضح من خلال الوقوف على كل استثناء على حدى أنها إنما قررت في حدود ضيقة حتى لا تتحول حماية المستهلك إلى ذريعة للإضرار بالمهني⁽¹⁾.

وإذا كان المبدأ العام يقضي بأنه يجوز الاتفاق على توسيع مجال حماية المستهلك فإنه لا يجوز التضييق منها، إذ لا يجوز الاتفاق على استثناء عقد معين من الحق في العدول إذا كان هذا العقد غير وارد في الحالات المحصورة من طرف المشرع وإلا كان هذا الاتفاق باطلا لمخالفته مقتضيات النظام العام.

ولذلك أورد المشرع الفرنسي في المادة 121-20 في فقرتها الثامنة أن الأحكام الواردة في هذا القسم ومنها المتعلقة بالحق في العدول من النظام العام⁽²⁾.

المطلب الثاني

أحكام الحق في العدول عن العقد

في الحالات التي يثبت فيها للمتعاقد الحق في العدول عن العقد الذي أبرمه، فإنه من الطبيعي أن يبين المشرع المدة التي يحق فيها للمتعاقد استخدام هذا الحق وكيفية ذلك، كما أن الحق في العدول متى تم استخدامه فإنه سيؤثر في المركز القانوني لكلا الطرفين بل وفي العقد ذاته.

وعليه فإننا نكرس هذا المطلب لبحث المهلة التي يجوز للمتعاقد ممارسة هذا الحق وكيفية ممارسته في الفرع الأول، لنعالج في الفرع الثاني آثار التمسك بهذا الحق.

¹ - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 331.

² - Article 121- 20/8: « les dispositions de la présente section sont d'ordre public ».

الفرع الأول

مهلة ممارسة الحق في العدول وكيفيته

إن بدء سرين المهلة التي يكون للمتعاقد أن يمارس خلالها حقه في العدول عن العقد تختلف باختلاف محل العقد.

فإذا كان محل العقد بيع سلع أو منتجات، فإن مهلة ممارسة حق العدول عن العقد تبدأ منذ لحظة تسلم المتعاقد للسلعة أو الخدمة، وعلى هذا الحكم نصت المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي في فقرتها الثانية⁽¹⁾.

أما إذا كان محل العقد أداء خدمة فإن مهلة سرين الحق في العدول عن العقد تبدأ منذ لحظة قبول الإيجاب.

وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 412 مكرر 06 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري مايلي:

- للمشتري مهلة سبعة أيام كاملة للتمسك بحقه في العدول دون تسبب ذلك ولا دفع أي تعويض باستثناء مصاريف الإرجاع إن وجدت.

- يسري الأجل المذكور في الفقرة السابقة ابتداء من تسلم المال المباع (المبيع).

ويلاحظ أولاً أن مشروع التعديل لم يفرق في بدء حساب المهلة بين ما إذا كان محل العقد خدمة أو سلعة أو منتجاً كما فعل المشرع الفرنسي.

أما المشرع التونسي فقد اتبع نهج نظيره الفرنسي، فنصت المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على مايلي: "يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسب:

¹ - Article 121-20/2: « le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services ».

- بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك.

- بالنسبة للخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد⁽¹⁾.

كما لاحظ بعض الفقه أن تلك النصوص لم تبين من من الطرفين يكلف بإثبات التسليم⁽²⁾.

والواقع أن التشريع لم يكن في حاجة إلى إيراد ذلك لأن القواعد العامة كفيلة بأن تجعل المدعي هو صاحب المصلحة في الإثبات، فإن احتج المشتري وتمسك بحقه في العدول فعليه يقع إثبات أنه تمسك بهذا الحق في الأجل القانوني، وإن تمسك بحقه في العدول خارج الأجل ونازعه البائع، وقع على هذا الأخير إثبات أن واقعة التسليم حدثت قبل التمسك بالحق في العدول لمدة أطول.

ولابد من الإشارة في هذا الموضوع، إلى أن المشرع يجعله مهلة التمسك بالحق في العدول تبدأ من تاريخ تسلم المبيع فإن هذا يعني أن العقد الذي ورد عليه الحق في العدول هو عقد قائم ونهائي وأن التمسك بهذا الحق هو نقض للعقد من جانب واحد خوله المشرع بنص صريح، وفي المادة 106 من التقنين المدني ما يسمع بذلك إذا ذكرت عبارة "وللأسباب التي يقررها القانون" وهذا سبب وجيه قرره المشرع بصريح النص للطرف الذي يراه جديراً بالحماية حتى لا تصبح قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كلمة حق يراد بها إرهاب طرف ضعيف.

أما عن المدة التي يتعين فيها على صاحب الحق ممارسة حقه في العدول عن العقد، فإن المواد التي قررت هذا الحق في القوانين المختلفة قد وضعت مدة أصلية ومدة استثنائية.

¹ - وهذا النص يتطابق مع المادة 55 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

² - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 63؛ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 112.

فقد جاء في المادة 121-01/20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي أن للمستهلك مدة سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في العدول عن العقد⁽¹⁾ أما التوجيه الأوروبي فقد عبر عنها في المادة 06 منه بسبعة أيام عمل sept jours ouvrables⁽²⁾.

والفرق بين سبعة أيام عمل وسبعة أيام كاملة، هو أن الأيام الكاملة يقصد بها 24 ساعة لكل يوم ولكنها قد يصادف أول يوم منها أو آخر يوم يوم عطلة، فلو صادف آخر يوم يوم عطلة وتم احتسابه فإن ذلك يعني أن صاحب الحق قد أمهل ستة أيام فقط، أما عبارة سبعة أيام عمل فهذا يعني أن اليوم الأخير إذا صادف يوم عطلة فلا يتم حسابه في المهلة، وتفاديا لذلك أورد المشرع الفرنسي الفقرة الأخيرة من المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك التي قضت بأنه إذا صادف اليوم الأخير من الأيام السبعة المذكورة يوم سبت، يوم أحد، أو يوم عيد أو يوم عطلة فإن هذه المدة تمتد إلى أول يوم عمل تال⁽³⁾.

وإذا كان مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري قد سار على خطى المشرع الفرنسي فجعل مهلة ممارسة الحق في العدول سبعة أيام فإنه استعمل لفظ كاملة وهنا تطبق القواعد العامة في المواعيد والتي لا يحتسب بموجبها اليوم الأخير إذا صادف يوم عطلة.

أما المشرع التونسي فقد نص في المادة 30 على أن مهلة استعمال الحق في العدول هي عشرة أيام عمل⁽⁴⁾.

¹ - Article 121-20/1 « le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation... »

² - يلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية عندما تحدثوا عن خيار الرؤية وهو المقابل للحق في العدول عند شراح التقنين لم يحددوا مدة زمنية توجب على صاحب الخيار أن يمارس حقه خلالها كما فعلوا بمناسبة خيار الشرط فحدده بعضهم بثلاثة أيام وتركه البعض الآخر دون تحديد، أما بالنسبة لخيار الشرط فلم يحدد الفقهاء الذين أجازوا مشروعية خيار الرؤية مدة معينة لاستعماله، وخالصة اختلافهم أنه يجب أن يترك لصاحب الخيار مهلة معقولة لاستعمال حقه، راجع تفصيل ذلك: د/ محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية، المرجع السابق، ص 94.

³ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 64.

⁴ - أما مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين فقد ورد في المادة 55 منه عبارة خلال عشرة أيام دون وصف.

على أن مهلة سبعة أيام المقررة لممارسة الحق في العدول تمتد إلى ثلاثة أشهر في الحالة التي لا يتضمن فيها الإيجاب الموجه من طرف الموجب المعلومات التي فرض القانون أن يحتويها الإيجاب والمذكورة في المادة 412 مكرر 03، وهي التي سبق أن عرضنا لها عند الحديث عن الإيجاب ومنها: هوية بائع المال ورقم هاتفه وعنوانه، مدة صلاحية العرض والتمن المقترح للبيع، كيفية دفع الثمن وتسليم المال، مصاريف التسليم وكذا تكلفة تقنية الاتصال إذا كانت على عاتق المشتري، المميزات الأساسية للمال المعروض، كيفية خدمة ما بعد البيع ومدة توافر قطع الغيار، حق المشتري في العدول، المدة الدنيا لعقد البيع بالنسبة للعقود المستمرة.

وتمديد مهلة سبعة أيام إلى ثلاثة أشهر هو بمثابة الجزاء المدني الذي فرضه المشرع على الموجب الذي يوجه إيجابا لا يتضمن البيانات الأساسية التي نص القانون على ضرورة إحاطة من وجه إليه الإيجاب بها حتى يقدم على إبرام العقد على بصيرة من أمره.

