وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة يحي فارس بالمدية

كلـــية الحقـوق

التراضي في العقود الإلكترونية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون الأعمال

من تقديم الطلبة:

1 – بشراير حليم.

2 – ذراع الميزان محمد

تحت إشراف الدكتور:

طنجاوي مراد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة بلحاج نصيرة .....رئيسا

الدكتور طنجاوي مراد..... مشرفا ومقررا

الأستاذة جبار رقية .....عضوا مناقشا

السنة الجامعية:2016 / 2017

شكر وتقدير.

نحمد الله تبارك وتعالى أن أنعم علينا ورزقنا القدرة والصبر في سبيل طلب العلم ، والذي بفضله سبحانه أنهينا هذه المذكرة.

ثم نتقدم بالشكر والعرفان للأستاذ المشرف طنجاوي مراد الذي يجمع بامتياز بين العلم بالخلق الرفيع ، بأن قدم لنا الإرشاد و النصيحة في إنجاز هذه المذكرة.

نتقدم بالشكر أيضا إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة هذه المذكرة وعلى ملاحظاتهم وتوجيهاتهم القيمة والتي تثري لا محالة هذه الموضوع، وإلى كل أساتذة كلية الحقوق بالمدية على صبرهم وجهدهم.

إهداء.

إلى الوالدين الكريمين، وكل أفراد العائلة الأعزاء.

حليم، يخص بالذكر والدته الغالية، وإخوته وأخواته.

ومحمد يخص بالذكر أخاه الأكبر أمين جعله الله نورا يقتدى به وإلى أخواته، وإلى رفيقة دربه وأم بنته مريم حفظها الله وجعلها نورا يقتدى به.

إلى كل الأساتذة الأعزاء وعلى رأسهم الأستاذ طنجاوي مراد أدام الله عليه الصحة والعافية.

مقدمة

منذ عقود مضت لم نكن نتصور أن الحياة سوف تعتمد بصفة أساسية ومطلقة على جهاز الحاسب الآلي وملحقاته ، إلا أن ذلك صار واقعا وحقيقة، فمؤسسات الدولة تعتمد عليه والشركات العامة والخاصة كذلك، بل إن الأفراد في معاملاتهم الخاصة باتوا حريصين على التعامل معه واعتماده بصورة تكاد تكون أساسية، يمكن معها القول أن جهاز الحاسب الآلي أصبح يقاسم الإنسان حياته في نهاره وليله، وكيف لا وجهاز الحاسب الآلي في الطائرة وفي المصنع، في القوات المسلحة وفي المواصلات والاتصالات على نحو يمكن معه القول أننا نعيش "ثورة الحاسب الآلي، ووسائل الاتصالات الحديثة".

وقد اكتملت منظومة الحاسب الآلي بظهور شبكة المعلومات الدولية "انترنت"، التي جعلت العالم قرية صغيرة من حيث الأحداث والوقائع التي يمكن متابعتها في أي زمان ومكان، بل لحظة حصول الحدث نفسه.

وكان من الطبيعي أن يصاحب التقدم العلمي هذا، ظهور أنماط جديدة للتعاقد وذلك باستعمال مختلف الوسائط الإلكترونية، بحيث أصبح التعاقد بين الأشخاص من مختلف أنحاء العالم ممكنا وذلك دون التقاء أطراف العقد فصار هؤلاء يتبادلون المعلومات والبيانات الخاصة بالعقد فيما بينهم انطلاقا من مرحلة تكوينه إلى غاية تنفيذه بطريقة إلكترونية وغالبا باستعمال التجارة الإلكترونية، فيما صار يعرف ب " العقد الإلكتروني ".

الملاحظ أن استعمال الوسائل التقنية في التعاقد ، كالهاتف ، التلغراف ، الفاكس ، التلكس والتلفزيون كان منذ زمن طويل ، لكنها لم تعرف النجاح نفسه الذي عرفته الوسائط الإلكترونية الحديثة وعلى الخصوص شبكة الإنترنت باعتبارها وسيلة مميزة و متطورة جدا ، بحيث حقق هذا المنهج الجديد للتعاقد – استعمال الوسائط الإلكترونية – عدة مزايا لم تكن ممكنة في الماضي القريب ومن بين هذه المزايا ، السرعة الفائقة في التواصل مع المتعاقد الآخر ، وعدم الحاجة لالتقاء أطراف العقد بحيث يمكن للمتعاقد أن يشتري السلعة وتصل إليه دون مغادرة مكانه ، والتقليص من تكلفة التعاقد ، بالإضافة إلى سرية التعامل ، وأن كل هذه المزايا يمكن تحقيقها على مدار الساعة.[1]

كل ذلك انعكس بشكل مباشر على الجانب القانوني بشكل عام وعلى عملية التعاقد بشكل خاص[2]، فصار هناك فجوة كبيرة بين مختلف التصرفات القانونية التي يبرمها الأطراف إلكترونيا، وبين مختلف القوانين المرصودة لتنظيم هذه التصرفات والتي أصبحت موسومة بالتقليدية، فكان لزاما مسايرة مختلف التشريعات للأطر القانونية بشكل يغطي تلك الفجوة، سواء بتعزيز، تقوية أو تطوير القواعد القانونية التقليدية، أو استحداث أطر قانونية خاصة تكون متطورة لتنظم المسألة.

[1] يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016، ص 4.
[2] يمينة حوحو، المرجع نفسه، ص 5.

الملاحظ أن مختلف التشريعات قامت باستحداث قوانين خاصة تنظم العقود الإلكترونية انطلاقا من مرحلة تكوينها إلى غاية مرحلة تنفيذها وترتيب آثارها، ومنها المشرع الفرنسي والأردني والإماراتي والبحريني والمصري والتونسي، والتي أصدرت قوانين خاصة تنظم العقود التي تتم في شكل إلكتروني وغالبا تنظم عقود التجارة الإلكترونية باعتبار معظم العقود التي تبرم إلكترونيا هي عقود تجارة من بيع وشراء.[1]

وعلى الصعيد الدولي، قد سبق تلك التشريعات منظمة الأمم المتحدة، وذلك من خلال مختلف لجانها وبالضبط لجنتها للقانون التجاري الدولي التي تسمى اختصارا باسم الأونسيترال والتي أصدرت سنة 1996 قانونا نموذجيا للتجارة الإلكترونية، وهو القانون الذي استرشدت به عدة تشريعات عند إصدارها للقوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية على المستوى الداخلي.

يمكن القول أن المشرع الجزائري وإلى غاية كتابة هذه الأسطر لم ينظم العقد الإلكتروني تنظيما خاصا ومستقلا بعد، لكن مع ذلك فإنه لم يغفل معالجة الوسائل التقنية الحديثة عند عمليات تبادل البيانات الإلكترونية، بحيث نظم وضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات إنترنت واستغلالها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المعدل والمتمم ، كما أجار استخدام وسائل الدفع الإلكتروني وفقا للمادة 69 من القانون 03 – 15 المتضمن الموافقة على الأمر 03 – 11 المتعلق بالنقد و القرض المعدل والمتمم، ومن خلال تعديل القانون المدني بموجب القانون 05 – 10 عندما منح حجية للإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني ، ومؤخرا أصدر القانون 15 – 04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.[2]

كما لا يمكن إغفال إصدار المشرع الجزائري لعدة قوانين ومراسيم تنفيذية، تهدف لحماية المستهلك والتي يمكن تطبيقها على العقود الإلكترونية لا سيما التجارية منها.[3]

من خلال هذه الدراسة، نحاول تسليط الضوء على ركن من أركان العقد الإلكتروني، وهو ركن التراضي، لما لهذا الركن من أهمية في مرحلة تكوين هذا العقد، ولما له من خصوصية تكاد تعجز

---

[1] من هذه القوانين، قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لسنة 2001، قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، عدد 83 لسنة 2000، وقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم 2 سنة 2002، قانون التجارة الإلكترونية البحريني لسنة 14 سبتمبر 2002، القانون الفرنسي حول الإثبات بالوسائط الإلكترونية رقم 230 – 2000 منشور في ج ر 62.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 98 – 257 ينظم ويحدد شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها ج ر سنة 1998 عدد 63، القانون 05 – 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني ج ر 44، القانون 15 – 04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ج ر سنة 2015 عدد 60.

[3] منها ، القانون 09 – 03 يتضمن حماية المستهلك و قمع الغش مؤرخ في 25 فيفري 2009 ج ر 15 سنة 2009، والقانون 04 – 02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج ر 41 سنة 2004 و المعدل و المتمم لا سيما بالقانون 10 – 06 ج ر 46 سنة 2010 ، و القانون 04 – 08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية ج ر 52 سنة 2004 المعدل و المتمم لا سيما بالقانون 10 – 01 و هو قانون مالية تكميلي لسنة 2010 ، أيضا يمكن الاطلاع على المرسوم التنفيذي 09 – 182 المحدد لشروط و كيفيات إنشاء و تهيئة الفضاءات التجارية ج ر 30 سنة 2009 .

القواعد القانونية التقليدية عن احتوائها ومعالجتها، وتظهر هذه الأهمية كذلك بالخصوص بالنظر لإصدار المشرع الجزائري حديثا للقانون 15 – 04 المحدد للقواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بتاريخ 1 فيفري 2015.[1]

يعرف التراضي حسب القواعد العامة على أنه تطابق الإيجاب والقبول كتعبير عن إرادتي طرفي العقد وذلك يقتضي أن تكون الإرادة موجودة لدى الطرفين وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المقصود منه.[2]

يترتب على ذلك أن أي شخص يكون حرا في التعبير عن إرادته بأي شكل من الأشكال حتى يتم إبرام العقد، وعليه فإن ركن التراضي ينصب على الإرادة ومن ثم لا يهم الوسيلة التي بها يتم التعبير عن هذه الإرادة طالما كانت تحقق الغرض، فهذه الوسيلة تعتبر مجرد واقعة مادية لا أثر لها على الإرادة.

لذلك تثور الرئيسية التالية، هل يمكن تطبيق ما تقدم وبتلك البساطة على التراضي في العقود الإلكترونية؟ لا سيما وأن هذه العقود تتم باستخدام وسائط إلكترونية ومن بينها شبكة الانترنت، ولا سيما أيضا وأنه في هذه العقود غالبا ما يتم تبادل البيانات إلكترونيا بواسطة ما أصبح يعرف برسالة البيانات؟ وما هو أثر استخدام هذه الوسائط على مضمون الإرادة وعلى طريقة التعاقد. ؟

وكإشكاليات فرعية، يمكن التساؤل أيضا حول أثر استخدام نفس الوسائل فيما يخص مضمون الإرادة،؟ باعتبار أن تلك الوسائط الإلكترونية أصبحت تحورها – أي تحور الإرادة –من إرادة شخصية إلى إرادة رقمية تصاغ في شكل رقمي وذلك بمجرد النقر مثلا على الأيقونة الأمر الذي يقتضي بحدة البحث عن مطابقتها للإرادة الشخصية الحقيقية.[3]

وفيما يخص طريقة التعاقد، ما هو أثر ذلك؟، باعتبار أن شبكة الإنترنت أصبحت تمكن من جمع إرادتين في زمان ومكان موحدين بالرغم من عدم التقائهما ماديا وذلك بفضل التفاعل والتواصل اللذين تتميز بهما هذه الشبكة، فما هي اللحظة التي يمكن فيها القول أن العقد الإلكتروني قد انعقد؟ وما هو المكان الذي يمكن الجزم أن نفس العقد قد انعقد فيه، هل مجلس العقد الإلكتروني مجلس عادي يخضع للقواعد العادية لأحكام مجلس العقد العادي أم أن هذا المجلس فيه من الخصوصية ما يدفع لمحاولة تعريفه وتحديد طبيعته القانونية. ؟

ترى هل أن القواعد التقليدية للتراضي في العقود في النظرية العامة للعقد التي نظمها المشرع الجزائري في المواد 54 وما يليها من القانون المدني، ويضاف لذلك القوانين المستحدثة المنظمة لحماية المستهلك، تكفي لمعالجة ملمة لركن التراضي في العقود الإلكترونية؟ أم أن واقع المعاملات الإلكترونية

[1] القانون رقم 04/15 المؤرخ في 01 فيفري 2015، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، الجريدة الرسمية، لسنة 2015، العدد 06.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، الجز الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 172.

[3] يمينة حوحو، المرجع السابق ص 22.

المتزايد يوما بعد يوم في حياة المتعاقد الجزائري، صار يفرض على المشرع ضرورة الإسراع في استصدار نصوص خاصة تنظم المسألة. ؟

لدراسة كل هذه الإشكالات ومحاولة البحث عن إجابات وافية لها ، اعتمدنا المنهج التحليلي و أسلوب المقارنة بين مختلف النصوص على مستوى القانون المقارن مع التطرق للقانون الجزائري وكيفية معالجته المسألة ، ولذلك حاولنا في كل مرة الاستناد على القواعد العامة التقليدية المنظمة لركن التراضي ، ولما وجدنا هذه القواعد في الغالب غير كافية ، حاولنا بحث الحلول والإجابات ضمن التشريعات التي أصدرت قوانين خاصة تنظم العقود الإلكترونية سواء على الصعيدين الدولي أو الوطني ، و ركزنا كثيرا على مختلف الآراء الفقهية التي عالجت وتصدت للمسألة ، كما يلحق تفصيله أدناه.

بداية تم التطرق إلى مسألة وجود الإرادة في العقد الإلكتروني ضمن فصل أول، والذي قسم إلى ثلاث مباحث، مبحث أول، يتناول مفهوم رسالة البيانات باعتبارها طريقة التبادل الإلكتروني للمعلومات ومن ثم كشف إرادة المتعاقد الإلكتروني، ومبحث ثان، يتناول كيفية التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني مع استعراض بعض الإشكالات التي تصاحب ذلك، أما المبحث الثالث، فقد تناولنا فيه صحة الإرادة في العقد الإلكتروني من خلال التطرق إلى أهلية المتعاقد الالكتروني، ثم إلى عيوب إرادة هذا المتعاقد.

حيث ولما كان التراضي يقتضي تطابق إرداتين أو أكثر قصد إحداث أثر قانوني معين، فقد خصصنا فصلا ثانيا لمسألة توافق الإرادتين في العقد الإلكتروني ، مفصلين ذلك في ثلاث مباحث أيضا، مبحث أول تناولنا فيه الإيجاب الإلكتروني، ومبحث ثان تناولنا فيه القبول الإلكتروني، لنختتم الفصل بالتطرق إلى كيفية تطابق هذا الإيجاب والقبول الإلكترونيين فيما يعرف بمجلس العقد الإلكتروني الذي حاولنا تعريفه وتحديد طبيعته القانونية ما إذا كان تعاقدا بين حاضرين أم غائبين أم غير ذلك ،وعلى إثر النتيجة التي توصلنا إليها، سهل علينا استيعاب ثم عرض مختلف الإشكالات التي تثيرها مسألة زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني مستظهرين في ذلك مختلف الآراء الفقهية التي ظهرت في المسألة ثم المواقف التي اتخذتها مختلف التشريعات سواء على الصعيدين الدولي والوطني ، وكل ذلك ضمن المبحث الثالث.

الفصل الأول: وجود الإرادة في العقود الإلكترونية

يحتاج المتعاملون في مجال المعاملات الالكترونية الى وسيلة تتفق وتتلاءم مع طبيعة هذه المعاملات لذلك اتجهوا الى استخدام نظام التبادل الالكتروني للبيانات والذي أصبح حقيقة واقعة فرضت نفسها في مجال المعاملات الالكترونية بصفة عامة والعقود الالكترونية بصفة خاصة، حيث يتم تبادل الرسائل الالكترونية وفق هذا النظام.[1]

ولذلك يعتبر التبادل الالكتروني للبيانات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة في العقود الالكترونية، ولعل الإشكال الذي ينبغي محاولة التطرق إليه هو أثر البيئة الالكترونية الذي يتم في ضوئها ابرام العقود الالكترونية على صحة الإرادة في هذه العقود وفي نسبتها إلى مصدرها، فالتعاقد في ظل هذه البيئة الالكترونية" يتم بين غائبين عبر وسائط الكترونية لا تتيح في الغالب معرفة كل طرف لشخصية الطرف الآخر، بالإضافة الى وجود احتمال وقوع خطأ أو تحريف في نقل الارادة عبر شبكات الاتصال الالكتروني، وهو ما يقتضي توضيح وبيان الضوابط التي تكفل صحة الإرادة التعاقدية والتعبير عنها والتأكد من نسبتها الى مصدرها حتى يمكن إسناد المسؤولية إليه في حالة الخطأ أو التحريف في نقل الارادة.[2]

حيث ولما كان التعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني يتم في بيئة الكترونية فإن طرق التعبير الالكتروني عن الإرادة تختلف عن طرق التعبير التقليدية وتتميز عنها، حيث أصبح من الممكن أن يتم التعبير عن الإرادة من خلال وكيل الكتروني.

هذا وتوجد عدة إشكالات يثيرها التعبير الالكتروني عن الإرادة في العقود الالكترونية، ومن قبيلها التعبير عن هذه الارادة عن طريق الوكيل الالكتروني المؤتمت، واللغة المستخدمة في التعبير عن الإرادة الالكترونية.

كما أن الأهلية في العقود الإلكترونية تطرح بعض الخصوصية التي تستوجب التطرق إليها، فهناك إشكال فيما يخص وسائل تحديد هوية المتعاقد الإلكتروني على الخصوص وأن الواقع العملي أثبت بأن عددا كبيرا من مستخدمي شبكة الانترنت هم من ناقصي الأهلية ورغم ذلك يقومون بإبرام تصرفات قانونية ومنهم من يتعمد اخفاء نقص أهليته وما يقتضي ذلك من بحث حول الوسائل الفنية للتأكد من صحة البيانات، كما يتم التطرق الى مسألة عيوب الإرادة.

تبعا لما تقدم ، نتطرق ضمن الفصل الأول إلى مسألة مدى جواز التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية ، مع تسليط الضوء على مفهوم رسائل البيانات ومدى الاعتراف القانوني بها

1 خالد ابراهيم الممدوح، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2011، ص 119.
2 المرجع نفسه، ص 120.

– المبحث الأول – ، ثم نتطرق إلى مختلف طرق التعبير عن الإرادة في نفس العقود و إلى بعض الإشكالات التي تصاحب التعبير الإلكتروني عن الإرادة لا سيما مدى جواز الاعتماد على وكيل إلكتروني مؤتمت و نعرج على إشكالية لغة التعبير عن الإرادة – المبحث الثاني – ، لننتقل بعد ذلك لمعالجة مسألة صحة الإرادة في العقود الإلكترونية فنفصل حينئذ في أهلية المتعاقد الإلكتروني وعيوب إرادته – المبحث الثالث –.

المبحث الأول: جواز التعبير الالكتروني عن الإرادة

فرض التطور التكنولوجي في مجال المعاملات الإلكترونية استخدام وسيلة تتلاءم أكثر مع طبيعة هذه المعاملات، ولذلك اتجه المتدخلون في هذا المجال إلى استخدام نظام تبادل إلكتروني لرسائل البيانات كوسيلة للتعبير عن الإرادة.

وذلك يستلزم التطرق إلى مفهوم رسالة البيانات – المطلب الأول – والتطرق أيضا إلى مسألة الاعتراف القانوني بهذه الرسائل – المطلب الثاني –.

المطلب الأول: مفهوم رسائل البيانات

يتم التطرق بداية إلى تعريف رسائل البيانات وإلى مختلف نظم التبادل الإلكتروني لها، فتقييم هذه النظم – الفرع الأول –، ثم يتم تمييز هذه الرسائل عن الأنظمة المشابهة لها –الفرع الثاني –.

الفرع الأول: التعريف برسائل البيانات والتبادل الالكتروني للبيانات

تعتمد التجارة الالكترونية بصفة أساسية على تكنولوجيا التبادل الالكتروني للبيانات، والتي يقصد بها تبادل البيانات المتعلقة بالأعمال التجارية في صيغ نمطية بين أجهزة الكمبيوتر للأطراف المتعاملة من خلال شبكة اتصال الكترونية وهي الانترنت، وذلك دون حاجة لاستخدام مستندات ورقية.[1]

ولذلك تعتبر رسالة البيانات والتبادل الالكتروني للمعلومات أي بلغة الكمبيوتر هي الوسيلة الفنية التي من خلالها يتم التفاوض وإبرام العقد الالكتروني ومنه التعبير الإلكتروني عن الإرادة.

وحسب قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية المرفق بدليل التشريع لسنة 1996 المعدل، وبالضبط فقرة تعريف المصطلحات ضمن المادة الثانية، فإنه يراد بمصطلح "رسالة البيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي.[2]

---

1 خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 121.

2 فقرة أ من المادة 02 من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية uncitral، والذي يمكن تحميله مباشرة عبر الموقع الإلكتروني التالي: www.uncitral.org.

والجدير بالذكر أن التطرق الى مفهوم رسالة البيانات يقتضي تحديد المقصود بمصطلح المعلومات، فمثلا في قانون المعاملات التجارية الالكترونية الأمريكي الصادر سنة 1999، عرف المشرع الأمريكي المعلومات في الفقرة العاشرة من المادة 02 أنها تشمل البيانات والكلمات والصور والأصوات والرسائل وبرامج الكمبيوتر والبرامج الموضوعة على الأقراص المرنة وقواعد البيانات أو ما شابه ذلك.

هذا ويراد بمصطلح تبادل البيانات الالكترونية، نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب الى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات.[1]

وقد اعتبر بعض الفقه أن عبارة نقل المعلومات الكترونيا من كمبيوتر الى كمبيوتر آخر عبارة حصرية الى حد ما، لأن نقل المعلومات الكترونيا، قد لا يجري دائما بصورة مباشرة بين أجهزة الكمبيوتر، فمن المكن حسبه انتاج المعلومات في كمبيوتر وتخزينها في شكل رقمي – مثلا قرص مضغوط –ونقلها يدويا لتسترجع فيما بعد في كمبيوتر آخر.[2]

ويستخدم نظام تبادل البيانات الكترونيا في كثير من العمليات مثل اجراء التفاوض بين الأطراف وإبرام العقود والاستعلامات وطلبات الشراء، ومواعيد الشحن والتسليم وبيانات الانتاج وشهادات المطابقة ودفع الفواتير وخطابات الاعتماد.[3]

هذا وقد تعددت وتتابعت جهود المؤسسات الدولية من أجل وضع القواعد المنسقة للتبادل الالكتروني للبيانات من اجل نمو التجارة الالكترونية، ومنها مثلا غرفة التجارة الدولية التي قامت بوضع قواعد السلوك الوحدة لتبادل البيانات التجارية باستخدام الارسال الالكتروني UNCID على أساس تكوين نموذج نمطي لاتفاقات تبادل البيانات الكترونيا، وكذلك المنظمة التجارية الدولية التي اعتمدت نظام إرسال الكتروني لسندات الشحن سنة 1990، أيضا الفرقة الدولية للنقل البحري وضعت قواعد سلوك موحدة لتبادل البيانات التجارية باستخدام الوسائل الالكترونية عن بعد، وكذلك مثلا منظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCATD التي ابتكرت عدة أنظمة تقوم على أساس التبادل الالكتروني للبيانات مثل النظام المتقدم لمعلومات البضائع أو النظام الآلي للبيانات الجمركية، و أيضا نجد المنظمة العالمية للملكية الفكرية

1 فقرة ب من المادة 2 من نفس القانون – الأونسيبترال-.
2 ممدوح محمد خيري هاشم، مشكلات البيع الالكتروني عن طريق الانترنيت في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة، 2000، ص 66.
3 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 126.

wipo التي وضعت نظام لتسوية طائفة من منازعات التجارة الالكترونية، وهي تلك المتعلقة بأسماء النطاق.Nom de domaine[1]

الفرع الثاني: تمييز نظام التبادل الالكتروني للبيانات عن الأنظمة المشابهة له وتقييمه

أولا: تمييز نظام التبادل الالكتروني للبيانات عن الأنظمة المشابهة له:

1- يختلف نظام التبادل الالكتروني للبيانات عن التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنيت، حيث يتم التبادل الالكتروني للبيانات باستخدام البريد الالكتروني فقط وبين طرفيين محددين، بينما يعتمد الانترنت على نظام مفتوح للكافة ولعدد غير محدد ولا يملكه أحد، مثلا كاستخدام الويب web، كاستخدام صفحة لبيع منتجات Amazon. Com الذي حقق نجاحا كبيرا.

إذن يمكن اعتبار نظام التبادل الالكتروني للبيانات سوقا واحدة ومحددة، بينما تعد التجارة عبر الانترنيت مجموعة أماكن تسويق متكاملة ومفتوحة يتقابل فنها كافة البائعين والمشترين.[2]

2- ويختلف نظام التبادل الالكتروني للبيانات عن نظام الفاكس والتلكس والبريد الالكتروني، ويبدو الاختلاف من حيث طريقة عمل كل منهما، فالرسالة الالكترونية المرسلة عن طريق نظام تبادل البيانات الكترونيا، يكون لها طريقة تشفير معينة لا يفهم رموزها سوى المرسل والمرسل إليه عن طريق تزويد جهاز الكمبيوتر مسبقا ببرنامج لفك الشفرة المتفق عليها بين الأطراف أما الرسائل المرسلة عن طريق الفاكس والتلكس والبريد الالكتروني فتكون في صورة يمكن لأي شخص قراءتها وفهم مضمونها لأنها غير مشفرة.[3]

كما أن نظام التبادل الالكتروني للبيانات يتم على أساس قانوني متفق عليه بداية مع استخدام معايير محددة في شأن البيانات من حيث البنية والمضمون في حين أن التبادل عن طريق البريد الالكتروني أو الفاكس والتلكس قد يكون كذلك وقد لا يكون.[4]

ويضاف لذلك أنه في حالة رسالة الفاكس فإنه لا يتلقى المرسل إليه إلا نسخة واحدة أو صورة من أصل الرسالة الورقية الموجود لدى الطرف المرسل والذي يجري نسخة الكترونيا على

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 127.
2 المرجع نفسه، ص 128.
3 المرجع نفسه، ص 129.
4 محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، دراسة قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، 2002، ص 10.

الأجزاء الداخلية كجهاز الفاكس، أما البيانات المتبادلة الكترونيا والتي تتم في بيئة الكترونية بحتة تتعامل بأسلوب النبضات والذبذبات فإنه يصعب، إن لم يستحيل، التمييز بين أصل الرسالة وصورتها.[1]

ثانيا: تقييم نظام التبادل الالكتروني للبيانات:

يمكن التمييز بين الآثار الإيجابية لنظام التبادل الالكتروني للبيانات وبين الآثار السلبية.

1- الآثار الإيجابية:

يستطيع أطراف العملية التجارية الذين يستخدمون أسلوب التبادل الالكتروني للبيانات الحصول على العديد من المميزات والفوائد ومنها:[2]

1/ توفير الوقت كون هذا النظام يتيح نقل رسائل بيانات والمعلومات بطريقة أسرع مما كانت عليه سابقا.

2/ تخفيض المصاريف الادارية الجارية، بحيث يقلل هذا النظام الجهد المبذول في التعامل مع الوثائق وأعمال البريد.

3/يوفر هذا النظام الحماية والأمان عند عمليات البيانات الكترونيا عن تلك المتوفرة في وسائل الاتصال العادية، حيث يصعب على أي شخص غير مصرح له استخدام هذا النظام.

4/ تقليل الخطأ واللبس والغموض في المعاملات التجارية، بحيث يستطيع المتعاملون استخدام التبادل الالكتروني للبيانات من إنشاء نظام تشفير ومصطلحات ورموز معينة تدل على معاني محددة بالاتفاق فيما بينهم، هذا بالإضافة الى النماذج المعدة سلفا مما يساعد على عدم وقوع لبس أو غموض في العقود التي تبرم بينهم.

5/ التبادل الالكتروني للبيانات يسهل الوصول الى المعلومات لأنها مسجلة في كمبيوتر.

6/ تقليل مصاريف النقل، ذلك أن نقل المعلومات الكترونيا أقل في التكلفة من استخدام طرق النقل التقليدية كالبريد العادي.

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 129.
2 المرجع نفسه، ص 130، 131.

2- **الآثار السلبية:**

الملاحظ أن عمليات التبادل الالكتروني للبيانات لا تخلو من بعض السلبيات ومنها:[1]

1/الارتفاع النسبي للتكلفة الثابتة لنظام تبادل البيانات، فقد تصل الى مبالغ طائلة مما يجعله غير مناسب للشركات التجارية المتوسطة والصغيرة.