أما إذا تدارك الموجب التزامه وقام بتبصير المشتري بالبيانات الإلزامية خلال ثلاثة أشهر التي تم تمديد مهلة الحق في العدول إليها، فإن المشتري لا يبقى له إلا مهلة سبعة أيام من تاريخ تبصيره لممارسة الحق في العدول، وعلى هذا الحكم نصت المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي وتبعتها المادة 412 مكرر 06 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري⁽¹⁾.

وإذا كان الأصل أن المدة التي يجوز للمتعاقد أن يعدل فيها عن العقد هي سبعة أيام كاملة، فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على زيادة هذه المدة بجعلها أكثر، ويكون اتفاقهم صحيحا لأنه ينسجم مع الأساس القانوني الذي تقرر بموجبه الحق أصلا و هو حماية مصلحة جديرة بالحماية، غير أنه لا يجوز إنقاص المدة لتعلقها بالنظام العام.

أما عن كيفية ممارسة الحق في العدول فطبقا للمادة 121-20 في فقرتها الأولى من تقنين الاستهلاك الفرنسي الموافقة للمادة 412 مكرر 06 من مشروع قانون تعديل التقنين

¹ - ولم يتضمن التشريع التونسي نصوصا مماثلا، وكذلك مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

المدني الجزائري⁽¹⁾ فإن المشتري يكون له ممارسة حقه في العدول عن العقد خلال المدة المحددة له دون إبداء أسباب ذلك، فهو حق خالص للمشتري يمارسه بإرادته المنفردة دون العدول إلى القضاء وبغض النظر عن موقف المهني ودونما حاجة إلى تبرير⁽²⁾.

ولذلك فإن المشرع لم يحدد شكلا للتعبير عن ممارسة هذا الحق وإن كانت الجوانب العملية تفرض على المشتري أن يتمسك بهذا الحق عن طريق وسيلة تضمن له الإثبات في حال قيام نزاع حول تاريخ التمسك بهذا الحق.

فقد يعدل المشتري عن العقد إذا وجد أن السلعة أو المنتج الذي أقدم عليه غير متوافق مع ما كان يتوقعه أو يتصوره، بل يتاح له هذا الحق حتى ولو وجد أن السلعة أو المنتج متوافق مع ما كان يتوقعه لكنه تبين له أنه تسرع فهُوليس بحاجة إليه، وبذلك فإن الحق في العدول عن العقد هو حق مطلق.

ويستطيع المشتري أن يمارس حقه في العدول بإحدى طريقتين، فإما أن يطلب رد المبيع واسترداد الثمن أو أن يطلب استبدال المبيع بآخر، ويلاحظ في الحالة الأخيرة أن ممارسة الحق في العدول إذا انصبت على تغيير المنتج فإن ممارسة هذا الحق لن تغير من جوهر العقد ولن تمس بقوته الملزمة.

ويمكن للمشتري أن يمارس حقه في العدول عن العقد بالطريقتين معا، فقد يقدم على طلب تغيير البضاعة بأخرى خلال المهلة المحددة ويتبين له بعد تغييرها أن المبيع لا يصلح وأنه ليس بحاجة إليه وعندئذ يطلب رد المبيع واسترداد الثمن⁽³⁾.

ولا يخل استخدام الحق في العدول أو ممارسته بالقواعد العامة المطبقة على عقد البيع، فالمشتري بعد التسليم يفترض فيه أنه تسلم المبيع مطابقا تماما لما تم الاتفاق عليه فإذا وجد أن المبيع به نقص، أو أن الصفات التي تعهد به البائع لا توجد به فإن من حقه

¹ - وهي توافق المادة 30 من قانون المبادلات الإلكترونية التونسي والمادة 55 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

² - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 337؛ د/ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 86.

³ - د/ أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، ص 214؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 279.

طبقاً للقواعد العامة طلب فسخ العقد أو إنقاص الثمن مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى⁽¹⁾، وهذا بخلاف الحق في العدول فلا يأخذ المشتري أي تعويض ولا يمكن إنقاص الثمن فيه.

الفرع الثاني

آثار الحق في العدول عن العقد

إذا كان العقد الإلكتروني عقداً قوامه التراضي، وينعقد كما أشرنا سابقاً، بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين، فإن تمكين المشتري في هذا العقد من الحق في العدول يجعلنا أمام صورة جديدة من التعاقد تتيح لطرف واحد الاستقلال بنقض العقد بإرادته المنفردة وفي هذا خروج على القواعد العامة.

فمتى ثبت الحق في العدول عن العقد في الحالات التي ذكرناها بالشروط التي فصلناها فإنه يترتب آثاراً تغير من طبيعة العقد، ومتى تمت ممارسة الحق في العدول ترتبت أيضاً آثار على طرفيه.

ولذلك فإن آثار الحق في العدول يمكن تقسيمها إلى مرحلتين، مرحلة ثبوت الحق في العدول وهذه المرحلة تؤثر في الوصف القانوني لهذا العقد، ومرحلة استعمال الحق في العدول وهي تؤثر على المراكز القانونية للطرفين.

أولاً- تأثير الحق في العدول عن العقد في ذاته:

حول ما إذا كان الحق في العدول عن العقد يمثل اعتداءً على مبدأ الرضائية أو خرقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن الفقه قد اختلف بصدد هذه المسألة حيث ذهب البعض بأن العقد الذي يتضمن حق العدول لا يبرم بصفة نهائية وإنما هو في الحقيقة مازال في طور التكوين، وأن المهلة القانونية، التي منحها المشرع للمشتري ما هي إلا فترة للتفكير والتروي في أمر هذا العقد، ومعنى ذلك أن الاتفاق الذي تم بين البائع والمشتري عن بعد

¹ - وهذا ما تقضي به المادة 366 مدني جزائري المطابقة لنص المادة 434 مدني مصري، و498 مدني كويتي، و402 مدني سوري.

لم يكن المقصود منه إبرام العقد بصفة نهائية وإنما كان مجرد رغبة في إبرام العقد، وأن العقد لا يوجد إلا بانقضاء المهلة المقررة لممارسة الحق في العدول وبانقضاء هذه المهلة يكون المتعاقد الذي تقررت لمصلحته قد حظي بالوقت الكافي للتأمل والتدبر ويكون رضائه قد اكتمل بصفة نهائية⁽¹⁾.

وخلاصة هذه النظرة إلى الحق في العدول عن العقد هي أنه لا يمثل أي اعتداء على القوة الملزمة للعقد، فيحدث العدول في لحظة لم يكن العقد قد أبرم فيها بعد، ذلك أن هذا الحق يتطلب تراضيا عليه، وهذا التراضي يتم على مرحلتين متتابعتين.

ففي المرحلة الأولى يولد العقد بتطابق إرادتي الطرفين، لكنها مرحلة لا تكفي بذاتها لتمام العقد ففيها يتشكك المشرع من تسرع المتعاقد لأسباب معينة ولذلك منحه مهلة للتفكير والتأمل تبدأ من لحظة تسلمه محل العقد أو من تاريخ إبرام العقد، ولا يكتمل وجود العقد إلا بانتهاء المهلة وهذه هي المرحلة الثانية النهائية، فالعقد لا يبرم نهائيا طالما أن الفترة المقررة لممارسة الحق في العدول لم تنته وخلالها يكون العقد مهددا بالزوال⁽²⁾.

ومن الواضح أن القول بفكرة انعقاد العقد على مرحلتين هو قول لا يستند إلى أي أساس قانوني، إذ من المعلوم أن العقد ينشأ متى تم التراضي عليه، ولم يعترف أي تشريع بفكرة انقسام التراضي على مرحلتين.

بينما ذهب آخرون إلى أن تقرير الحق في العدول لا يغير من أمر العلاقة العقدية شيئا، فالعقد يكتمل وجوده بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين على العناصر الجوهرية للعقد، وصاحب الحق في العدول يملك هذا الحق بمقتضى عقد قائم ومنعقد، ويدعم هؤلاء رأيهم بأن آثار العقد قد ترتبت عليه، فالملكية تنتقل إلى المشتري ويتحمل تبعه الهلاك حتى خلال مهلة ممارسة الحق في العدول، كما له أن يتصرف في محل العقد⁽³⁾.

¹ - د/ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 88؛ د/ طاهر شوقي عبد المؤمن، المرجع السابق، ص 121.

² - د/ أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، ص 227.

³ - د/ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 106؛ عبد الله ذيب محمود، الرسالة السابقة، ص 137.