2/ عدم وضوح الوسط القانوني لتبادل البيانات الكترونيا، حيث تعتبر مشكلة الاثبات والتوقيع الالكتروني من أهم المشاكل القانونية الناشئة عن استخدام الكمبيوتر في تبادل بيانات العقد الكترونيا.

- اشكالات حول قبول المستند الالكتروني كدليل اثبات أمام المحاكم، كما أن رسالة الالكترونية تكتب على دعامة الكترونية وليس دعامة ورقية ومن ثم فهي غير قابلة للتظهير مما يثير مشكلة التداول، وتثور مشكلة تحديد المحكمة المختصة في حال وجود نزاع.

3/ مخاطر فقدان التوثيق Authentification، التي تنشأ نتيجة عدم العلم بهوية المتعاقد الآخر في عقود التجارة الالكترونية، حيث يتم التعاقد بين شخصين لا يعلم كل منهما الآخر وقد لا يثق أي منهما في الآخر، وللتقليل من هذه المخاطر يمكن استخدام التوقيع الالكتروني الذي يرفق بالرسالة.

4/ أن نظم التبادل الالكتروني للبيانات معرضة للمخاطر الأمنية التي تتعرض لها النظم الورقية المماثلة، فمن الممكن الوصول الى المعلومات في نظام التبادل الالكتروني للبيانات بصورة أسهل من الملفات الورقية المحتفظ بها في أماكن المحفوظات، كما يمكن لأشخاص غير مرخص لهم باستعمال هذه الانظمة التلاعب في بيانات الكمبيوتر المستخدم في تبادل البيانات الكترونيا، ولذلك وجب استخدام طرق التشفير وبرامج الحماية للحفاظ على سرية المعلومات.

- بعدما تطرقنا إلى تحديد مفهوم رسالة البيانات، يثور التساؤل حول الاعتراف القانوني لها وهي المسألة التي يتم التطرق إليها في المطلب الثاني.

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 132.

المطلب الثاني: الاعتراف القانوني برسائل البيانات

ثار إشكال حول مسالة الاعتراف القانوني برسائل البيانات، لذلك نعالج مسألة حجية هذه الرسائل في الاتفاقيات الدولية – الفرع الأول –، ثم نتطرق لحجيتها في اتفاقات التبادل الإلكتروني – الفرع الثاني–.

الفرع الأول: حجية رسائل البيانات في الاتفاقيات الدولية

تطرق للمسألة مثلا، القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة، واتفاقيات التبادل الإلكتروني للبيانات، وكذا قواعد اللجنة البحرية الدولية المتعلقة بسندات الشحن الإلكترونية.

أولا: القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر الامم المتحدة:

وهذا القانون النموذجي يحتوي على مبدأ المعادل أو التساوي أو التكافؤ ويقصد به المساواة بين المحرر الالكتروني والمحرر الورقي، وذلك من حيث الاثبات.[1]

ولقد وضع القانون النموذجي uncitral مبدأ هاما يؤدي الى الاعتراف القانوني برسائل البيانات والمعلومات الالكترونية وصحتها وقابليتها للتنفيذ وعدم إنكارها لكونها اتخذت شكلا الكترونيا إعمالا بمبدأ التساوي الوظيفي، ولذلك نص القانون في المادة 05 منه ضمن الفصل الثاني.

"لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات".

ونصت المادة 12 منه الواردة تحت عنوان اعتراف الأطراف برسائل البيانات: "في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل اليه، لا يفقد التعبير عن الارادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات".

ثانيا: الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتبادل الالكتروني للبيانات:

توجد عدة اتفاقيات دولية في مجال الاعتراف بالحجية القانونية لرسائل البيانات، مثلا في الاتفاق النموذجي الأوروبي للتبادل الالكتروني للبيانات نجده نص على الاجراءات والتدابير

1 حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنيت، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 84.

الأمنية للتحقق من هوية منشئ الرسالة والتحقق من صحتها وضمان عدم انكار منشئ الرسالة لها، وذلك في المادة 2/06 منها، وتطرق أيضا هذا الاتفاق لمسألة الاثبات ومنح الرسالة المتبادلة الكترونيا بموجب هذا الاتفاق نفس القيمة الثبوتية للوثائق المكتوبة.[1]

ونجد أيضا الاتفاق النموذجي للمملكة المتحدة للتبادل الالكتروني للبيانات الذي يتيح للأطراف الاتفاق على مستويات اثبات مختلفة للتحقق أن الرسالة كاملة، بحيث نص على وجوب تحديد الرسائل الالكترونية لهوية المرسل والمرسل اليه، وألزم الأطراف إنشاء سجل الكتروني التي يحتفظ فيه بكافة الرسائل الالكترونية المتبادلة.

ثالثا: قواعد اللجنة البحرية الدولية المتعلقة بسندات الشحن الالكترونية:

وهي اتفاقية موقع عليها في باريس سنة 1991 تهدف الى تنظيم الارسال الالكتروني لسندات الشحن، ونصت على ابدال سندات الشحن التقليدية بالرسائل المرسلة بين الأطراف المعنية عن طريق تبادل البيانات الكترونيا وأوضحت المادة 11 أن البيانات الالكترونية تعادل وتناظر البيانات المكتوبة، وقررت أنه في حالة اتفاق الأطراف على الأخذ بقواعد سندات الشحن الالكترونية، فإن ذلك يعني موافقتهم المسبقة على عدم جواز التمسك بأن عقد النقل البحري لم يكن محرر بالكتابة لمجرد أنه في صورة إلكترونية.[2]

الفرع الثاني: حجية رسائل البيانات في اتفاقيات التبادل الالكتروني

لابد في حالة استخدام وسائل الاتصال الالكتروني في انجاز المعاملات التجارية على الأطراف من وضع اتفاقات نموذجية أو إطارية تحتوي على قواعد محددة يجري في ضوئها ابرام وتنفيذ العقود، ولذلك يجب على الأطراف التي ترغب في ممارسة التجارة بطريقة الكترونية أن ترتبط فيما بينها مسبقا بعقد تبادل البيانات الكترونيا، وهذا العقد هو عبارة عن ترتيبات تعاقدية تهدف الى تناول عدد من القضايا القانونية والتقنية المرتبطة باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات بين الشركاء التجاريين، بما في ذلك دور ومسؤوليات الأطراف المعنية.[3]

الملاحظ أن التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية له بعض الخصوصية، بحيث أن ثمة طرق مميزة له، وهي المسألة التي تعالج في المبحث الثاني.

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 138.
2 المرجع نفسه، ص 139.
3 المرجع نفسه، ص 140

المبحث الثاني: كيفية التعبير عن الارادة في العقود الالكترونية وبعض الإشكالات التي يثيرها

يشترط القانون لقيام العقد وجود التراضي وتوافق إرادتا المتعاقدين إلى إحداث الأثر القانوني المقصود من العقد، والإرادة باعتبارها مكونة للتراضي لا يكون لها أي قيمة قانونية إذا لم يتم التعبير عنها بفعل خارجي ظاهر، والملاحظ أن معظم التشريعات لا سيما العربية لم تشترط طريقة معينة للتعبير عن الإرادة، هذا ويمكن أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا.

في هذا الصدد، تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

" التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".[1]

إن الأصل الذي جاءت به المادة 60 هو أن التعبير عن الارادة يكون صريحا، كما أقرت بصدور التعبير بطريقة ضمنية سواء إيجابا من أحد المتعاقدين أو قبولا من الآخر.

كما جاءت المادة 68 فقرة 02 باستثناء عن القاعدة يتمثل في اعتبار السكوت الملابس في الرد قبولا واعتبرته وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة.[2]

إن الخصوصية التي يمتاز بها العقد الالكتروني في كونه يتم بين متعاقدين لا يتواجدان في مجلس العقد، وإنما في مكانيين منفصلين، لذا من غير الممكن تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالعقد التقليدي على العقد الالكتروني.

لذا آثرنا أن نتناول في المطلب الأول وسائل التعبير عن الارادة في العقد الالكتروني، وفي المطلب الثاني بعض الإشكالات التي يثيرها التعبير الالكتروني عن الارادة.

المطلب الأول: وسائل التعبير عن الارادة في العقود الالكترونية

تعددت وسائل التعبير عن الارادة في العقد الالكتروني، فمن بين هذه الوسائل ما يتم عبر الانترنت عن طريق استخدام البريد الالكتروني والمواقع الالكترونية أو عن طريق استخدام

1 الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم ج.ر عدد 78، لسنة 1975.
2 فاطمة عبدلي، ركن التراضي في العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2015، ص12.

برامج المحادثة والمشاهدة، ومن الوسائل ما يتم عبر وسائل الاتصال الحديثة كالمنتيل minitel، جهاز التلكس Telex ، الفاكس والهاتف، فجميع هذه الوسائل يمكن من خلالها نقل إرادة طرف إلى الطرف الآخر، وذلك ما هيأها لإبرام العقود الالكترونية.[1]

لذلك نحاول التطرق إلى مسألة التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت – الفرع الأول – وعن طريق بعض وسائل الاتصال الحديثة – الفرع الثاني –.

الفرع الأول: التعبير عن الارادة عن طريق الانترنت

تتعدد وتتنوع طرق التعبير عن الارادة في العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت من أهمها التعبير عن الارادة عبر البريد الالكتروني أو عن طريق المواقع web أو عن طريق المحادثة.

أولا: التعبير عن الارادة عبر البريد الالكتروني:

يقصد بالبريد الالكتروني، استخدام شبكة الانترنت في نقل الرسائل بحيث يسمح البريد بتبادل المراسلات من وثائق ومطبوعات وأفلام أيا كان حجمها، ويتم ذلك بتخصيص صندوق البريد الكتروني الذي هو عبارة عن وحدة الأقراص الممغنطة التي تستخدم في ارسال الرسائل لكل شخص خاص به، حيث ترسل الرسالة الى عنوان الشخص بحيث يستطيع وحده أن يطلع عليها باستخدام كلمة سر خاصة به لفتح الصندوق.[2]

ولكي تتم عملية ارسال البريد الالكتروني إلى أحد الأشخاص لا بد من معرفة عنوانه، ويتكون عنوان البريد الالكتروني من ثلاثة أجزاء الأول هو اسم الدخول والثاني علامة@ والثالث اسم الحقل nom de domaine لذلك الشخص.

ويتسم نظام البريد الالكتروني بإمكانية استخدامه بأي نوع من أجهزة الكمبيوتر حيث يتم إرسال كافة الأوراق والمستندات والعقود وتتم المراسلات بين الطرفين سواء لإجراء التفاوض أو ابرام للتعاقد وتجري عملية التعاقد عبر البريد الالكتروني بوصول المستندات الإلكترونية بسرعة فائقة.[3]

1 لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 57
2 المرجع نفسه، ص 63.
3 حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 08.

وتتم عملية التعبير عن الارادة من خلال البريد الالكتروني عندما يقوم الشخص الذي لديه اشتراك في شبكة الانترنت بالدخول إلى أي عنوان يرغب في إرسال رسالة بيانات إليه ويقوم بكتابة عنوان المرسل إليه على الشبكة ثم يضغط على مفتاح الارسال الموجود في البرنامج send وحينئذ يقوم برنامج البريد الالكتروني الخاص به بإرسال رسالة الى الخادم وحينما يتصل المرسل إليه بالخادم يقوم الآمر بتوصيل الرسالة الى جهازه حيث تختزن في صندوق بريد المرسل إليه والذي يسمى الوارد inbox ويستطيع هذا الأخير عند فتحه[1] قراءة الرسائل التي وصلت إليه والرد عليها عن طريق زر للرد على الرسالة Reply وسيلة التعبير عن الارادة عبر البريد الالكتروني هي الكتابة التي لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية، حيث تتم الكتابة بواسطة دعائم الكترونية.

ولما كان من يتراسل عبر البريد الالكتروني يتواجدون في عدة دول لذا كان لابد من اعتماد نظام زمني موحد لتجنب احتمال أي لبس حول وقت وزمان ابرام العقد الالكتروني حيث يتم اعتماد النظام العالمي الزمني توقيت جرينتش (GMT).

ثانيا: التعبير عن الارادة عبر المواقع الالكترونية (Web):

إن لفظ شبكة الويب web يقصد به شبكة المعلومات الدولية web wide world والتي تتكون من عدد كبير من الوثائق المخزنة في حواسيب مختلفة بالعالم، وتتم هذه الصورة للتعاقد من خلال زيارة العميل للموقع الالكتروني للبائع أو مقدم الخدمة و إتمام التعاقد حيث يتم إنشاء هذا الموقع Site عن طريق الاشتراك في خدمة إنشاء صفحة خاصة بالمتعامل البائع أو مقدم للخدمة بحيث يضع على ما يرغب فيه من بيانات مكتوبة أو مصورة أو أفلام داخل هذا الموقع، والذي يريد للآخرين الاطلاع عليها بهدف نشر المعلومات أو ترويج البضائع والسلع، ويتاح لكل من يرغب في أن يزور الموقع الدخول إليه دون حاجة الى استعمال كلمة المرور وعادة ما تقوم الشركات بعرض السلع عبر الموقع الخاص بها، ويقوم للراغب في التعاقد بالبحث عن السلعة التي يريدها ، و إذا اقتنع بها وبالشركة العارضة يقوم بالتعاقد على الشراء بالنقر على مفتاح الموافقة، حيث يظهر العقد المتعلق بالشراء يتضمن آلية الدفع وشروط التعاقد ومكان وكيفية التسليم والقانون الذي يحكم العقد.[2]

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 168.
2 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص67، 68.

ثالثا: التعبير عن الارادة عن طريق المحادثة والمشاهدة

كل متعامل عبر الانترنيت وعن طريق برنامج محادثة بإمكانه التحدث مع شخص آخر وتبادل الحديث صوتيا مع الطرف الآخر بشكل مباشر، كما يوجد أيضا برامج تتيح للشخص فرصة ارسال صور فيديو للتعبير عن الحركة بحيث يتم من خلالها ابرام العقد، كما نجد في بعض الأحيان كاميرا رقمية تسمح بأن يشاهد كل متعاقد الطرف الآخر.[1]

الفرع الثاني: التعبير عن الارادة عن طريق بعض وسائل الاتصال الحديثة

تتعدد وتتنوع وسائل الاتصال الحديثة للتعبير عن الارادة في العقد الالكتروني، لذا سنقتصر بدراسة بعض منها، كالمنتيل والفاكس والهاتف، والتلكس.

أولا: جهاز المنيتل Mintel

ظهر جهاز المنيتل في فرنسا في منتصف الثمانينات، وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر، ولكنه صغير الحجم نسبيا، ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشتمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر وجهاز المنيتل هو وسيلة اتصال حديثة مرئية حيث تنقل الكتابة من جهاز لآخر على الشاشة دون الصور أي أنه وسيلة اتصال عن طريق الكتابة، ويلزم تشغيله أن يوصل بخط التيليفون، وبعد جهاز المنيتل من وسائل ابرام العقود الالكترونية.[2]

حيث يمكن بمقتضاه لكل شخص مشترك في الخدمة أن يوجه أوامر من خلاله كالبيع والشراء.

ثانيا: جهاز التلكس Telex:

التلكس هو جهاز لإرسال البيانات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة، إذ لا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال البيانات واستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يرد على البيانات لحظة إرسالها، ويوجه التلكس من المرسل إلى المستقبل على شبكة خاصة مراقبة من المركز الرئيسي للاتصالات وسيط ومحايد يحدد هوية المراسلين ويكفل استعداد الجهاز المستقبل للاستقبال ويؤرخ العملية ويحتفظ المركز بما يدل على تبادل الرسائل خلال مدة سنة، وهو ما يفيد الاثبات عند وقوع نزاع و إن كانت الرسالة التلكسية غير موقعة من العميل مما قد يؤدي

1 فاطمة عبدلي، المرجع السابق، 14.
2 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 57، 58.

الى حدوث الغش فإن رقم التلكس يظهر على رأس الرسالة وفي نهايتها، و إن كان له لا يسوغ تشبيهه بالتوقيع.[1]

ثالثا: جهاز الفاكس Fax :

هو جهاز يقوم بنقل الصور الثابتة من مكان إلى آخر عبر شبكة الهاتف أي أنه استنساخ بالهاتف يمكن بواسطته نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد وللمطبعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها فتظهر للمستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر في حيازة المتلقي وقد أشار القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عام 1996 إلى الفاكس باعتباره من الوسائل التي يمكن استخدامها في ابرام العقود عن بعد.[2]

رابعا: الهاتف:

يتميز جهاز التلفون بسرعة الاتصال وسهولة الاستخدام ويكون التعاقد عن طريقه فوريا ومباشرا، حيث أن الإيجاب يعقبه مباشرة قبول من الطرف الآخر، وذلك في حالة الموافقة.

وقد تناول المشرع المصري حالة الإيجاب عن طريق التليفون حيث نص أنه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون تعيين ميعاد القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق آخر.[3]

أما المشرع الجزائري فنجد المادة 64 من القانون المدني الجزائري نصت على أنه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو أي طريق مماثل، غير أن العقد يتم ، ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجل العقد" ، و منه نستنتج أن المشرع الجزائري أقر التعاقد عبر الهاتف.

1 أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، تكوين العقد وإثباته، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 241.

2 الياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 12.

3 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 61.

في النقطة الموالية، نتطرق نحاول التطرق إلى بعض الإشكالات التي يثيرها التعبير الإلكتروني عن الإرادة – المطلب الثاني –.

المطلب الثاني: بعض الاشكالات التي يثيرها التعبير عن الارادة في العقود الالكترونية

يثير التعبير الإلكتروني عن الإرادة عدة مشاكل، نتطرق منها على سبيل المثال إلى إشكالية التعاقد عبر ما يعرف بالوكيل الإلكتروني المؤتمت – الفرع الأول – وعلى إشكالية لغة التعاقد – الفرع الثاني –.

الفرع الأول: التعبير عن الارادة عن طريق الوكيل الالكتروني المؤتمت

لقد أدى التطور الهائل في ثورة الاتصالات والمعلومات الى ظهور الوسيط الإلكتروني المؤتمت في المعاملات الالكترونية، بحيث أصبح من الجائز امكانيته ابرام العقد الالكتروني فيما بين الانسان وماكينة أو ما بين ماكينة و أخرى، [1]بحيث أنه إذا كان العقد في مفهومه التقليدي يبرم بين شخصين سواء طبيعيين أو معنويين، فإن الأمر يختلف في نطاق العقود الالكترونية التي قد تتم بدون تدخل عنصر بشري، بحيث يتزايد في الوقت الراهن استخدام الوسيط الالكتروني، وهو لفظ يستعمله مثلا القانون الأردني للمعاملات الالكترونية، أو مصطلح الأنظمة المؤتمتة وفي هذا الصدد نلاحظ أن لفظ مؤتمت يعتبر مصطلحا حديثا في اللغة العربية وقد أخذ من كلمة Automate الانجليزية التي تعني ما يمكن تشغيله آليا، وتلقائيا، وهذا المصطلح استعمل لأول مرة في وثائق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونيسترال الصادرة باللغة العربية بدل الوكيل الالكتروني لعدم دقة هذا المصطلح الذي قد يفيد أنه يتعلق بشخص، وتوجد بعض الدول العربية استعملت هذا المصطلح مثلا قانون دبي في المادة 02 للمعاملات الالكترونية لسنة 2002، وهناك من يستعمل مصطلح الوكيل الالكتروني مثلا القانون الأمريكي للمبادلات الالكترونية لسنة 1999 استعمل هذا المصطلح ، وقانون كندا الوحد للتجارة الالكترونية لسنة 2000.[2]

حيث يتم استخدام الوكيل الالكتروني المؤتمت كطريقة تلقائية للتعبير عن الارادة في ابرام العقود الالكترونية ولذلك اهتمت مختلف المنظمة للتجارة الالكترونية بتنظيم المسائل القانونية التي يطرحها هذا التعاقد وأن القوانين المنظمة للعقود بوجه عام أي التقليدية في القانون المدني لا تتضمن عادة أحكاما تتعلق بالتعاقد عبر وكيل الكتروني مؤتمت.

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 201.
2 بلقاسم حامدي، ابرام العقد الالكتروني دكتوراه، دولة الجزائر، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2015/2014، ص 58

ومن المسائل التي تثار حول التعاقد عبر الوكيل الالكتروني المؤتمت تحديد مفهوم هذا الوكيل، ومشروعيته للتعبير عن الارادة وصحة العقود الالكترونية المبرمة خلاله، و إذا كان الوسيط الالكتروني يعمل نيابة عن الشخص الذي يبرمجه كي يتولى إجراء التصرفات القانونية لحسابه تلقائيا فإلى أي مدى يمكن تشبيهه بالوكيل في العالم المادي، وهل تطبق أحكام الوكالة عليه.؟

هذا ويقصد بالوكيل الإلكتروني المؤتمت وضع أجهزة تم برمجتها وإعدادها كي تتولى ابرام المعاملات الالكترونية ومنها العقود الالكترونية تلقائيا دون الحاجة الى التدخل المباشر من الطرفين المتعاقدين أو أحدهما.[1]

من خلال الاطلاع على قانون اليونسيترال للتجارة الإلكترونية يمكن القول أنه لم ينص بشكل صريح على تعريف الوكيل الإلكتروني المؤتمت، لكنه أشار إلى ذلك ضمنيا في المادة 13 – 2، الفقرة ب منه، عندما نص تحت عنوان إسناد رسائل البيانات، أنه في العلاقة بين المنشئ و المرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا أرسلت من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا.[2]

على الصعيد العربي مثلا، نجد التشريع الأردني للمعاملات الالكترونية عرف في المادة الثانية منه الوسيط الالكتروني "الوكيل الالكتروني المؤتمت" بأنه برنامج حاسوب أو أي وسيلة أخرى تستعمل من اجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء ارسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخص".

وعرف قانون إمارة دبي للمعاملات الالكترونية في المادة 02 الوكيل الالكتروني المؤتمن بأنه "برنامج أو نظام الكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل علنيا أو جزئيا دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف او الاستجابة له.

هذا ويتم اعداد الوكيل الالكتروني المؤتمت عادة عبر خطوات متعددة، و هي (1) قرار يتخذه انسان ببرمجة كمبيوتر للرد بطريقة معينة(2) ثم يقوم صانع البرنامج ببرمجة الكمبيوتر للرد حسب القرار السابق اتخاذه لأن البرنامج المعلوماتي يعمل حسب المعلومات التي يتم تزويده بها(3)، ثم يقوم الكمبيوتر بالرد بطريقة أوتوماتيكية حسب البرمجة التي تم عليها.

1 المرجع نفسه، ص 59.

[1] مراجعة المادة 13 – 2 فقرة ب من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية.

والملاحظ أن الكمبيوتر لا يفاوض ولا يحاور الطرف الآخر، سواء كان شخصا طبيعيا أو كمبيوتر آخر، لأنه لا يخرج عن حدود ما تم برمجته عليه، وبذلك فإنه يمكن التسوق والشراء مثلا من خلال صفحات الويب على الانترنت وفقا لبرنامج يكون المستخدم قام بإعداده سلفا بجهاز الكمبيوتر، حيث يقوم الجهاز بالبحث والتسوق في شبكة الانترنت والشراء وفق البرنامج الموضوع بداخله دون الرجوع الى العنصر البشري أو الحصول على موافقته.[1]

وقد يتخذ التعاقد بواسطة الوكيل الالكتروني المؤتمن إحدى الأشكال التالية:

1- من انسان الى كمبيوتر وبالعكس، أي تعاقد بين وكيل الكتروني مؤتمت وشخص طبيعي.

2- من كمبيوتر الى كمبيوتر باتفاق مسبق وذلك بتدخل عنصر بشري مع وجود علاقات واتفاقات تجارية مسبقة بين الأطراف المتعاقدة.

3- من كمبيوتر الى كمبيوتر دون اتفاق مسبق.[2]

ومبدئيا يمكن القول أن التعاقد الكترونيا عبر الوكيل الالكتروني المؤتمت لا يخرج عن إطار القواعد العامة في التعاقد في العالم المادي، بحيث في هذا العالم "المادي" توجد أيضا عدة طرق معينة تشبه التعاقد عبر الوكيل الالكتروني المؤتمت، مثلا التعاقد مع آلات البيع كماكينة التقاط الصور الفوتوغرافية وماكينة بيع بعض السلع الاستهلاكية اليومية كالماء والقهوة والمشروبات الغازية التي توجد مثلا في المستشفيات، ففي هذه الحالة يتم التعاقد عادة بين طرفين أحدهما الشخص مبرمج الماكينة التي تعرض للبيع والمشتري وهو الطرف الآخر.[3]

وقد رأينا سابقا ضمن فقرة مفهوم الوكيل الالكتروني كيف أن معظم التشريعات التي نظمت المعاملات الالكترونية اعترفت بصحة المعاملات الالكترونية التي تتم عبر الوكيل الالكتروني المؤتمت مع اختلاف المصطلحات المستعملة على النحو المفصل أعلاه.

إلا أن الاشكال الذي يثور حول مدى امكان تطبيق أحكام الوكالة في العالم المادي على مفهوم الوكيل الالكتروني المؤتمت كون هذا الوكيل يعتبر في الحقيقة مجرد وسيلة للاتصال، ومن ثم فليس له الشخصية القانونية (الأهلية) لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، والتي تؤهل الشخص وتجعله قادرا للتعبير عن الارادة الخاصة، كما أن هذه الوسيلة الالكترونية –الوكيل المؤتمن– ليست لديها ارادة الشخص الذي تعمل في الحقيقة لحسابه، ولذلك فإنه لا يقصد من

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 204.
2 المرجع نفسه، ص 205.
3 - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 61.

مختلف النصوص القانونية التي تنظم الوكيل الالكتروني المؤتت وصلاحيته للتعبير عن الارادة أن يحل هذا الوكيل محل الوكيل في العالم المادي، ومنه لا يمكن تطبيق القواعد العامة المنظمة لأحكام الوكالة الواردة في القانون المدني على الوكيل الالكتروني المؤتمن، لأن مفهوم الوكيل في القانون مستقرة وهي مختلفة تماما عن الوكيل المؤتمت، وعلى الخصوص أحكام المسؤولية التي تنشأ عن اخلال الوكيل بالتزاماته الناتجة عن عقد الوكالة، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن أحكام النيابة في العقود الالكترونية أي التعاقد عن طريق وكيل وهو شخص طبيعي عادي ممكنة ، وفي هذا الصدد نجد المادة 02 فقرة هـ من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية اليونسيترال تنص على ما يلي:

" يراد بمصطلح الوسيط، فيما يتعلق برسالة بيانات معينة، الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بارسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه".[1]

ويفهم من هذا النص، جواز أن يقوم شخص ما نيابة عن شخص آخر بإرسال، استلام، تخزين أو تسجيل رسالة البيانات الالكترونية، وفي هذا إشارة واضحة الى مشروعية النيابة في التعاقد الالكتروني، ويصدق هذا القول على الوكيل أو النائب الذي يتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله لأن آثار العقد تنصرف الى الأصيل.

ولكن في التعاقد الذي يتم عبر الوكيل الإلكتروني المؤتمت، إذا حدث خطأ أو غلط عند التعاقد بواسطته، فإن المسؤول عنه هو الشخص الذي يملكه طالما ليس للأداة إرادة مستقلة عن إرادته، ويستطيع الموكل التنصل من هذه المسؤولية إذا أثبت ان الوكيل الالكتروني المؤتمت لا يعمل تحت سيطرته أو أن الخطأ لا يرجع إلى هذا الوكيل بل إلى سبب أجنبي.[2]

و إذا كانت إرادة الوكيل الالكتروني تحل محل ارادة الموكل بالتعاقد أي إذا جاز القول أن الوكيل الإلكتروني المؤتمت يجسد إرادة الموكل، إلا أن آثار التصرف من حقوق والتزامات تتصرف مع ذلك الى الموكل مباشرة، لأن الوكيل الالكتروني المؤتمت لا ينشأ إرادته وسلطاته بنفسه و إنما الذي ينشئها هو الموكل، ورغم ذلك فإنه إذا ارتكب الوكيل الالكتروني خطأ أو غلط نتيجة عيب في برمجة الكمبيوتر مما دفع الغير الى التعاقد معه، جاز للغير ان يطالب بإبطال العقد ويرفع دعوى الابطال على الموكل باعتباره الطرف الأصيل في العقد، كما يجوز للغير أن يرجع على الموكل بالتعويض، و لا يكون أمام الموكل إلا أن يرجع على مصمم

1 بقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 62.
2 خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 209.