وقد حاول البعض الآخر البحث عن أساس العقد المتضمن الحق في العدول في الوعد بالتعاقد، وشبهوا الفترة المتاحة للمشتري في التمسك بحقه في العدول بفترة الوعد، لكن انتقاداً شديداً وجه لهذا الرأي على اعتبار أن الواعد يبقى مالكا للشيء ولثماره في فترة الوعد بينما تنتقل الملكية للمشتري صاحب الحق في العدول، كما أن المشتري في العقد المتضمن حق العدول يملك أن يفسخه، أو ألا يمارس هذا الحق فيحصن العقد، بينما الموعود له لا يملك إلا أن يوافق على الوعد فيقتصر دوره على التعبير عن القبول⁽¹⁾.

كما أن انقضاء المدة المحددة للموعود له لإظهار رغبته في العقد، يجعل من الوعد كأن لم يكن، في حين أن انقضاء المهلة المخولة للمشتري في ممارسة حقه في العدول تجعل العقد محصنا.

وحاول آخرون تلمس الأساس القانوني للعقد المتضمن الحق في العدول في البيع بشرط التجربة، وذلك أن المتعاقد الذي يملك حق العدول يتاح له رؤية المبيع وتجربته فإن لم يقبله أرجعه للبائع، وفي هذا تطابق مع البيع بشرط التجربة، والواقع أنه من غير المقبول الأخذ بهذه النظرة القاصرة إلى الحق في العدول، ففي العقد المقترن بشرط التجربة يقتصر حق المشتري على قبول المبيع أو رفضه، في حين يتسع المجال لصاحب الحق في العدول فهو يملك الإبقاء على العقد مع تغيير البيع أو رده مع استرداد الثمن⁽²⁾.

كما أن الحق في العدول هو حق مطلق يعنى فيه المتعاقد الذي مارس حقه في العدول من إبداء الأسباب أو اللجوء إلى القضاء في تقرير حقه، بينما يخضع المشتري في البيع بشرط التجربة لرقابة القضاء، يضاف إلى ذلك أن البيع بشرط التجربة هو في واقع الأمر عقد معلق على شرط واقف فإذا تسلم المشتري المبيع لتجربته وهلك بسبب أجنبي، فإنه يهلك على مالكة أي البائع الذي يتحمل تبعه الهلاك أما إذا هلك المبيع في يد المشتري الذي يملك حق العدول فإنه يهلك عليه باعتبار أن الملكية قد انتقلت إليه⁽³⁾.

¹ - د/ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 95.

² - د/ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 124.

³ - د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، المرجع السابق ص 132.

ورجح بعض الفقهاء أن فكرة العقد غير اللازم تعد وصفا دقيقا للحالة التي يكون عليها العقد المتضمن الحق في العدول وهي صفة استثنائية لأنها تخالف الأصل العام وهي القوة الملزمة للعقد، وهي صفة مؤقتة لأنها تزول بانتهاء المدة المقررة لممارسة الحق في العدول⁽¹⁾.

وفكرة العقد غير اللازم معروفة في الفقه الإسلامي وهي تعني العقد الجائز أي الذي يجوز لأحد الطرفين أو كليهما فسخه فهي عقود قبل الفسخ بطبيعتها كالوكالة والوصية والعارية والوديعة، والمقصود بالفسخ في الفقه الإسلامي هو إنهاء العقد⁽²⁾.

ننتهي إلى القول بأن العقد الإلكتروني بما أنه ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، وبما أن المشرع خول للمشتري في هذا النوع من العقود ممارسة الحق في العدول في الحالات التي يجيزها، فإنه هذا العقد هو عقد غير لازم بالنسبة إليه فيملك ممارسة الحق في العدول في الحالات التي يجيزها القانون وفي المهلة التي يحددها.

ثانيا- آثار ممارسة الحق في العدول على أطراف العقد:

إذا مارس المتعاقد حقه في العدول في المهلة المحددة ترتبت على ذلك آثار بالنسبة إليه وآثار بالنسبة إلى الطرف الثاني.

فبالنسبة للمشتري المستهلك فإنه متى تمسك بحقه في العدول زال العقد وأعتبر كأن لم يكن منذ لحظة إبرامه، وهذا ما يعني التزامه برد السلعة أو المنتج للبائع أو التنازل عن الاستفادة من الخدمة، ويجب أن يعيد البضاعة أو المنتج بالحالة التي تسلمها عليها فإن أصابها تلف أو هلاك تحمله هو باعتباره كان مالكا لها.

وطبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي وهي تقابل المادة 412 مكرر 06 من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري، فإن المشتري متى مارس حقه في العدول فإنه لا يتحمل أية جزاءات أو مصاريف ماعدا

¹ - د/ أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 230.

² - د/ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 275؛ د/ محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية، المرجع السابق ص 75.

مصاريف الإرجاع إن وجدت، وهذا ما دفع ببعض الفقه إلى التعليق على هذا الحق بأنه بالإضافة إلى كونه حقا مطلقا وتقديريا فإنه أيضا حق مجاني⁽¹⁾.

ولا يوجد ص يمنع اتفاق الطرفين على إعفاء المشتري حتى من مصاريف الإرجاع أما الاتفاق على تحمل المشتري أية نفقات إضافية فمصيره البطلان لمخالفته قواعد حماية المستهلك⁽²⁾.

وإذا انقضت مهلة العدول دون أن يتمسك المشتري بحقه في العدول عن العقد، فإن صفة اللزوم تلحق بالعقد ويصير باتا ويستقر نهائيا ولا يكون للمشتري ممارسة هذا الحق مرة أخرى.

غير أن سقوط الحق في العدول بانقضاء المهلة لا يمنع المشتري من الاستفادة بالقواعد العامة في التقنين المدني الخاصة بضمان العيوب الخفية أو الاستناد إلى نظرية عيوب الإرادة إذا تبين أن إرادته كانت معيبة، وذلك أن الحق في العدول هو وجه من أوجه الحماية الخاصة التي لا تسقط الحماية العامة المقررة في التقنين المدني.

أما بالنسبة للبائع فيلتزم في حالة ممارسة الحق في العدول من قبل المشتري، برد ما قبضه من ثمن، كما يترتب بالنسبة إليه فسخ عقد القرض الذي يكون قد أبرمه مع المشتري لتمويل شراء البضاعة أو الاستفادة من الخدمة⁽³⁾.

فوفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي الموافقة للمادة 412 مكرر 07 من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري فإنه يجب على البائع المهني أن يقوم برد الثمن خلال ثلاثين يوما من اليوم الذي أعلن فيه المشتري تمسكه بالعدول، وفي حالة تجاوز البائع هذا الأجل دون أن يرد الثمن فإنه يتعرض لزيادة في الثمن على سبيل الغرامة وهي الغرامة التي يعود تقديرها للقانون الذي ينظم الفوائد

¹ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 71.

² - د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 342.

³ - د/ طاهر شوقي عبد المؤمن، المرجع السابق، ص 120؛ عبد الله ذيب محمود، الرسالة السابقة، ص 137.

القانونية في فرنسا، أما في الجزائر فقد حددها مشروع التعديل بـ10% من ثمن المبيع عن كل يوم تأخير⁽¹⁾.

بالإضافة إلى ذلك، فإن المشرع الفرنسي قد نص على جزاء جنائي يوقع على البائع في حالة رفضه إرجاع ثمن البيع إلى المشتري، حيث جاء في المادة 121-20-02 في حالة رفضه إرجاع ثمن البيع إلى المشتري، حيث جاء في المادة 121-20-02 على أن توقع عقوبة جزائية على كل بائع رفض رد المبالغ التي دفعها المستهلك خلال ثلاثين يوماً من إعلان المستهلك عدوله عن العقد، ويلاحظ أن هذه العقوبة التي تطبق على البائع هي العقوبات المطبقة في مجال المنافسة وقمع الغش⁽²⁾، وهي قد تصل إلى الحبس 6 أشهر وغرامة قدرها 7500 أورو⁽³⁾.

وإذا كان ثمن البيع ممولا كلياً أو جزئياً بقرض ممنوح من البائع أو من الغير باتفاق مع البائع، فإنه يترتب قانوناً على تمسك المشتري بحقه في العدول فسخ عقد القرض وذلك دون تعويض ولا مصاريف باستثناء تلك المتعلقة بفتح الاعتماد، وهذا ما نصت عليه المادة 311-25 في فقرتها الأولى والتي أضيفت إلى تقنين الاستهلاك الفرنسي بمقتضى المرسوم 741/2001 الذي سبقت الإشارة إليه والذي صدر إعمالاً لأحكام التوجيه الأوروبي لاسيما المادة 6 فقرة 04 من التوجيه رقم 07/97.

وهذا النص مطابقاً للمادة 412 مكرر 12 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري⁽⁴⁾ وبذلك يكون المشرع قد نظر إلى العقدين، العقد المبرم عن بعد والعقد المبرم تمويلاً له، باعتبارهما كلا لا يتجزأ فقرر أن زوال الأصلي منها يستتبع زوال التابع،

¹ - Article 121-20/1 « lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel est tenu de rembourser sans délai le consommateur et au plus tard dans les trente jours suivant la date à laquelle ce droit a été exercé, Au-delà, la somme due est de plein droit, productive d'intérêts aux taux légal en vigueur ».

² - Article 121-20/02: « est punie de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe le refus du vendeur de rembourser dans les conditions fixées à l'article 121-20-1 le produit retourné par l'acheteur, lorsque celui-ci dispose d'un droit de rétractation ».

³ - د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 67.

⁴ - وهذا النص يقابل نص المادة 33 من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، والمادة 58 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

فالمشتري لم يبرم عقد القرض إلا لتمويل شراء المنتج أو الاستفادة من الخدمة فإن تمسك بحقه في العدول فلم يبق مجال للقرض.

ومن خلال استعراض مظاهر الحماية الخاصة للمتعاقدين في العقد الإلكتروني، فإنه يمكن القول بأن حماية المستهلك في العقد الإلكتروني قد ألفت بظلالها الكثيفة على عدد من المبادئ التقليدية التي تحكم النظرية العامة للعقد، إما لحظة إبرام العقد بهدف حماية رضا المتعاقد المستهلك، وإما بالتدخل في مضمون العقد بهدف إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية، وأحتى بالنسبة لآثار العقد بزيادة التزامات المهني (المنتج، الموزع، البائع) أو التوسع في حقوق المستهلك، بتقرير حق العدول عن العقد الذي أبرم صحيحاً، وإعفاءه من إبداء الأسباب أو تحمل المصاريف، بل وبلغت الحماية إلى تدخل التشريع الجزائي لفرض عقوبات جزائية على عدم تنفيذ التزامات مدنية.

خاتمة:

كان الهدف من وراء هذه الدراسة هو البحث عن جزئيات وفروع التعاقد الإلكتروني في القواعد العامة لنظرية العقد، وفي التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية في مختلف النظم والقوانين لمعرفة ما إذا كانت تشكل نظرية عامة مستقلة للتعاقد الإلكتروني أم أن القواعد العامة تغني عن وضع تشريع خاص يستقل بتنظيم هذه الوسيلة الجديدة في التعاقد.

وتمهيدا لبلوغ هذا الهدف تعرضت الدراسة في الباب الأول لحقيقة العقد الإلكتروني حيث تم الوقوف على التعريفات المختلفة لهذا النوع من التعاقد الواردة في التشريعات التي سبقت المشرع الجزائري إلى تنظيمه، ثم بيان مواقف الفقهاء من كل تعريف واستعراض التعريف الذي جاء به القائمون على أمر التشريع في بلادنا في وثيقة مشروع تعديل التقنين المدني.

وقد مر معنا أن من الفقه من ركز في تعريف هذا العقد على الصفة الدولية فيه وأن منهم من قصر تعريفه على وسيلة وحيدة تستخدم في إبرامه، ورأينا أن من قام بإعداد مشروع تعديل التقنين المدني قد تفادى كل تلك الانتقادات وعرفه بأنه كل عقد يبرم عن بعد بوسيلة اتصال أو أكثر دون سواها، وأنه بذلك قد اقتفى أثر المشرع الفرنسي عندما نظم التعاقد عن بعد ملتزما بتوجيهات الاتحاد الأوروبي رقم 07/97 المتسقة مع قواعد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.

وسجلت الدراسة أنه في الوقت الذي التفت فيه المشرع الفرنسي منذ سنة 2000 إلى إدخال تعديلات على التقنين المدني لتتسع نصوصه لتنظيم استخدام الإنترنت وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة في العقود والتفاوض عليها، على غرار معظم التشريعات العربية، فإن القائمين على أمر التشريع في الجزائر وقفوا عند حد إدخال نص وحيد على التقنين المدني سنة 2005 وتعديل نص آخر.

وباستعراض مختلف النصوص المقارنة في مجال تعريف التعاقد بالوسائل الإلكترونية تبين أن وصف العقد بأنه عقد إلكتروني يتحقق عندما تلحق هذه الصفة العقد برمته أو جزءا منه فقط.

وقبل أن ينتهي الفصل الأول من الباب الأول المكرس للبحث في حقيقة العقد الإلكتروني، ركزت الدراسة على مشروعية العقد الإلكتروني للإجابة على جزء هام من الإشكالية وهو ما إذا كانت نظرية العقد تجيز استخدام الوسائل الإلكترونية في نقل الإرادة والتعبير عنها، إذ من المعلوم أن الوسائل التكنولوجية الحديثة والمتطورة خصوصا تلك التي ظهرت في السنوات العشر الأخيرة لم تكن في أذهان واضعي التقنين المدني عند سنه، وقد رأينا أن جانبا هاما من فقه التقنين المدني قد رأى بأن نصوص التقنين المدني فيها من المرونة والثبات ما يجعلها كفيلة باحتواء أية وسيلة تستخدم في إبرام العقد مهما تطور السلوك الإنساني.

وبعد أن اكتملت للبحث نواته الأولى وهي ضبط تعريف للعقد الإلكتروني ومشروعيته في ظل انطباق القواعد العامة عليه في بعض جوانبه وحاجته إلى نصوص جديدة تسد ثغرات استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرامه، كان لزاما علينا التطرق إلى خصائص العقد الإلكتروني، وهي الصفات التي يتميز بها كل عقد تم إبرامه بوسيلة إلكترونية.

فقد اتضح أن الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في نقل الإرادة وإبرام العقد تلقى بظلالها على هذا العقد فتجعله متميزا بخصائص أهمها أنه عقد تجاري غالبا، فالطبيعة التجارية هي الغالبة فيه، غير أن ذلك لا يعني أن يكون عقدا مدنيا أحيانا، كما أنه في معظم الأحوال عقد استهلاكي، فالأفراد يستخدمون الوسائل الإلكترونية للحصول على سلع أو خدمات غير متاحة لهم في العالم المادي، ولذلك يتمركزون في خانة المستهلك الذي يحتاج إلى حماية خاصة وقد لمسنا هذه الخاصية للعقد في تعريف العقد الإلكتروني في مشروع تعديل التقنين المدني الذي عرفه بأنه العقد الذي يبرم بين مشتر مستهلك وبائع مهني، ورأينا أن معظم القواعد التي بها يخرج هذا العقد عن النظرية العامة ترجع إلى كونه عقدا استهلاكيا غالبا.

كما وقفنا عند خاصية أخرى هامة للعقد الإلكتروني وهي أنه عقد يتراوح مداه بين المساومة والإذعان، وأن المساومة فيه أو الإذعان يظهران ويختفيان بحسب الوسيلة المستخدمة وصورة العقد المراد إبرامه.

وبما أن الوسائل الإلكترونية لا تعترف بالحدود، فإن العقد المبرم بواسطتها يكون غالبا عقدا دوليا، يبرم بين أطراف ينتمون لدول مختلفة، وهذا ما يفتح النقش حول القانون الذي يجب تطبيقه عليه، وضرورة رد ذلك إلى القواعد العامة في تنازع القوانين من حيث المكان.

وطالما أن العقد الإلكتروني يبرم عند استخدام أحد طرفيه أو كلاهما بوسيلة إلكترونية في نقل إرادته إلى الطرف الثاني، فإن البيئة التي ينشأ فيها هذا العقد هي بيئة إلكترونية بالضرورة، ولذلك وجب التمييز بين العقد الإلكتروني والعقود المشابهة له من حيث طريقة إبرامه أو بالنظر إلى مضمونه.

فالهاتف والفاكس هي وسائل إلكترونية تستخدم لإبرام العقد، ويعترف لها بذلك فقه التقنين المدني وتشريعه، لكن تطور أجيال الهاتف وتعدد تقنيات استخدامها جعل العقد يتم في غير الظروف التي رسمها التقنين المدني، ولذلك كان منطقيا أن تتجه الدراسة إلى التمييز بين العقد الإلكتروني وغيره من العقود المشابهة له سواء من حيث طريقة الإبرام أو بالنظر إلى البيئة التي ينشأ فيها.