برنامج الكمبيوتر باعتباره المسؤول عن الخطأ في برمجة الكمبيوتر، ولا تحقق مسؤولية الموكل إلا بقيام مسؤولية الوكيل الالكتروني.[1]

والملاحظ أن لجنة المؤتمر القومي لمفوضي قانون الولايات المتحدة الموحدة WCCUSL التي قامت بإعداد وصياغة مشروع هذا القانون، اقترحت استخدام مصطلح الجهاز الالكتروني بدلا من مصطلح الوكيل الالكتروني حتى يتم تفادي تحمل الموكل المسؤولية القانونية في حال وجود خطأ يعود الى برمجة الكمبيوتر.[2]

هذا و إن آثار العقد لا تسري في مواجهة الشخص الطبيعي المتعاقد مع الوكيل الالكتروني إذا ثبت عدم علمه أو أنه لم يكن بوسعه أن يعلم بأن المتعامل معه وسيط الكتروني مؤتمت، وهو ما قرره قانون "امارة دبي" للمعاملات الالكترونية الذي اشترط لتمام التعاقد الالكتروني المؤتمت بين وكيل الكتروني وبين شخص طبيعي أن يعلم الأخير انه يتعامل مع وكيل الكتروني، حيث نصت المادة 14/ 2 منه "يتم التعاقد بين نظام معلومات الكتروني مؤتمت وبين شخص طبيعي، إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة ابرام العقد أو تنفيذه".

كما لا يكون العقد نافذا في مواجهة نفس الشخص أيضا أي الشخص الطبيعي المتعاقد مع الوكيل الإلكتروني المؤتمت، إذا ارتكب الشخص الذي ينتمي إليه الوكيل الالكتروني المؤتمت خطأ ماديا في رسالة البيانات أو أن برنامج الوكيل الالكتروني لم يتح له فرصة منع الخطأ أو تصحيحه، وهو ما نص عليه قانون كندا الموحد بشأن التجارة الالكترونية في المادة 22 منه والقانون الأمريكي الموحد للمعاملات الالكترونية في المادة 10 منه.[3]

وبالنظر لاحتمال وجود خطأ في التعاقد مع الوكيل الالكتروني المؤتمت فقد ألزم التوجيه الأوروبي الصادر في 8 جوان 2006 بشأن التجارة الالكترونية الأشخاص الذين يعرضون سلعا أو خدمات من خلال أنظمة كمبيوتر مؤتمتة بأن يوفروا وسائل تقنية لتصحيح الأخطاء المادية في المادة 2/11 منه.

وما يلاحظ في التشريع الجزائري أن ثمة إشكالا جديا يثار حول مسألة مدى اعتبار الوكيل الالكتروني المؤتمت وكيلا حسب القواعد العامة في القانون المدني الجزائري. ؟

1 بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 62.
2 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 210.
3 المرجع نفسه، ص 211.

فقد نصت المادة 571 من القانون المدني الجزائري أن "الوكالة أو الإنابة، عقد بمقتضاه يفوض شخصا آخر للقيام بعمل لحساب الموكل وباسمه".

فمن خلال هذا النص يتضح أن التشريع الجزائري استعمل مصطلحات تفويض من شخص لشخص آخر للقيام بعمل، ومن ثم فهناك اشارة الى أن الموكل والوكيل هي أشخاص سواء طبيعية أو معنوية، وهو ما قد يثير لبسا فيما يخص مسألة التعاقد في العقود الالكترونية عبر الوكيل الالكتروني المؤتمت الذي يعتبر كأنه تعاقد عبر آلة وبرامج حاسوبية.

وعلى سبيل المقارنة، نجد القانون المدني المصري مثلا في المادة 699 نص على أن، الوكالة، عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل"، ومن ثم استعمل مصطلح وكيل والذي جاء عاما غير محدد ومن ثم يجوز أن يكون الوكيل شخصا طبيعيا أو وكيلا الكترونيا، هذا وقد أجاز القانون الأمريكي الموحد للمعاملات الالكترونية UETA امكانية إبرام العقد الالكتروني بواسطة الوكلاء الالكترونيين، و أجاز قانون إمارة دبي للمعاملات الالكترونية التعاقد بواسطة الوكيل الالكتروني المؤتمت وذلك بموجب المادة 01/14 التي تنص "يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط الكترونية مؤتمتة متضمنة معلومات الكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم التعاقد صحيحا ونافذا ومنتجا لآثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية ابرام العقد في هذه الأنظمة"، كما نص في الفقرة 2 من نفس المادة "كما يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات الكتروني مؤتمت يعود الى شخص طبيعي إذا كان الاخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة ابرام العقد أو تنفيذه".[1]

الفرع الثاني: اللغة المستخدمة في التعبير عن الارادة في العقود الالكترونية

إن بث المعلومات والرسائل الالكترونية عبر شبكة الانترنت يثير مشكلة اللغة الوطنية بالنسبة لمتلقي المعلومة، وسبب هذه المشكلة يكمن في أن نظام معالجة المعلومات يعتمد بصفة أساسية على اللغة الانجليزية التي عادة ما توضع بها البرامج وتوجه بها الأوامر والتعليمات إلى أجهزة الكمبيوتر المتصلة بالشبكة، وبالتالي فإن نشر الاعلانات والايجاب الالكتروني عبر الشبكة والموجهة الى المستهلك في دولة لا تعتبر اللغة الانجليزية لغتها

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 207.

الرسمية تثير مشكلة مدى مشروعية التعامل مع مثل هذه الرسائل الالكترونية الموجهة للمتعامل معه.[1]

حيث نتيجة لما تقدم ذكره، فإن العقود الالكترونية غالبا ما تتضمن مصطلحات فنية وقانونية غير مألوفة أو ذات دلالات قانونية مختلفة تعبر عن النظام القانوني المتبع في دولة المنتج أو المورد، وقد يختلف عن النظام القانوني المتبع في دولة المستهلك، أو قد يحتمل المصطلح ترجمة إلى أكثر من معنى.[2]

لذلك يثور التساؤل حول ما إذا كان يجب أن يكون الإيجاب بذات اللغة التي يتطق بها المستخدم المتعاقد لكي ينتج أثره أم لا؟

ولعل الاشكال حول اللغة المستخدمة في التعبير عن الارادة منبثق أساسا من اعتماد نظام معالجة المعلومات بصفة أساسية على اللغة الانجليزية كما ذكر سابقا، فيثور حينئذ مشكل حول مدى مشروعية التعامل مع الرسائل الالكترونية الصادرة بلغة ما كاللغة الانجليزية في دول لا تعتبر هذه اللغة لغة رسمية لها؟[3].

كمثال نلاحظ أن القانون الفرنسي رقم 94- 665 المؤرخ في 4 أوت 1994 المعروف بقانون توبون المتعلق باستخدام اللغة الفرنسية في الايجاب في كل أنواع التجارة بما في ذلك التجارة الالكترونية.[4]

وللتخفيف من أثر القانون بالنسبة للشبكات الالكترونية ومنها الانترنت تدخل رئيس الوزراء الفرنسي بإصدار منشور مؤرخ في 19 ماي 1996 بخصوص تطبيق قانون توبون ل 1994 حول وجوب استخدام اللغة الفرنسية في كل بيانات الشاشات، بحيث مكن من الترجمة الى اللغة الانجليزية أو إلى أي لغة أخرى.

والأصل أن المشرع لم يشترط في معظم الدول أن يكون التعبير عن الارادة باللغة الوطنية، لكن باستثناء ومع ظهور القوانين الخاصة بحماية المستهلك اشترطت بعض التشريعات في مختلف الدول الى وضع بعض القيود على اللغة المستخدمة في التعامل مع المستهلك، فمثلا القانون الجزائري فقد ألزم اللغة العربية وجوبا مع امكان استخدام لغة أجنبية

1 خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 215.
2 فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص 216.
3 نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة ماجيستير في فرع العقود والمسؤولية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 88.
4 أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنيت، دار الهدى للكتاب، القانونية، مصر، 2002، ص 79.

بموجب القانون 09 – 03 المتعلق بحماية المستهلك المادة 18 منه التي تندرج ضمن إلزامية إعلام المستهلك بشكل عام ومن ثم يمكن إدراج المستهلك المتعاقد إلكترونيا ضمن هذا المفهوم.[1]

كذلك نجد القانون الفرنسي بموجب المرسوم المؤرخ في 31 ديسمبر 1975 المتعلق بترويج السلع والخدمات نص على إلزام صياغة الايجاب باللغة الفرنسية، وتطبيقا للمرسوم المذكور، قضت إحدى المحاكم الفرنسية سنة 1985، بتغريم مدير إحدى دور النشر بأربع مئة فرنك فرنسي مع تعويض قيمته 2000 فرنك فرنسي، لأنه استخدم في نشر العروض كلمتين باللغة الانجليزية.[2]

أيضا يمكن الاشارة الى نفس الالتزام أي استخدام اللغة الفرنسية في قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 21 لسنة 1988 والذي جعل من قاعدة التعبير عن الارادة باللغة الفرنسية من النظام العام وإلا تعرض مخالفها للعقوبة الجزائية.[3]

والواقع أن ثمة صعوبات في استخدام اللغة الفرنسية عند ابرام العقد الالكتروني كون غالبية المنتجات والخدمات يتم الاعلان عنها وتسويتها باللغة الانجليزية، ومن ثم فالإلزام باستعمال اللغة الفرنسية عند ابرام العقد الالكتروني يؤدي الى صعوبات وعقبات على طريق انتشار التجارة الالكترونية.[4]

وتبعا لما تقدم يمكن القول أن هناك صعوبة في استخدام اللغة الوطنية في التعاقد الالكتروني، كون شبكة الانترنت شبكة عالمية، والعقد الالكتروني هو في الأعم الغالب عقد دولي، ومن ثم يصعب اشتراط لغة معينة في التعاقد.[5]

نتطرق في النقطة الموالية إلى صحة الإرادة في العقود الإلكترونية – المبحث الثالث –.

1 تنص المادة 18 من القانون 09 – 03 المتعلق بحماية المستهلك، التي تندرج تحت باب إلزامية إعلام المستهلك على ما يلي: " يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام و دليل الاستعمال و شروط ضمان المنتوج و كل معلومة أخرى منصوص عليها في النظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، و على سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية و مقروءة و متعذر محوها "، ج ر سنة 15 سنة 2009.

2 حول هذه المسألة، الاطلاع على كتاب الدكتور خالد ابراهيم ممدوح، العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 217، مذكرة ماجيستير التراضي في العقود الالكترونية للطالبة مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 68.

3 محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنيت، دراسة مقارنة، دار الجامعة، الجديدة، الاسكندرية، مصر سنة 2007، ص 76.

4 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 219.

5 محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 56

المبحث الثالث: صحة الإرادة في العقود الإلكترونية.

تستوجب القواعد العامة بالإضافة الى شرط توافر الأهلية لدى الشخص المتعاقد، أن تكون إرادته سليمة ولا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة، ونظرا لكون العقود الإلكترونية تتم عن بعد وبين غائبين لا يجمع بينهما مجلس عقد واحد على الأقل من حيث المكان، الأمر الذي يثير العديد من الاشكالات والصعوبات خاصة فيما يتعلق بمسألة التحقق من شخصية المتعاقد وآلية ومن وجود إرادته وسلامتها من العيوب.[1]

لذا سنخصص المطلب الأول للحديث عن الأهلية في العقود الإلكترونية والمطلب الثاني للحديث عن عيوب الإرادة في نفس العقود.

المطلب الأول: الأهلية في العقود الإلكترونية.

يشترط لصحة العقد كما سبق ذكره، أن تتوافر لدى طرفيه الأهلية القانونية اللازمة لإبرامه، وإذا كان التحقق من هذا الأمر ممكنا في العقود التقليدية باعتبار التعاقد غالبا ما يتم بين حاضرين، فإن الأمر يختلف في العقود الإلكترونية والتي تنعقد عن بعد فيبدو الأمر وكأنه عسيرا.[2]

ويقصد بالأهلية صلاحية الشخص لكسب الحقوق، وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية، وتنقسم الأهلية الى أهلية وجوب وأهلية آداء، ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية في المادة 25 وما يليها من القانون المدني – ضمن باب ثان سماه الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية على الخصوص المادة 40 وما يليها–.

فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق، وتقرر عليه واجبات والتزامات وهي تثبت للشخص بمجرد ولادته، فتثبت أهلية الوجوب طالما تثبت الشخصية القانونية.

أما أهلية الأداء فيقصد بها مدى صلاحية الشخص لاستعمال الحق، وهي تتأثر كقاعدة عامة بسن الإنسان، ودرجة تمييزه، وتفترض أهلية الأداء توافر أهلية الوجوب.[3]

1 فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص69.
[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 93.
[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص344.

وما يهمنا عند دراسة ركن التراضي في العقود الإلكترونية و بالضبط الأهلية فيها هو أهلية الأداء، فالأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية ما لم يقرر القانون أنه عديم الأهلية أو أنه ناقصها – في هذا الصدد الاطلاع على المواد 40 ، 42 ، 43 و44 من القانون المدني –.[1]

وعموما فإن أي إنسان يمر منذ ولادته بثلاث مراحل، المرحلة الأولى وهي فقدان التمييز و تمتد منذ الولادة إلى غاية سن 13 سنة في التشريع الجزائري وفقا للمادة 40 من القانون المدني ، المرحلة الثانية ، سن التمييز وتمتد من سنة 13 سنة إلى غاية بلوغ 19 سنة ،أما المرحلة الثالثة فهي كمال الأهلية ببلوغ سن 19 سنة ما ، مع مراعاة اختلاف تحديد سن الرشد من دولة لأخرى فسن التمييز في القانون الليبي مثلا هو 13 سنة أما في القانون الجزائري ف 13 سنة.

وفي مرحلة فقدان التمييز تكون كل التصرفات التي يبرمها المتعاقد باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الإرادة، أما في المرحلة الثانية وهي سن التمييز فتكون تصرفاته صحيحة متى كانت نافعة له نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا، أما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع فتكون قابلة للإبطال، أما في المرحلة فتكون تصرفاته صحيحة.