ولأن الجانب التقني للعقد هو الذي أثر في وصفه وجعله يتميز بخصائص هي سبب دراسته، فإن دراسة وسائل التعاقد الإلكتروني كانت مرحلة لا بد منها في نظرنا، فقد تم تخصيص الفصل الثاني من الباب الأول للحديث عن رسالة البيانات وهي المعلومات التي يتم إنشاؤها أو استعمالها أو تخزينها بوسيلة إلكترونية، فالإرادة وهي أمر نفسي لا يعلم به إلا صاحبها إذا ما اتخذت مظهرا خارجيا حفل بها القانون ورتب عليها آثارا، وفي العقد الإلكتروني تستخدم الدعامة الإلكترونية لنقل الإرادة وهذه الدعامة تحتوي معلومات قد تكون إيجابيا أو قبوليا، وفي لغة قوانين المعاملات الإلكترونية تسمى المعلومات التي تنقل بهذه الطريقة رسالة بيانات، ولذلك حاولت الدراسة وضع هذه المفاهيم الدقيقة والتقنية

على بساط البحث وتحليلها قدر الإمكان ليقترّب معناها من رجل القانون، خاصة وأن مشروع تعديل التقنين المدني لم يلتفت إطلاقاً إلى الجانب التقني في العقد الإلكتروني.

وهذا فضلاً عن أن تحديد المفاهيم الخاصة برسالة البيانات وأطرافها وهم المنشئ والوسيط والمرسل إليه يساعد في تبسيط الكثير من الإجابات حول طريقة إبرام هذا العقد، وزمان ومكان إبرامه، وكيفية إسناد الإرادة إلى من صدرت منهم، والتحقق من أنها أسندت إليه دون تحريف أو تحوير.

وفي المبحث الثاني من الفصل الثاني تم التطرق إلى صور التعاقد الإلكتروني وتناول الباحث فيه الصور المختلفة والمتاحة حالياً لإبرام العقد بوسيلة إلكترونية وهي تتحقق عند إبرام عقد عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق الموقع المفتوح على شبكة الإنترنت، أو بواسطة تقنية المحادثة المباشرة وتم التطرق في كل صورة من تلك الصور إلى أن العقد الإلكتروني يتأرجح بين خضوعه للقواعد العامة تارة وبين إنفراده بأحكام يجب وضع نصوص خاصة به في شأنها.

ويأتي الباب الثاني من الدراسة ليخصص لجوهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، ففيه برز الاختلاف بين هذا النوع من التعاقد الذي تستخدم في إبرامه وسيلة اتصال حديثة، والتعاقد باللفظ أو الكتابة أو الإشارة على النحو المعروف في النظرية العامة، فقد تجلّى أن هذا العقد رغم اتصافه بطابع الإذعان فإنه عقد يتم عن طريق تنظيم عملية التفاوض على العقد، وفي هذا الصدد لاحظت الدراسة قصور التشريعات المدنية وحتى قوانين المعاملات الإلكترونية عن تنظيم المرحلة السابقة للتعاقد رغم الأهمية الكبيرة التي تحتلها في تفسير العقد أو تكمله ما اعتراه من نقائص سكت عنها الأطراف

وبالنسبة للإيجاب برزت إلى السطح خصوصيته واختلافه عن الإيجاب بالوسائل التقليدية.

فالإيجاب في هذا العقد يجب أن يتوافر فيه، فضلاً عن الشروط المعروفة في القواعد العامة، شروط خاصة، إذ يتعين على الموجب تضمين بيانات جوهرية تتعلق بمحل العقد وحق العدول وشروط العقد وهذا ما أصطلح على تسميته في معظم القوانين

المنظمة للتعاقد الإلكتروني بالالتزام بالإعلام، وهو الالتزام الذي رتب عليه القانون جزاءات مدنية تتمثل في كفالة حق المشتري في العدول عن العقد، وعقوبات جزائية تصل إلى الحبس والغرامة وتماتل جرائم الغش والتحايل كما هو الأمر في التشريع الفرنسي.

أما عن القبول الذي تستخدم فيه وسائل الاتصال الحديثة، فليس أقل خصوصية من الإيجاب من حيث صدوره عن بعد، ودون حضور مادي للأطراف، مما يجعل العقد يبرم في غالب الأحيان دون تبصر ويقين من القابل، وهذا ما يجعل العقد الإلكتروني قائماً على أرضية غير مستقرة في ضوء القواعد العامة التي لا تخول إلا إبطال العقد إذا توافرت شروط الإبطال ورفعت الدعوى للمطالبة به في آجالها فضلاً عما قد يلحق القابل من أضرار جراء إبطال العقد.

أما التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية فقد نصت على الالتزام بالإعلام ومنحت المشتري المستهلك الحق في العدول عن العقد، وهي رخصة أتاحتها المشرع للطرف الذي أقدم على إبرام العقد عن غير بصيرة أن يرجع عن قبوله، ولا شك أن هذه الرخصة تمثل خروجاً عن القواعد العامة التي تجعل العقد، متى تم صحيحاً، بمثابة القانون بين الطرفين فلا يستقل أحد الطرفين بنقضه أو إلغائه أو تعديله.

وقد مر معنا أن مشروع تعديل التقنين المدني قد سار على ركب أحدث التشريعات عندما نص على الحق في العدول وكفله للمشتري وجعله حقاً خالصاً له.

وبالنسبة لتحديد زمان ومكان إبرام العقد اتضح قصور القواعد العامة للعقد عن تحديد لحظة إبرام العقد ومكانه واعتمادها على نظريات أقل ما يقال عنها أنها عتيقة، وهذا ما استتبع إيجاد حلول جديدة تسير طبيعة هذا النوع من التعاقد، فقد تبدى واضحاً أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المعد من طرف لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة قد وضعت حلاً ناجعاً للهِفوات التي تعترى القواعد العامة في تحديد لحظة إبرام العقد وجعل اللحظة التي يتم فيها العقد هي لحظة إرسال الإشعار بالاستلام وليس لحظة وصول القبول وافترض العلم به كما تقضى بذلك القواعد العامة، وعلى هدي هذا القانون سارت معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية، وإن كان قد لوحظ أن مشروع التعديل الخاص بالتقنين المدني لم يحفل بهذا المسألة الدقيقة، ولعل القائمين على

أمر التعديل قد وضعوا في الحسبان أن القواعد العامة كفيلة بوضع حكم للمسألة، غير أن الدراسة قد وقفت على أن الحل الذي ذهب إليه قانون الأونيسترال هو الأقرب للواقع وهو الكفيل بتوفير حماية للمتعاقد وتحصين العقد.

وبخصوص مسألة التحقق من الأهلية وهوية المتعاقد فإن الدراسة قد وقفت على أن التشريعات وضعت حلولاً بسيطة لكنها كفيلة بتحقيق الغرض وهو اشتراط ملء استمارة أو وضع الرقم السري الخاص بالبطاقة البنكية للتأكد من أهلية المتعاقد.

وعن مشكلة اللغة المستخدمة في إبرام العقد، تبين من خلال دراسة معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية أنها فرضت استخدام اللغة الوطنية للدولة التي يتم فيها العقد ومعها ترجمة إلى لغة أخرى حتى يتاح لأي شخص إبرام العقد، وحتى لا تصبح اللغة عائق أمام أهم خاصية للعقد الإلكتروني وهي الخاصية الدولية فيه.

وانتهت هذه الدراسة إلى أن مشروع قانون تعديل التقنين المدني لم يرق إلى أرضية صلبة ومستقرة للتعاقد الإلكتروني وإن كانت القواعد العامة تسمح باستخدام الوسيلة الإلكترونية في إبرام العقد، فإنها تضيق في معظم الأحيان وتعجز عن الإحاطة بكل مستجداته، مما يجعل أمر إدخال تعديل واسع على التقنين المدني الجزائري كما فعل المشرع الفرنسي ضرورة ملحة، فنحن ننتهي بعد هذه الدراسة إلى أن القواعد العامة رغم ما تحويه من نقائص حول استيعاب الوسيلة الإلكترونية في التعاقد فإن التروي والتأمل فيها والاجتهاد معها واستنباط أحكام جديدة تتلاءم مع التطور التكنولوجي أمر لا يستعصي عليها.

وبما أن الإمام بالموضوع وإيفائه حقه على الوجه القويم شرف لن ندعيه فإن التقصير في معالجته تهمة لن ننفيها.

قائمة المراجع

أولاً_ باللغة العربية:

أ_ المراجع العامة :

- 1- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، مصر، بدون تاريخ النشر.
- 2- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة، 1995.
- 3- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 4- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، طبعة 2003
- 5- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الأجزاء 01، 02، 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة، 1998.
- 6- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة، 1998.
- 7- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، طبعة 1993.
- 8- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، دار ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، الطبعة الثانية 2003.
- 9- لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والقانون المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1990.
- 10- محمد سعيد جعفرور وفاطمة اسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002.
- 11- محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبعة 1998.