وبالنظر لأن العقد الإلكتروني يبرم عن بعد، مما لا يسمح بالتحقق من شخصية المتعاقدين ولا التثبت من الهوية الحقيقية والأهلية اللازمة لمباشر التعاقد، فتثور تبعا لذلك إشكالية التحقق من أهلية المتعاقد في الشبكة وفي ذلك إمكانية التعرض لخطر التعاقد مع القصر أو عديمي الأهلية بسبب أحد عوارضها، على الخصوص وأن التعاقد مع فاقد أهلية قد يعرض التصرف أي العقد الإلكتروني للبطلان المطلق.[2]

نحاول الحديث عن خصوصية الأهلية في العقود الإلكترونية في الفرع الأول، ووسائل تحديد هوية المتعاقد في الفرع الثاني.

[1] جعل المشرع الجزائري بموجب المادة 40 من القانون المدني سن الرشد يقدر ب 19 سنة كاملة.
[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ض 94 و 95، و في نفس السياق، خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، دار قنديل، عمان، 2013، ص 110.

الفرع الأول: خصوصية الأهلية في العقود الإلكترونية.

إن الأهلية في التعاقد الإلكتروني حيث يتم التعاقد عن بعد يصعب على أحد طرفي التعاقد التحقق من أهلية المتعاقد الآخر فقد يدعي أحد المتعاقدين كمال الأهلية بينما هو ناقص الأهلية بل إن كمال الأهلية يختلف من دولة الى أخرى.

وقد يترتب على عدم الاتصال المكاني بين أطراف المعاملات التجارية الإلكترونية عدم معرفة كافة المعلومات الأساسية عن بعضهم البعض كما هو الحال في المعاملات التجارية التقليدية. فقد لا يعرف أي منهما درجة يسر الآخر ومركزه المالي وعما إذا كان بلغ سن الرشد أم لا زال ناقص الأهلية،[1] فضلا عن أن عدد كبيرا من مستخدمي الأنترنت هم من ناقصي الأهلية ولا سيما أن بعضهم قد يستخدم البطاقة الالكترونية لأحد والديه للتعاقد مع تاجر حسن النية.

في هذا الصدد ذهب البعض من الفقه الى القول بأنه ينبغي معالجة مشكلات الأهلية في التعاقد الالكتروني عن طريق التوسع في الأخذ بنظرية الظاهر Théorie de l'apparence.

ومضمون هذه النظرية أن القاصر إذا اختلس بطاقة الاعتماد المصرفي الخاصة بأحد والديه واستخدمها مع تاجر آخر حسن النية فإنه يحق لهذا التاجر أن يدلي بأن القاصر باستخدامه هذه البطاقة يكون توفر فيه مظهر صاحبها أي مظهر شخص راشد، ويستطيع التاجر أن يرجع على القاصر على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية.[2]

كما أن هناك من يتمسك بمسؤولية متولي الرقابة كون الوالد مسؤول عن تصرفات ابنه القاصر لذلك تقع عليه مسؤولية دخول أبنائه بحرية إلى المواقع الالكترونية وإبرام عقد مع شخص حسن النية.[3]

أما من الجانب التشريعي نجد بعض التشريعات منحت القاصر الحق في إبطال العقد بشرط ألا يكون استعمل طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته وهو ما جاء مثلا في المادة 119 من القانون المدني المصري.[1]

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 173.
2 لياس ناصيف، المرجع السابق، ص125.
3 نظم المشرع الجزائري مسؤولية متولي الرقابة في المادة 134 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

أما التشريع الانجليزي فإن الأصل هو أن للقاصر أهلية إبرام عقود الضروريات والعقود التي يتمخض عنها منفعة له، وما عدا ذلك من العقود فإنه يكون باطلا أو قابلا للإبطال أي أنه إذا ارتكب ناقص الأهلية غشا بإقراره للبائع بسن أكبر من سنه الحقيقي. فيجوز للبائع في هذه الحالة استرداد البضاعة إذا لم تكن من الضروريات، في حين نجد للقضاء الإنجليزي يفرق بين العقد البسيط الذي يبرمه القاصر عبر تقنيات الاتصال الحديثة فإن هذا العقد لا يبطل، والعقود ذات القيمة الكبيرة فإنها تبطل لصالح القاصر.[2]

أما التشريع الفرنسي فقد ميز بين الأعمال الاعتيادية للصبي المميز حيث أجاز له القيام بأعمال حياته اليومية، وبين التصرفات التي تتم عن طريق بطاقة الائتمان الخاصة بأحد والديه، فيكون الوالد ملزما في هذه الحالة بهذا العقد كما لو كان هو من أبرمه " الأخذ بنظرية الظاهر".[3]

الأصل أن يكون التعامل عبر شبكة الانترنت قائما على مبدأ حسن النية من طرفيه، بحيث يلتزم كل منهما بالإفصاح عن بياناته كاملة مسبقا، فوفقا للمادة 121 – 18 من قانون الاستهلاك الفرنسي فإنه يلزم التحقق من شخصية الأطراف المتعاقدة على نحو يحقق الأمان و الثقة المتبادلة في المعاملات حيث يلتزم التاجر و مقدم الخدمة بأن يتيح لعميله كافة البيانات التي تفصح عن هويته.[4]

وفي التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الصادر في 06 ماي 1997 بشأن البيع عن بعد فإنه وفقا لنص المادة 1/4 منه: يلزم عند إبرام العقد عن بعد عبر تقنيات الاتصال تحديد هوية الأطراف المتعاقدة بما في ذلك بيان الأهلية القانونية.

الفرع الثاني: وسائل تحديد أهلية المتعاقد الالكتروني.

تظهر الحاجة الى التحقق من أهلية المتعاقدين في العقود المبرمة من خلال شبكة الانترنت بسبب عالمية الوسيلة وعدم خضوعها للحدود الجغرافية للدولة، كما أنها لا تخضع لسيطرة جهة أو سلطة معينة إذ يمكن الدخول اليها بسهولة ومتاحة للكافة، ويمكن الوصول الى الأرقام والمعلومات السرية لبطاقات الائتمان والحسابات المصرفية وغيرها من المعلومات المتعلقة بالعمليات المصرفية والعقود المبرمة من خلال هذه الشبكة.

---

1 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص97.
2 الياس ناصيف، المرجع السابق، ص126.
3 فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص71.
[4] - jean batiste M crée et exploiter un commerce électronique édition litèc paris 1998 p 48.

والتحقق من أهلية المتعاقدين من خلال هذه الشبكة أمر ليس بالسهل، فلابد من الاستعانة بجهة محايدة أو طرف ثالث يمثل الضمان لكلا المتعاقدين في التأكد من هويتهما وأهليتهما في اجراء التصرفات القانونية.[1]

تعد مسألة التحقق من أهلية المتعاقدين مسألة فنية دقيقة أمام التطور الذي يعرفه مجال التقنيات في التعاقد الالكتروني، الأمر الذي يستدعي تكاثف جهود العلماء المختصين و فقهاء القانون من أجل ايجاد وسيلة للتحقق من هوية المتعاقد الكترونيا، فلحد الساعة لم يتم إيجاد وسيلة حاسمة تضمن التحقق من أهلية المتعاقدين في المجال الالكتروني على الرغم من وجود وسائل تحذيرية واحتياطية يمكن اتباعها للابتعاد عن مشكل الوقوع في ابرام العقد الالكتروني مع ناقصي الأهلية، فمن بين هذه الوسائل نجد البطاقات الالكترونية و التوقيع الالكتروني و جهات التصديق الالكتروني.

أولا: البطاقات الالكترونية:

هي رقائق إلكترونية تحتوي على وحدات وشرائح فائقة القدرة على تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل الاسم والسن محل الإقامة، المصرف المتعامل معه، فهي حاسوب متنقل لاحتوائها على مجمل البيانات الشخصية لحاملها والرقم السري له.

كانت هذه البطاقة أحسن وسيلة لتخزين المعلومات الخاصة بصاحبها لتزويدها بعدة عناصر للحماية من عمليات التزوير، ومنع الغير من استعمالها في حالة سرقتها وتستعمل بكثرة في أوروبا، والولايات المتحدة الأمريكية واليابان إلا أن القرصنة الإلكترونية بلغت ذروتها من خلال استعمال أساليب الكترونية للولوج الى البيانات السرية للغير، لذا لم تعد هذه الوسيلة تضمن التحقق من أهلية الطرف الآخر، لذلك ظهر التوقيع الالكتروني.[2]

ثانيا: التوقيع الالكتروني:

أ – تعريف التوقيع الإلكتروني:

عرفت المادة الثانية (أ) من قانون الأونسيترال بشأن التوقيعات الالكترونية لعام 2001 بأنه بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا

[1] خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص 124.
2 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 74.

يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالات البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.[1]

أما التوجيه الأوروبي رقم 93-1999 الخاص بالتوقيعات الالكترونية، فقد عرف التوقيع الإلكتروني في المادة 01/02 أنه "بيانات في شكل الكتروني تتصل أو ترتبط قانونيا ببيانات أخرى، وتستخدم كوسيلة للمصادقة" أما الفقرة 2 من نفس المادة أكدت أن التوقيع الالكتروني المتقدم يعني توقيعا الكترونيا يستوفي المتطلبات التالية:

- أن يكون مرتبطا بالموقع بشكل فريد.
- أن يكون قادرا على تحديد هوية الموقع.
- أن ينشأ باستخدام وسائل يحتفظ بها الموقع.
- أن يكون مرتبطا بالبيانات التي يشير اليها على نحو يؤدي الى اكتشاف أي تغيير لاحق.[2]

أما التشريع الفرنسي فعرفه بموجب المادة 4/1316 من القانون المدني الفرنسي المضافة بموجب التعديل المؤرخ في 13 مارس 2000، أنه التوقيع الذي يميز هوية صاحبه، كما يعبر عن رضاء الأطراف بالالتزامات الناشئة عنه، وإذا قام به موظف عام فإنه يكفل الرسمية للعمل القانوني عندما يتم التوقيع في شكل الكتروني.[3]

كما عرف قانون المعاملات الالكترونية الأردني التوقيع الإلكتروني، بأنه البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة المعلومات أو مضاف عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها، وتمييزه عن غيره من أجل توقيعه بغرض الموافقة على مضمونه.[4]

أما التشريع المصري فقد عرفه في المادة 1/ج من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 سنة 2004 الصادر في 2004/04/21 بأنه "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره.[5]

---

[1] المادة 2 فقرة أ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001.
[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص154.
3 فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص84.
4 المادة 2 – 9 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لسنة 2001.
5 قانون التوقيع الالكتروني المصري، رقم 15 لسنة 2004، والدكتور الياس ناصيف، المرجع السابق، ص345.

فيما عرف المشرع الجزائري التوقيع الالكتروني في القانون رقم 04/15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين حيث نصت المادة 1/2 منه: "التوقيع الالكتروني هو بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"[1] ، والملاحظ على هذا القانون أنه يهدف الى تحسين ظروف الأمن و الثقة، حيث أنه يحدد الشروط اللازمة ليعتد بالتوقيع الالكتروني كحجة و قوة ملزمة بموجب القانون، كما أن المشرع الجزائري فرق بين التوقيع الالكتروني "البسيط" والتوقيع الالكتروني الموصوف هذا الأخير الذي اعتبره وحده مماثلا للتوقيع المكتوب.[2]

ب-شروط التوقيع الالكتروني:

حسب المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري والمادة 3/6 من قانون التوقيع الالكتروني النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة، يشرط لثبوت حجية التوقيع الالكتروني، ارتباط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره وسيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الالكتروني وامكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات التوقيع الالكتروني.[3]

وفيما يخص المشرع الجزائري، فقد حددت المادة 07 من قانون رقم 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين السابق ذكره، المتطلبات التي لابد أن تتوفر في التوقيع الالكتروني الموصوف وتتمثل فيما يلي:

-أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.

- أن يرتبط بالموقع دون سواه.

- أن يمكن من تحديد هوية الموقع.

- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الالكتروني.

- أن يكون مصمما بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.

1 القانون رقم 04/15 المؤرخ في 01 فيفري 2015، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، الجريدة الرسمية، لسنة 2015، العدد 06.
2 فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص86.
3 يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 201.

– أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات.[1]

ج–حجية التوقيع الالكتروني:

حتى يعتد بالتوقيع الالكتروني كحجة في الاثبات لابد من مراعاة المواصفات والضوابط اللازمة للاعتداء به على اعتبار أنه يختلف عن شكل وخصائص التوقيع العادي، فأغلب التشريعات اتفقت على ضرورة توفر شروط معينة تعزز هذا التوقيع على غرار توافره على عنصر الثقة.

بالنسبة المشرع الفرنسي فقد حسم الأمر بمنح التوقيع الالكتروني الحجية اللازمة في الإثبات المطلوبة للمحررات الالكترونية كمحررات عادية معدة للإثبات واعترف للتوقيع الالكتروني بوظائفه من خلال تحديد شخص الموقع وصحة إرادته.

كما اعترف التوجيه الأوروبي الصادر في 13 ديسمبر 1999 بالتوقيع الالكتروني وميز بين التوقيع الالكتروني المعزز أو المتقدم والتوقيع غير المعزز.[2]

أما المشرع المصري، فقد اعترف بحجية الإثبات بالكتابة الالكترونية والتوقيعات الالكترونية حينما أصدر القانون رقم 15 لسنة 2004 السابق ذكره، وذلك من خلال المادة 14 من هذا القانون التي منحت التوقيع الالكتروني الحجية في إثبات المعاملات المدنية والتجارية.[3]

أما المشرع الأردني في قانون المعاملات الالكترونية رقم 85 لسنة 2001، فقد أورد مجموعة من الاستثناءات على تطبيق هذا القانون وتتمثل أساسا في الحالات التي تحتاج فيها المعاملات إلى توثيقات كتابية يحتاج إتمامها اتباع إجراءات معينة بموجب قوانين خاصة كالوكالات ومعاملات الأحوال الشخصية.

في حين نجد المشرع الجزائري أعطى الاثبات في الشكل الإلكتروني نفس الحجية للإثبات بالكتابة التي تقوم على الدعامة الورقية شرط توافر امكانية للتأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها وهو ما نصت عليه المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري.[4]

1 قانون 04/15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج ر سنة 2015 عدد رقم 6.
2 لزهر بن سعيد، المرجع الساق، ص167.
3 فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص 89.
4 المرجع نفسه، ص90

أما بصدور القانون 04/15 السابق ذكره فقد ميز المشرع الجزائري بين الوقيع الإلكتروني" البسيط " والتوقيع الالكتروني الموصوف، واعتبر الأخير هو وحده من يماثل التوقيع التقليدي.[1]

ثالثا: جهات التصديق الالكتروني.