- 12- محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002.
- 13- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، طبعة 2003.
- 14- محمد كمال الدين إمام، الفقہ الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2004.
- 15- مصطفى الجمال، القانون المدني، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، مصر، طبعة 1987.
- ب- المراجع المتخصصة:
- 1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، الكويت، طبعة 2003.
- 2- أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2006.
- 3- أحمد ادريوش، تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، المغرب، طبعة 2009.
- 4- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، دراسة مقارنة، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2002.
- 5- أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية، دار نسر للطباعة الحديثة، مصر، 2008.
- 6- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، (الإلكتروني، السياحي، البيئي)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2002.
- 7- أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2007.
- 8- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، 2000.

- 9-أسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005.
- 10-أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2008.
- 11-السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1986.
- 12-المختار بن أحمد عطار، العقد الإلكتروني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، طبعة 2009.
- 13-إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2009.
- 14-إيمان مأمون أحمد سلامة، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2008.
- 15-بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2011.
- 16-حسن عبد الباسط جميعي، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية والتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، طبعة 2006.
- 17-خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة 2007.
- 18-خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة 2006.
- 19-سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، طبعة 2008.
- 20-سلطان عبد الله محمود الجوارى، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2009.

- 21-سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى 2006.
- 22-سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005.
- 23-شافع بلعدي عاشور، العولمة التجارية والقانونية للتجارة الإلكترونية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2006.
- 24-شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2005.
- 25-صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى 2005.
- 26-صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2006.
- 27-ظاهر شوقي عبد المؤمن، عقد البيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2007.
- 28-عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
- 29-عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2002.
- 30-عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 1997.
- 31-عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- 32-عبد الفتاح الزيتوني، تنازع الاختصاص في العقد الإلكتروني، المطبعة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2010.

- 33- **عبد الفتاح بيومي حجازي**، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة 2006
- 34- **عبد الفتاح بيومي حجازي**، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى 2005.
- 35- **عبد الفتاح بيومي حجازي**، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة 2003.
- 36- **عصام عبد الفتاح مطر**، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2009.
- 37- **علاء محمد نصيرات**، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2005.
- 38- **عمر خالد زريقات**، عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة تحليلية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2007.
- 39- **فؤاد العلواني و عبد جمعة موسى الربيعي**، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد عبر الانترنت، عقود البيع التجارية، مطبوعات بيت الحكمة العراق، الطبعة الأولى 2003.
- 40- **فادي محمد عماد الدين توكل**، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2010.
- 41- **فاروق الأباصيري**، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية. دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية، 2003.
- 42- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2006.
- 43- **لورنس محمد عبيدات**، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2006.
- 44- **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2005.

- 45- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 2008.
- 46- محمد المرسي زهرة، الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2008.
- 47- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2004.
- 48- محمد حسام محمود لطفى، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون مكان النشر، طبعة 2002.
- 49- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2007.
- 50- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2005.
- 51- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2006.
- 52- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 2006.
- 53- محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2006.
- 54- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2009.
- 55- محمد شريف عبد الرحمن، إثبات التعاقد الذي يبرم بالوسائل السمعية والمرئية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2007.
- 56- محمد فواز المطالقة، الوجيه في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 2006.

- 57- محمد نجيب عوضين المغربي، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2006.
- 58- محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، النسر الذهبي للطباعة، دون ذكر تاريخ الطبع.
- 59- مندى عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2010.
- 60- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2005.
- 61- نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2001.
- 62- وائل أنور بندق، قانون التجارة الإلكترونية، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، الطبعة الأولى 2009.
- 63- وائل أنور بندق، قانون التوقيع الإلكتروني، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، الطبعة الأولى 2009.

ج- الرسائل :

- 1- آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، رسالة ماجستير جامعة السليمانية، العراق، 2005.
- 2- إياد محمد عارف عطا، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009.
- 3- باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطني، نابلس، فلسطين، 2006.
- 4- بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2003.
- 5- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، سنة 2004.
- 6- تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، القاهرة 2008.
- 7- جرعود الباقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2002.
- 8- رحيمة صغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية 2006.
- 9- زياد خلف شداخ العنزي، تنازع القوانين في المعاملات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2008.
- 10- عبد الرحمان عبد الله السند، الأحكام الفقهية للمعاملات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2002.

- 11- **عبد الله ذيب عبد الله محمود**، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009
- 12- **عمرو عبد الفتاح علي يونس**، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2008.
- 13- **لما عبد الله صادق سلهب**، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
- 14- **محمد حبار**، نظرية بطلان التصرف القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، الجزائر، 1986.
- 15- **محمد سعيد أحمد اسماعيل**، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2005.
- 16- **محمد موسى خلف**، التعاقد بواسطة الإنترنت، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.
- 17- **مراد محمود يوسف مطلق**، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2007.
- 18- **مسعودة سليمان بلخضر**، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان 2006.
- 19- **نافذ ياسين محمد المدهون**، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة ، مصر 2007.
- 20- **يحي يوسف فلاح حسن**، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.

د - المقالات والبحوث:

- 1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات، مجلة الحقوق الكويتية، ملحق العدد الثالث، السنة 29، سبتمبر، 2005.
- 2- أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور بمجلة الحقوق الكويتية، السنة 19، العدد الثالث، سبتمبر 1995.
- 3- أحمد يوسف الشحات، معوقات نمو التجارة الإلكترونية، مجلة روح القوانين، العدد 41 الجزء الأول، جانفي، 2007.
- 4- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد في عقود التجارة الإلكترونية، العدد 41 الجزء الأول، جانفي، 2007.
- 5- باسل يوسف، الجوانب القانونية للعقود التجارية عبر الحواسيب وشبكة الإنترنت والبريد والإلكتروني، مقال منشور بمجلة دراسات قانونية تصدر عن بيت الحكمة، بغداد، العراق، العدد الرابع، السنة الثانية، ديسمبر 2000.
- 6- بشار عدنان مكاوي، نظرية العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مجلة دراسات، تصدر عن الجامعة الأردنية، المجلة 33 عدد 02 سنة 2006.
- 7- بلال الصنديد، حول مشروع قانون التجارة الإلكترونية في دولة الكويت، ملحق العدد الثالث، السنة 29، سبتمبر، 2005.
- 8- جمال فاخر النكاس، العقود والإتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والإتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق الكويتية، السنة العشرين العدد الأول، مارس 1996، ص 133 وما بعدها.
- 9- حسن محمد بودي، التعاقد عبر الإنترنت، مجلة روح القوانين، العدد 27، الجزء الأول، جانفي 2006.
- 10- حسين عبده الماحي، نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية، مقال منشور بمجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 31 أبريل، 2002.

- 11- خالد سعد زغلول، الحماية القانونية لتجارة الإلكترونيات، ملحق العدد الثالث، السنة 29، سبتمبر، 2005.
- 12- خالد مصطفى إدريس، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، مجلة روح القوانين، العدد 36، الجزء 02، 2005.
- 13- رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق الكويتية، السنة السادسة والعشرين، العدد الرابع، ديسمبر 2002.
- 14- سعيد سالم جويلي، الحق في الخصوصية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، مصر، العدد 41 الجزء الأول، جانفي 2007.
- 15- عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقود البيع عن بعد، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنوفية، العدد 23 السنة 12، أبريل 2003.
- 16- عبد الله أحمد باقر الكندي، تعليق على بعض نصوص مشروع قانون التجارة الإلكترونية، مجلة الحقوق الكويتية ملحق العدد الثالث، السنة 29، سبتمبر، 2005.
- 17- علي سيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، العدد 72، 2002.
- 18- فائق محمود الشماع، التجارة الإلكترونية، مقال منشور في مجلة دراسات قانونية، تصدر عن بيت الحكمة بغداد، العدد الرابع السنة الثانية، ديسمبر 2000.
- 19- فريد عبد المعز فرج، التعاقد بالإنترنت، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية تصدر عن كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر فرع دمنهور، العدد 18، ج 01، سنة 2003 ص 471 وما بعدها.
- 20- محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، مقال منشور، مجلة الإدارة تصدر عن المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، المجلة 13، العدد 02 لسنة 2003، عدد 26.
- 21- نبيل محمد صبح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق الكويتية ملحق العدد الثالث، السنة 29، سبتمبر 2005.

هـ - المعاجم:

- 1- سهيل ادريس، المنهل، قاموس فرنسي عربي، دار الأدب، بيروت، لبنان، الطبعة الثلاثون، 2002.
- 2- محمد جمال الدين بن منظور، لسان العرب، ج7، الطبعة الثانية، سنة 1992.
- 3- معجم الحاسبات، صادر عن مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر، الطبعة 3، 2003.

و - التقنيات :

- الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.
- القانون رقم 09/08 مؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
- التقنين المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، المعدل والمتمم.
- التقنين المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
- التقنين المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 سنة 1949.
- مجلة الالتزامات والعقود التونسية الصادرة في 1906/12/15.
- التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804، المعدل والمتمم.
- تقنين الاستهلاك الفرنسي.
- قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996.
- قانون الأونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني لسنة 2001.
- التوجيه الأوروبي حول التجارة الإلكترونية رقم 2000/31 الصادر بتاريخ: 2000/06/08
- التوجيه الأوروبي حول التجارة الإلكترونية رقم 93/ 1999 الصادر بتاريخ 1999/12/13

- القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، قانون عدد 83 لسنة 2000 الصادر بتاريخ 2000/08/09.
- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، القانون رقم 85 لسنة 2001.
- قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية ، القانون رقم 02 لسنة 2002 الصادر 2002/02/12.
- قانون التجارة الإلكترونية لمملكة البحرين، الصادر بتاريخ 2002/09/14.
- القانون المصري الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، القانون رقم 15 لسنة 2004 الصادر بتاريخ 2004/04/21 ولائحته التنفيذية الصادرة بتاريخ 2005/05/15.
- القانون رقم 53/05 الصادر بتاريخ 2007/11/30 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية في المغرب، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 5584 بتاريخ 2007/12/06.

ثانيا: باللغة الفرنسية :

OUVRAGES :

- 1-**BARCELO (R)**, La proposition de directive européenne sur le commerce électronique , édition delta 2001.
- 2-**BENABENT (A)**, Droit civil, les obligations, 3^{ème} édition, montchrestien, 1991.
- 3-**BENSOUSSAN (A)**, Le commerce électronique , aspects juridiques édition HERMES , PARIS 1998.
- 4-**BOCHURBERG (L)**, Internet et commerce électronique, DELMAS, 1^{er} édition , 1999.
- 5-**GAUTRAIS (V)**, Le contrat électronique international , encadrement juridique , édition delta , 2^{ème} édition 2003.
- 6-**GOBERT (D)**, La signature dans les contrats et les paiement électronique, cahier du centre de recherches informatique et droit, Bruxelles, 2000.
- 7-**HUET(J)**, Aspect juridiques du commerce électronique, DALLOZ 2004.
- 8-**ITEANU (O)**, Internet et le droit , aspect juridiques du commerce électronique , PARIS édition 2000.
- 9-**LETOURNEAU (Ph)**, Contrats informatiques et électroniques, DALLOZ, Paris, 2000.
- 10-**MAS (F)**, La conclusion des contrats du commerce électronique, paris, 2005.
- 11-**MAZEAUD, Henri et léon, Jean**, Leçons de droit civil, édition montechristien, 2^{ème} édition 1959.
- 12-**POULLET (Y)**, La conclusion du contrat par un agent électronique , cahier du centre de recherche informatique et droit , BRUYLANT édition BRUXELLES , 2000.
- 13-**SANTIAGO cavanillas mugica**, Les contrats en ligne dans le théorie générale du contrat , le regard d'un juriste de droit civil, cahier du centre de recherche informatique et droit , Bruxelles , 2000.
- 14-**VERBIEST (T)**, La protection juridique du cyberconsommateur, LITEC, paris, 2002.
- 15-**VIALARD (A)**, Droit civil, la formation du contrat, O.P.U, Alger, 1981.
- 16-**VIVANT (M)**, Les contrats du commerce électronique, LITEC, Paris, 1999.

II- Thèses et mémoires :

1-GAUTRAIS (V), L'encadrement juridique du contrat électronique international, thèse de doctorat, université de Montréal 1998.

2-GHAZOUNI (CH), Le contrat de commerce électronique international, thèse pour le doctorat en droit, université PANTHEON- ASSAS Paris II, soutenue le 16 mai 2008.

3-GUILLEMARD (S), Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatil, thèse de doctorat, université Paris II, 2003.

4-MOREAU (N), La formation du contrat électronique disposition de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits, mémoire de D.E.A, droit des contrats, université de LILLE, 2002.

5-NAIMI CHARBONNIER (M), La formation et l'exécution du contrat électronique, thèse de doctorat, Paris, 2003.

6-SHANDI (Y), La formation du contrat à distance par voie électronique, thèse de doctorat, université Robert Schuman, Strasbourg III, soutenue le 28/06/2005.

7-THOUMYRE (L), L'échange des consentements dans le commerce électronique, centre de recherche de droit public, université de Montréal, 1999.

III- ARTICLES:

1-AGOSTI (P), Le régime juridique des actes authentiques électroniques, article disponible sur : [www. caprioli-avocats. com](http://www.caprioli-avocats.com), la date de mise en ligne est octobre 2007.

2-BLAISE (J)et Huet (J), Commerce électronique et code de commerce? www.juriscon.net.

3-BONDOIS (N), Transposition de la directive européenne concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, article disponible sur : [www. bram avocats. com](http://www.bram-avocats.com), la date de mise en ligne est 18/08/2007.

4-CAHEN (M), La formation des contrats de commerce électronique, disponible sur : [www. élec. Com](http://www.elec.com), la date de la mise en ligne 22/08/2008.

5-CAHEN (M), La loi sur la confiance dans l'économie numérique du 21/06/2004 disponible sur : [www. murielle-cahen. com](http://www.murielle-cahen.com) la date de la mise en ligne 12/03/2008.

6-CAHEN (M), Le consentement sur internet, disponible sur : [www. Droit-tic.com](http://www.Droit-tic.com) la date de la mise en ligne est 15/03/2008.

7-Dossier sur : " loi pour la confiance dans l'économie numérique " un nouveau cadre pour l'internet, [www. Foruminternet.org](http://www.Foruminternet.org).

8-GUATRAIS (V), La couleur du consentement électronique, article disponible sur: www.droit.umontreal.ca.

9-HUET(J), le code civil et les contrats électroniques, Article disponible sur: www.actoba.com.

10-MARTIN (H), Les contrats du commerce international, Institut des hautes Etudes internationales, Genève.

11-MURIELLE (I), La formation des contrats de commerce électronique, septembre, 1999, disponible sur; www.juriscon.net.

12-Rojinsky (C), L'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21/06/2004 pour la confiance dans l'économie numérique, article disponible sur: www.lex-electronica.org.

13-TABAKA(B), Loi pour la confiance dans l'économie numérique, article disponible sur: www.foruminternet.org.

14-VERBIEST (T), La loi toubon est elle applicable? article disponible sur: www.doit-technologie.org.

15-VERBIEST (T), Loi pour la confiance dans l'economie numérique, article disponible sur: www.droit-technologie.

IV: Textes et lois:

1- Directive 97/07 CE du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance J.O. L144, 4 juin 1997.

2- Directive 2000/31 CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridique de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE, L178 juillet 2000.

3- Ordonnance 2001/741 du 23/08/2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaires en matières de droit de la consommation J.O du 25/08/2001. www.legifrance.gouv.fr

4- loi N°2004-575 du 21/06/2004 pour la confiance dans l'économie numérique; J.O N°143 du 22/06/2004.

5- Ordonnance 2005/674 du 16/06/2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique, J.O N°14 du 17/06/2005.