قد يلجأ المتعاقدون عبر وسائل الاتصال الحديثة الى الاستعانة بوسيط الكتروني يتمثل في طرف ثالث محايد يسمى جهات التصديق أو سلطات الاشهار، تتولى مهمة تنظيم العلاقة بين أطراف العقد الالكتروني وذلك بالتأكد من هوية الطرفين وأهليتهم القانونية ثم إصدار شهادة مصادق عليها تتضمن كافة المعلومات حول أطراف العقد الالكتروني.[2]

وتقوم شهادات التصديق الالكتروني بدور فعال في العقود الالكترونية فمن شأنها التأكد من شخصية المرسل، ومن صحة البيانات المدونة بالمحرر، وعدم قابليتها التعديل وهو ما يرسخ الثقة والأمان لدى المتعاقدين الكترونيا.[3]

أ-تعريف شهادة التصديق الالكتروني:

عرفت المادة 02 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية شهادة التصديق الالكتروني بأنها، رسالة بيانات أو سجل آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع.[4]

وعرفتها المادة الثالثة من التوجيه الأوروبي بأنها تلك البيانات التي تربط بين التوقيع وبين شخص معين، وتؤكد شخصية الموقع.[5]

كما عرفها المشرع المصري في المادة الأولى من قانون التوقيع الالكتروني بأنها " الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق، وتثبت الارتباط بين الموقع وبين إنشاء الشهادة".[6]

1 نصت المادة 8 من القانون 04/15 المحدد للقواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني "يعتبر التوقيع الالكتروني للموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء لشخص طبيعي أو معنوي".
2 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص74.
3 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص182.
4 المادة 02 التعاريف فقرة ب من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني 2001.
5 المادة 3 من التوجيه الأوروبي رقم 99/93 المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية.
6 المادة الأولى فقرة ومن قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

وعرفها المشرع التونسي في القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية أنها الوثيقة الالكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الالكتروني للشخص الذي أصدرها، والذي يشهد من خلالها إثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها".[1]

وعرفها المشرع الجزائري في المادة 02 فقرة 07 من القانون رقم 15-04 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين المشار إليه سابقا، أنها "وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع".[2]

مما سبق يمكن تعريف شهادة التصديق الالكتروني أنها سجل الكتروني أو مستند الكتروني صاد عن جهة توثيق مختصة تعتمد على فكرة المفتاح العام الذي يكون متاحا للعامة، ويستخدم في تشفير الرسالة، كما تعتمد أيضا على المفتاح الخاص الذي يمثل التوقيع الالكتروني فهو الوحيد الذي له القدرة على فك شفرة الرسالة التي شفرها المفتاح العام.[3]

ويتجسد عمل شهادة الصديق الإلكتروني على التأكد من صحة كل الرسالة والهوية وموقعها كونها تتوافر على الثقة بأن المفتاح الخاص محتفظ به من قبل الشخص المشترك المذكور اسمه في الشهادة، وهو يدل على أن التوقيع صادر عن هذا الأخير.

هذا ولابد ان تتوفر شهادة التصديق الالكتروني على مجموعة من البيانات الأساسية لتكون لها حجية في الاثبات وهي:

-إثبات شخصية مقدم الخدمات والدولة التي نشأ بها.

-اسم الموقع صاحب الشهادة أو اسمه المستعار.

-صفة الموقع والغرض من استخدام الشهادة.

-تحديد المفتاح العام الذي من خلاله يتم التحقق من المفتاح الخاص المماثل له والخاضع لسيطرة الموقع وحده.

-تحديد مدة صلاحية الشهادة وذكر الرقم المسلسل لها.

1 القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية.
2 المادة 2 فقرة 07 من القانون رقم 04/15.
3 يمينة حوحو، المرجع السابق، ص201.

– التوقيع الإلكتروني لمقدم خدمة التصديق القائم بتسليم الشهادة.[1]

ب–وظائف شهادة التصديق الالكتروني:

تحقق شهادة التصديق الإلكتروني عدة وظائف، فهي تحدد هوية صاحبها وتحقق وظيفة المصادقة على اثبات ارتباط الموقع ببيانات التوقيع الالكتروني وسلامة ما تضمنته فيثبت عندئذ هوية صاحب الشهادة، فتكون هوية الموقع مرتبطة بها إذ يتأكد من خلالها أن البيانات الصادرة هي صادرة عن الموقع.[2]

المطلب الثاني: عيوب الإرادة في العقد الالكتروني.

طبقا للقواعد العامة الواردة في القانون المدني، فإنه يجب لتمام ابرام العقد وجود إرادتين متطابقتين أي إيجاب معين وقبول مطابق له عن تراضي صحيح، وتتحقق صحة التراضي إذا كانت إرادة كل من الطرفين صادرة عن ذي أهلية وخالية من العيوب و إلا كان العقد قابلا للإبطال.

إن عيوب الإرادة في القواعد العامة لا تثير اشكالات لتأكيد وجودها من عدمه، إلا أن المسألة ليست كذلك في العقود الالكترونية بالنظر الى حقيقة الوسائط الالكترونية التي يجري من خلالها التعاقد وهي أمور من شأنها أن تؤثر على الاشتراطات القانونية التقليدية و هو ما يؤدي الى البحث حول تأثير البيئة الالكترونية على إرادة المتعاقدين في مجال ابرام العقد الالكتروني والعيوب المرتبطة بها[3] ، لذا سنخصص الفرع الأول للحديث عن عيب الغلط و التدليس في العقد الالكتروني، والفرع الثاني للحديث عن عيب الإكراه و الاستغلال في العقد الالكتروني.

الفرع الأول: الغلط والتدليس في العقود الالكترونية.

لا يكفي أن يكون الشخص الذي أبرم عقدا الكترونيا كامل الأهلية، بل لابد أن تكون إرادته سليمة وخالية من العيوب، وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أن عيوب الإرادة في العقد المبرم عبر الانترنت لا تخرج عن كونها أمثلة تقليدية تستوعبها القواعد العامة.[4] لذا سنتطرق أولا الى دراسة عيب الغلط وثانيا دراسة عيب التدليس، في العقود العقد الإلكتروني.

---

[1] فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص 80 – 81.
2 يمينة حوحو، المرجع السابق، ص201.
[3] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق ص 179، وفي نفس السياق، أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 122.
4 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص99.

أولا: الغلط:

الغلط هو وهم يقوم في ذهن المتعاقد يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته، وهو يؤدي الى بطلان العقد إذا انصب على ماهيته أو على شرط من شروط الانعقاد أو على محل العقد.[1]

وإن كانت بعض التشريعات أوردت العيوب التي تؤثر على الإرادة في القانون المدني على سبيل الحصر و هي التدليس، الغلط، الاكراه و الاستغلال في حالات محددة كالتشريع المصري و الجزائري، إلا أن التطور التكنولوجي والتقني الذي أحدثته ثورة الاتصالات والمعلومات أدى الى تلاشي تدريجي للمبادئ القانونية التقليدية التي افترضت تساوي طرفا التعاقد في القدرة ليحل محلها اهتمام فقهي و تشريعي بحماية الطرف الأقل خبرة سواء من الناحية الاقتصادية أو الفنية، حيث قام الفقه والقضاء في سياق التطور التكنولوجي بالتوسع في فهم المقصود بعيوب الإرادة بهدف تحقيق الغاية للطرف الأقل قدرة أو خبرة، و من ثم إذا لم يوفر الطرف الأكثر خبرة للطرف الآخر المعلومات الكافية التي كان يجب عليه الإدلاء بها جاز للمتعاقد غير الخبير أن يتمسك بوقوعه في الغلط نتيجة عدم علمه الكافي بمحل التعاقد أو بشروط العقد أو بسبب عدم تبصرته بالدقائق التكنولوجية والفنية للمنتج أو الخدمة للمتعاقد عليها، و ما يترتب عن التعامل بشأنها من آثار قانونية.[2]

ويعتبر عدم الخبرة في المعاملات الإلكترونية عنصرا جوهريا في قبول ادعاء المتعاقد بالوقوع في الغلط الجوهري لاسيما في الأشياء الفنية ذات التقنية المتطورة مثل برامج الحاسوب، حيث تعتبر صفة عدم الخبرة من القرائن التي يستعين بها قاضي الموضوع في تقدير مدى وقوع المتعاقد في الغلط، وكذلك إذا كانت البيانات التي قدمها التاجر أو مقدم الخدمة غير كافية، فغالبا ما يقع الغلط بسبب العرض الناقص للمنتجات كان يكون العرض لا يتضمن الوصف الدقيق للسلع أو الخدمات.

وقد أبرم التوجيه الأوروبي رقم 31/200 بشأن التجارة الالكترونية في المادة 11 منه، مقدمي الخدمات أن يقوموا بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق.[3]

ويشترط للتمسك بالغلط في القانون الفرنسي والقانون المصري أن يقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري وأن يتصل ذلك الغلط بعلم المتعاقد الآخر الذي يكون قد وقع في ذات الغلط أو يكون قد علم به

[1] رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 2003، ص 69.
2 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص185.
3 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 101.

أو كان من السهل عليه تبنيه، ويكون الغلط جوهريا إذا وقع في جوهر الشيء أو وقع على شخص المتعاقد أو في طبيعة العقد (حسب المادة 121 قانون مدني مصري).[1]

وعموما، يمكن القول أن الغلط المقصود في التعاقد الالكتروني هو الغلط الذي لا يؤثر في وجود الإرادة و إنما يعيبها فقط ، وفي هذا الصدد يثور التساؤل حول الغلط في إبلاغ الرسالة الالكترونية أو في الإعلان عبر شبكة الإنترنت كأن يعرض التاجر سيارة من نوع معين للبيع بمبلغ 100.000 جنيه ويقع تحريف في الرسالة الالكترونية فيظهر الإعلان على موقع الإنترنت بمبلغ 10.000 جنيه، فهذا الغلط وإن كان يبدو أنه مجرد غلط مادي ومن ثم لا يكون له دور في تكوين الإرادة حيث طرأ بعد تكوينها ومن ثم – حسب القواعد العامة في العقود التقليدية –لا يؤثر في تكوين العقد وإنما يلزم تصحيح الغلط المادي فقط (وفقا للمادة 123 قانون مدني مصري و المادة 84 قانون مدني جزائري)، ولكنه في حقيقة الأمر فإن هذا الغلط رتب غلطا آخر وهو وجود تحريف في نقل الإرادة على غير مقصدها ففي هذه الحالة – بتطبيق هذا المثال على العقد الإلكتروني – فإنه هنا لا نكون أمام مجرد غلط طرأ بعد تكوين الإرادة وإنما غلط في نقلها على غير مقصدها ، ولذلك فلا ينعقد العقد الالكتروني لعدم تطابق الإرادتين ، وهذا الغلط أيضا لا يمنع من رجوع المستهلك على مقدم الخدمة الالكترونية بالتعويض.[2]

بالرجوع الى قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، نجده لم ينظم المسائل الموضوعية المتعلقة بتكوين العقد، فلم يتناول آثار الغلط في العقد الالكتروني عكس التشريعات الأخرى التي صدرت بشأن القانون النموذجي ومنها قانون كندا الموحد التجارة الالكترونية، وقانون الولايات المتحدة الأمريكية الموحدة بشأن المعاملات الالكترونية التي نظمت أحكام تتضمن الغلط الذي يرتكبه أشخاص طبيعيون بمناسبة تعاملهم مع نظام حاسوبي مؤتمت لشخص آخر.[3]

والملاحظ أنه قد يصعب إثبات الغلط في حالة ما إذا كان العرض ناقص للمنتجات والذي قد يتم مثلا على صفحة الويب، فقد يتم تعديله أو تغييره في وقت لاحق بوسيلة الكترونية لا تترك أثر مادي ملموس، إلا أنه يمكن التغلب على هذه الصعوبات بأن يتم تسجيل البيانات

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص185.
2 المرجع نفسه، ص 186.
3 فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص106.

على دعامة الكترونية بأسلوب يسمح بحفظها واسترجاعها عند الضرورة أو الاستعانة بوسيط الكتروني معتمد لتوثيق هذه المعاملات الالكترونية.[1]

ثانيا: التدليس:

التدليس هو إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة عن طريق استعمال طرق احتيالية بقصد دفعه الى إبرام العقد، ويكفي لقيامه مجرد كتمان واقعة أو ملابسة إذا اثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.[2]

فالتدليس نوعان ايجابي يتمثل في القيام باستعمال وسائل احتيالية لغرض ايقاع المتعاقد في غلط يدفعه الى التعاقد والثاني سلبي وهو سكوت أحد المتعاقدين عن ذكر بيانات معينة إذا كان من شأن العلم بها إحجام المتعاقد الآخر عن التعاقد.

ومن شروط التدليس باعتباره عيبا يؤثر في صحة الإرادة، استعمال وسائل احتيالية وأن يكون التدليس دافعا للتعاقد وصدور تدليس من متعاقد آخر أو علمه أو امكان العلم به.[3]

يحتل التدليس مكانة كبيرة في مجال العقود الالكترونية كون أن المستهلك في التعاقد الالكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المبيع كما في التعاقد التقليدي، وإنما يعاين الشيء من خلال شاشة الكمبيوتر إضافة الى قدرة المحتالين على اختراق النظام المعلوماتي للشبكة وإساءة استعمالها.[4]

ولقد تطورت نظرية التدليس بفضل الفقه والقضاء الفرنسي واتسع مداها ليستوعب الكذب والكتمان، ولذلك يثور الإشكال حول مدى اعتبار الإعلانات الالكترونية الكاذبة أو المضللة تدليسا، خاصة وأن الاعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت انتشرت بشكل ملحوظ نتيجة التطور التكنولوجي وبحكم تنوع – الإعلانات – أساليبها وتأثيرها على سلوك المستهلك بل قد تحرضه على الحصول على منتج أو خدمة لا يحتاجها حقيقة.[5]

والأصل أن الكذب وحده لا يكفي لتكوين عنصر الحيلة في التدليس كامتداح التاجر بضاعته إلى حد الكذب ما دام ذلك مألوفا في التعامل، أما إذا تجاوز الحد المألوف كما لو تم

1 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص101
2 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص179، 180.
3 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص267. وما يليها.
4 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص103.
5 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 180.