الفهرس

5	مقدمة
14	الباب الأول: ماهية العقد الإلكتروني ووسائله
15	الفصل الأول: ماهية العقد الإلكتروني
15	المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني
16	المطلب الأول: التعريف بالعقد الإلكتروني وبيان مشروعيته
16	الفرع الأول: التعريف بالعقد الإلكتروني
17	أولاً: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني
20	ثانياً: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني
20	1-تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية وفي توجيهات الاتحاد الأوروبي
24	2-تعريف العقد الإلكتروني في التشريع الفرنسي
25	3-تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات العربية
31	ثالثاً: تعريف العقد الإلكتروني في بعض مشاريع القوانين
35	الفرع الثاني: مشروعية العقد الإلكتروني
35	أولاً- عدم مشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية
36	ثانياً- مشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية
40	ثالثاً- موقف التشريعات من مشروعية التعاقد الإلكتروني
47	المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني
47	الفرع الأول: العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد بوسيلة إلكترونية

- 51..... الفرع الثاني: العقد الإلكتروني عقد تجاري استهلاكي
- 54..... الفرع الثالث: العقد الإلكتروني بين المساومة والإذعان
- 58..... الفرع الرابع: العقد الإلكتروني عقد دولي
- 60..... المبحث الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المشابهة
- المطلب الأول: التمييز بين العقد الإلكتروني وغيره
- 61..... من العقود بالنظر إلى طريقة انعقاده
- الفرع الأول: التمييز بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الهاتف والفاكس والتلكس والمنيتل.
- 61.....
- الفرع الثاني: التمييز بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون
- 67.....
- المطلب الثاني: التمييز بين العقد الإلكتروني وغير من العقود بالنظر إلى مضمونه....
- 70.....
- الفرع الأول: عقود الخدمات الإلكترونية.....
- 71.....
- أولاً: عقد الدخول إلى شبكة الانترنت
- 72.....
- ثانياً: عقد الإيجار المعلوماتي (عقد الإيواء)
- 74.....
- ثالثاً: عقد إنشاء المتجر الافتراضي.....
- 75.....
- الفرع الثاني: عقود المعلوماتية.....
- 77.....
- أولاً: عقد الاشتراك في بنوك المعلومات
- 78.....
- ثانياً: عقد الإعلان الإلكتروني.....
- 80.....
- الفصل الثاني: وسائل التعاقد الإلكتروني وصوره
- 82.....
- المبحث الأول: التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات
- 82.....
- المطلب الأول: مفهوم التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات
- 83.....

84.....	الفرع الأول: تعريف رسالة البيانات وتحديد أطرافها.
84.....	أولاً: تعريف رسالة البيانات
87.....	ثانياً: أطراف رسالة البيانات.
92.....	الفرع الثاني: صلاحية رسالة البيانات لنقل الإرادة
98.....	المطلب الثاني: أحكام تبادل رسائل البيانات
98.....	الفرع الأول: إسناد رسالة البيانات
110.....	الفرع الثاني: استلام رسالة البيانات.
118.....	المبحث الثاني: صور التعاقد الإلكتروني
119.....	المطلب الأول: تعدد صور التعاقد الإلكتروني
119.....	الفرع الأول: التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني
123.....	الفرع الثاني: التعاقد عن طريق الموقع الإلكتروني
126.....	الفرع الثالث: التعاقد عن طريق المحادثة
128.....	المطلب الثاني: التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني
129.....	الفرع الأول: مفهوم الوسيط الإلكتروني
133.....	الفرع الثاني: مشروعية التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني
141.....	الباب الثاني: إبرام العقد الإلكتروني
142.....	الفصل الأول: التراضي في العقد الإلكتروني
142.....	المبحث الأول: مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني
143.....	المطلب الأول: مفهوم المفاوضات وبيان أهميتها

144	الفرع الأول: مفهوم المفاوضات في العقد الإلكتروني
147	الفرع الثاني: أهمية المفاوضات في العقد الإلكتروني
152	المطلب الثاني: تنظيم التفاوض الإلكتروني
152	الفرع الأول: التكييف القانوني للتفاوض الإلكتروني
157	الفرع الثاني: آثار التفاوض الإلكتروني
164	المبحث الثاني: مرحلة التعاقد الإلكتروني
165	المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني
166	الفرع الأول: الإيجاب في العقد الإلكتروني
175	أولاً- معلومات تتعلق بالمبلغ أو الخدمات المقترحة
176	ثانياً- معلومات تتعلق بكيفية تنفيذ العقد
177	ثالثاً- معلومات خاصة بالثمن أو مقابل الخدمة
178	الفرع الثاني: القبول في العقد الإلكتروني
189	المطلب الثاني: تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني
190	الفرع الأول: مجلس العقد الإلكتروني
197	الفرع الثاني: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني
198	أولاً: نظرية إعلان القبول
199	ثانياً: نظرية تصدير القبول
200	ثالثاً: نظرية تسلم القبول
200	رابعاً: نظرية العلم بالقبول

206	الفصل الثاني: وسائل حماية التراضي في العقد الإلكتروني
206	المبحث الأول: صحة التراضي في العقد الإلكتروني
207	المطلب الأول: الأهلية في العقد الإلكتروني
214	المطلب الثاني: سلامة الإرادة من العيوب في العقد الإلكتروني
214	أولاً: الغلط
216	ثانياً: التدليس
219	ثالثاً: الإكراه
220	رابعاً: الاستغلال
222	المبحث الثاني: الحق في العدول عن العقد
223	المطلب الأول: مضمون الحق في العدول
224	الفرع الأول: مفهوم الحق في العدول عن العقد ونشأته
229	الفرع الثاني: نطاق الحق في العدول
229	أولاً: عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدة المقررة للعدول
231	ثانياً: العقود الواردة على سلع أو خدمات تتقلب أسعارها
232	ثالثاً: العقود الواردة على سلع تم تصنيعها للمستهلك خاصة
	رابعاً: السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بطبيعتها أو السلع سريعة
232	الهلاك والتلف
	خامساً: العقود الواردة على التسجيلات السمعية البصرية وبرامج
233	الإعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري
234	سادساً: العقود الواردة على الصحف والمجلات والدوريات

235	سابعا: العقود الواردة على خدمات الرهان المصرح بها.....
236	المطلب الثاني: أحكام الحق في العدول
237	الفرع الأول: مهلة ممارسة الحق في العدول وكيفيته.....
242	الفرع الثاني: آثار الحق في العدول
242	أولا: تأثير الحق في العدول على العقد في ذاته
245	ثانيا: آثار ممارسة الحق في العدول على أطراف العقد
249	خاتمة
255	قائمة المراجع
271	الفهرس

ملخص:

يهتم فقهاء القانون المدني وشراحه بمسألتين من أهم مسائل المعاملات الإلكترونية وهما: التعاقد الإلكتروني، والإثبات الإلكتروني.

وبمناسبة سن التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية، ظهر اتجاهان فقهيان متباينان، الأول منها يرى أن المعاملات الإلكترونية لا تحتاج إلى تنظيم تشريعي خاص إلا فيما يخص الإثبات الإلكتروني، أما العقد فحسبه أن يخضع للقواعد العامة في نظرية العقد التي تعد كافية لاستيعاب هذه الوسيلة الحديثة في التعاقد.

في حين رأى أصحاب الاتجاه الثاني وجوب أن يتضمن التنظيم التشريعي للمعاملات الإلكترونية المسألتين معا فهما على قدر متساو من الأهمية، إذ أن نظرية العقد بصفة عامة قد لا تكفي لمواجهة بعض الإشكالات التي أفرزها شيوع استخدام الوسائل التكنولوجية في إبرام العقود.

وفي التشريع الجزائري، تم إدخال بعض التعديلات على التقنين المدني بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 واقتضرت على بيان الحجية القانونية للإثبات بالطرق الإلكترونية مما عكس ميل المشرع الجزائري إلى الاتجاه الأول. لكنه في مشروع القانون 10/05 وفي مشروع تعديل القانون المدني الذي لم يصادق عليه بعد عاد للحديث عن قصور القواعد العامة في تنظيم التعاقد بالطرق والتقنيات الحديثة.

Résumé :

De nos jours les grands juristes et les spécialistes du droit, s'attèlent de plus en plus aux questions relatives aux différentes opérations électroniques.

C'est ainsi qu'en étudiant les différentes législations dans ce domaine, nous nous trouvons en présence de deux courants juridiques :

Le premier considère que le contrat électronique n'a point besoin d'une législation spécifique , si ce n'est en ce qui concerne le moyen de preuve qui lui est attachée ; le contrat quant à lui reste largement protégé par les règles relatives au contrat en général et qui sont susceptibles de bien régir de pareils actes

De son côté , l'autre courant , voit au contraire la nécessité d'une législation spéciale devant régir aussi bien les contrats électroniques eux mêmes que leur mode de preuve ; et ce , au vu de leurs importances réciproques, car la théorie générale du contrat n'est plus en mesure de répondre de manière efficace aux problèmes qui naissent chaque jour par l'utilisation toujours plus grande des moyens électroniques modernes dans la conclusion des contrats .

Le législateur algérien a de son côté essayé de répondre à cette nécessité, en promulguant la loi n°05/10 du 20/06/2005 , modifiant le code civil.

Les modifications se sont restreintes au mode de preuve dans ce domaine, et sa force probante ; ce qui signifie que le législateur s'est aligné sur les idées du premier courant .

Cependant, il est à souligner, que dans le projet concernant cette modification et celle ayant trait au projet de la modification du code civil en général à paraître ; ce même législateur a relevé les insuffisances des règles générales régissant les contrats par rapport aux nouvelles manières de conclusion des différents actes électroniques.