الكذب بخصوص معلومات دقيقة استعلم عنها المتعاقد مثل بلد منشأ السلعة المعروضة للبيع فإنه يعتبر تدليسا يشوب الإرادة بشرط توافر العنصر المعنوي للتدليس وهو نية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع.

في هذا الصدد يرى الدكتور خالد إبراهيم ممدوح في كتابه إبرام العقد الإلكتروني أن الكذب في الاعلانات والدعاية الالكترونية للمبيعات والمنتجات والخدمات يدخل في مجال التدليس إذا كان تجاوز الحد المألوف وأثر في إرادة المدلس عليه ودافعا الى التعاقد ويعطي المدلس الحق في طلب إبطال العقد، لتعيب إرادته، وأضاف الدكتور وهذه المرة نقلا عن كتاب زميله الدكتور ممدوح خيري هاشم أن المستهلك في التعاقد الالكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المبيع كما في التعاقد التقليدي، وإنما يعاينه من خلال شاشة الكمبيوتر.[1]

وحول نفس الموضوع أجاز القضاء الفرنسي للمستخدم في مجال برامج الكمبيوتر أن يطلب إبطال العقد بسبب التدليس الناجم عن كتمان مورد البرامج للمعلومات التي كانت تتيح له حسن اختيار البرامج والتعاقد بالتالي في ضوء إرادة واعية ومبصرة.

والملاحظ أن التشريعات الحديثة المتعلقة بتنظيم العقود والمعاملات الالكترونية اتجهت نحو محاولة وضع سياج لحماية المستهلكين الذي يبرمون عقودا عبر شبكة الانترنت من خلال إلزام المهنيين بوصف المنتوج أو الخدمة وصفا دقيقا إضافة الى إعطاء المستهلك الحق في إرجاع المنتج خلال المدة المحددة قانونا، وهذا ما قرره قانون الاستهلاك الفرنسي القانون الأمريكي والقانون التونسي.[2]

هذا ويمكن الحد من ظاهرة الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني عن طريق تفعيل دور جهات التوثيق الالكتروني فدورها إضافة الى التأكد من صحة إرادة المتعاقدين يمتد الى وسائل الغش والتدليس عن طريق تتبع المواقع التجارية عبر الانترنت والتحري عن مدى مصداقيتها فإذا تبين عدم مصداقيتها تقوم بإرسال رسائل تحذيرية، تحذر من الموقع الوهمي أو غير مقيد لدى إحدى شركات الإنترنت المكلفة بتسجيل أسماء النطاق.[3]

1 خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص،181.
2 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص104.
3 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص181.

وختاما يمكن القول أن من أشهر طرق الغش والتدليس في التعاقد الالكتروني استعمال العلامة التجارية لشخص آخر وتعمد نشر بيانات غير صحيحة على الموقع عن سلع بقصد ترويجها وكذلك انشاء موقع وهمي على الأنترنت لا وجود له على الإطلاق.[1]

الفرع الثاني: الاستغلال والاكراه في العقود الالكترونية.

إن طبيعة العقد الالكتروني تقتضي أن يبرم عن بعد بين متعاقدين، وباستعمال تقنيات الاتصال الحديثة وهو ما ترتب عنه اختلال في المراكز العقدية، فيكون المنتج أو مقدم الخدمة الذي يمتلك فنية وإمكانيات اقتصادية في مركز قوة، في حين يكون المتعاقد الآخر في مركز الضعف، وهو هذا الأمر الذي يستغل من طرف المنتج نتيجة نقص خبرة المتعامل، كما قد يقع في الاكراه من طرف المنتج نظرا للحاجة والتبعية الاقتصادية.

لذا سنتطرق أولا الى عيب الاستغلال في العقود الالكترونية وثانيا الى عيب الاكراه في العقود الالكترونية.

أولا: الاستغلال والغبن:

يعرف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يأخذه، والغبن إما أن يكون يسيرا وإما أن يكون فاحشا، ولا يكون الغبن إلا في عقود المفاوضات وهو يقوم على مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة.[2]

والأصل في القواعد العامة أن الغبن لا يؤثر في العقد التقليدي لمجرد عدم تعادل الالتزامات، ولكن يثور التساؤل هل يسري ذلك على العقد الإلكتروني. ؟

الملاحظ في هذا الصدد أنه في التشريع المصري والفرنسي وفي الفقه الإسلامي مثلا ، فإن الغبن المجرد، أي مجرد عدم تعادل بين ما يعطيه المتعاقد و بين ما يأخذه لا يكون سببا وحده للطعن في العقود، وإنما يجب توافر أيضا شروط الاستغلال الواردة مثلا في المادة 129 من القانون المدني المصري وهي ضرورة توافر العنصر النفسي وهو استغلال الطيش البين و الهوى الجامع ، ومرد ذلك يعود إلى الرغبة في إحاطة العقود بالأمن و الاستقرار، وقد أورد المشرع المصري استثناءات مردها اعتبارات هامة، ومن هذه الاستثناءات، ما جاء في المادة 845 مدني حين منح الشريك في الشيوع الحق في نقض قسمة المال الشائع إذا تمت بالتراضي

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 183.
2 المرجع نفسه، ص 187.

و ألحقت به غبنا يتجاوز الخمس ما لم يكمل له شريكه ما نقص من نصيبه نقدا أو عينا،[1] ومن الاستثناءات أيضا ما أرجعه المشرع المصري إلى نوعية المتعاقدين مثلا المادة 425 من القانون المدني التي اشترطت لرفع دعوى الغبن الفاحش أو دعوى تكملة الثمن توافر شروط و هي أن يكون العقد بيعا و أن يكون مالك العين غير كامل الأهلية و أن يتعلق البيع بعقار وأن لا يتم البيع في المزاد العلني و أن يزيد الغبن عن الخمس.[2]

وعليه فالغبن لا يؤثر في العقد الالكتروني إلا في بعض الاستثناءات الى نص عليها المشرع.

أما الاستغلال، فأساسه أن نفسية المتعاقد قد شابها عيب أدى إلى الإخلال الفادح بين ما أعطى وما تلقى، والعيب النفسي قد يكون لقلة خبرة أو الطيش أو الولع الشديد بالشيء أو الحاجة الماسة إليه، فينتهز الطرف الآخر حالة الضعف التي انتابت المتعاقد الآخر فيحصل منه على آداء مبالغ فيه.[3]

أما المشرع الجزائري فمن خلال المادة 90 من القانون المدني اعتبر الاستغلال عيب من عيوب الإرادة ينطبق على سائر التصرفات، حيث يشترط لقيامه توافر عنصرين هامين يتمثلان في العنصر المادي أي وجود تفاوت بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه والعنصر النفسي يتمثل في استغلال الضعف في النفس ويكمن في الجانب المعنوي للشخص ويشمل حالتي الطيش البين والهوى الجامح[4]

في مجال التعاملات الالكترونية فإن الواقع يشير بوضوح الى انتشار استخدام الشبكة العنكبوتية في ابرام العقود سواء ممن يملكون الخبرة أو من طرف أشخاص عاديين، وهو ما قد يؤدي الى استغلال هؤلاء لنقص خبرتهم، ولحماية هذه الفئة بدأت مختلف التشريعات تهتم بمنح حماية أكثر للمستهلكين بوجه عام – و من بينهم المستهلك الإلكتروني – ، ولعل من أهم التشريعات العربية حول هذا المفهوم هو التشريع التونسي للمعاملات الإلكترونية،[5] حيث نصت المادة 50 منه "يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الالكترونية بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح بين 1000 و 20000 دينار و ذلك إذا اثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 105.
[2] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 187.
[3] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 106.
4 فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص119.
5 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص107.

تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام أو إذا ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية".[1]

والملاحظ أن الغبن كعيب من عيوب الإرادة يؤدي الى قابلية العقد للإبطال إلا أن المشرع التونسي رتب جزاء جنائي لأن الطرف الآخر استخدم طرقا احتيالية خدع بها المستهلك.[2]

ثانيا: الإكراه.

يعرف الإكراه بأنه ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد، والإكراه يعيب الإرادة فيجعل رضا الشخص غير سليم حيث يفقده الحرية والاختيار.

والإكراه ليس بذاته هو الذي يفسد الإرادة ويعيب الرضا، وإنما يفسدها ويعيبها ما يولده الإكراه في نفس المتعاقد من خوف ورهبة، ولكي يعتبر الإكراه عيبا من عيوب الإرادة لابد أن تتوافر فيه شروط وهي أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق وأن تكون الرهبة دافعة إلى التعاقد، واتصال المتعاقد الآخر بالإكراه.[3]

أقر المشرع الجزائري من خلال المادة 88 من القانون المدني الإكراه واعتبره عيبا من عيوب الإرادة، ويجوز طلب إبطال العقد للوقوع في الإكراه حيث من خلال هذه المادة يتبين أن الرهبة أو الخوف تتولد من أفعال معينة مكونة من الإكراه صادرة عادة من شخص وموجهة إلى شخص آخر بقصد حمله على التعاقد.[4]

والإكراه يشتمل على عنصرين أساسيين، الأول، يتمثل في العنصر المادي أي الموضوعي وهو استعمال وسائل ضاغطة على حرية الإرادة مادية كانت كالضرب والعنف، أو نفسية كالتهديد بالأذى، أي تلك الرهبة الظاهرة التي تصور للشخص المكره بأن خطرا جسيما يهدده هو شخصيا أو يهدد أقاربه سواء بالحاق ضرر مادي بجسمه أو نفسي يمس شرفه.

---

1 القانون رقم 83 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، المؤرخ في 19 أوت 2000، الفصل خمسون منه.
2 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 189.
3 المرجع نفسه، ص 189.
4 نصت المادة 88 من القانون المدني الجزائري "يجوز ابطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينه بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.
وتعتبر الرهبة قائمة على بينة، إذا كانت ظروف الحال تصور الطرف الذي يدعيها أن خطر جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.
- يراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخر التي من شأنها أن تؤثر جسامة الإكراه.

والثاني، فيتمثل في العنصر المعنوي، بحيث لا بد أن يكون التهديد من شأنه أن يبعث في نفس المتعاقد رهبة وخوف ويراعى في ذلك جنس من وقع عليه التهديد – ذكر أم أنثى – كما يراعي سنه، علمه، جهله، صحته ومرضه.

ويشترط في الإكراه الذي يعيب الإرادة استعمال وسيلة من وسائل الإكراه وأن تحمل الرهبة المتعاقد الآخر على ابرام العقد وأن يصدر الإكراه من المتعاقد أو على الأقل أن يكون متصلا به.[1]

أما في التعاقد الالكتروني فالإكراه مستبعد أو غير متصور لأن التعاقد الالكتروني يتم بين طرفين يفصل بينهما مكان ويجمع بينهما مجلس عقد حكمي وليس حقيقي وإن كان من الممكن حدوثه أحيانا بسبب التبعية الاقتصادية حيث يضطر المتعاقد الى ابرام العقد تحت سيطرة المنتج على هذا النوع من السلع كما يمكن تصور ذلك بصدد توريد المنتج واحتكار انتاجه ثم بيع قطع غياره بشروط مجحفة، ويضطر المتعامل إلى قبولها حيث لا بديل له سوى قبول ذلك.[2]

1 فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص116.
2 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 190، وفي نفس المعنى، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 108.

الفصل الثاني: توافق الإرادتين في العقود الإلكترونية

من خلال دراسة أحكام وجود الإرادة في العقود الالكترونية، تبين أنه لا بد لتمام تلك العقود من صدور إيجاب من أحد المتعاقدين يعقبه قبول من المتعاقد الآخر، وبعد ذلك لا بد من توافق و تطابق الإيجاب و القبول ، و لذلك نعمد من الفصل الثاني لدراسة توافق وتطابق الإرادتين في العقود الإلكترونية ، مقسمين الدراسة إلى ثلاث مباحث ، الأول ، يخصص لدراسة الإيجاب الإلكتروني من حيث التعريف و الخصوصيات التي تميزه عن الإيجاب التقليدي، والثاني يخصص لدراسة القبول الإلكتروني بنفس النهج، أما المبحث الثالث فنتطرق فيه إلى كيفية تطابق الإيجاب والقبول الإلكترونيين مفصلين في مسائل زمان إبرام العقود الإلكترونية و مكانها و أحكام مجلس العقد الإلكتروني من حيث تعريفه و تحديد فترته و طبيعته القانونية.

المبحث الأول: الإيجاب في العقود الإلكترونية

يعتبر الإيجاب المرحلة الأولى في إبرام العقود فهو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث ينعقد العقد بمجرد صدور القبول[1]

أما الإيجاب الإلكتروني فيتميز عن الإيجاب التقليدي في أنه يتم باستخدام وسيط إلكتروني من خلال شبكة الانترنت هذه الميزة جعلته يتميز بخصوصيات تثير جملة من المشكلات النوعية نظراً للآثار التي تترتب عنه. ولعل أهم هذه المشكلات التمييز بين الإيجاب الإلكتروني والدعوة إلى التفاوض وللتقاعد.[2]

لذا سنخصص المطلب الأول للحديث عن مفهوم الإيجاب الإلكتروني، والمطلب الثاني للحديث عن شروط الإيجاب الإلكتروني.

المطلب الأول: مفهوم الإيجاب الإلكتروني

ساهمت وسائل الاتصال الحديثة في التعبير عن الإرادة الكترونياً من خلال الشبكات الإلكترونية خاصة البريد والمواقع الإلكترونية.

ولما كانت العقود الإلكترونية تبرم عن بعد بين غائبين من حيث المكان فان استعمال شبكة الانترنت في التعاقد من شأنها القضاء على الفارق الزمني بين صدور الإيجاب وصدور القبول، فيتبادل الطرفان الإيجاب والقبول كما لو كانا مجتمعين في مجلس عقد واحد.[3]

لذا سنتطرق في الفرع الأول إلى تعريف الإيجاب الإلكتروني وفق القوانين المقارنة، وفي الفرع الثاني إلى تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الدعوة إلى التعاقد والتفاوض والفرع الثالث إلى القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني وحالات سقوطه.

الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني وخصوصياته

أولاً: تعريف الإيجاب الإلكتروني:

لم تأت معظم القوانين نصاً يعرف الإيجاب الإلكتروني، غير أنه يمكن ذكر بعض التعاريف في الاتفاقيات الدولية والقضاء والفقه.

1 علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موقع النشر، الجزائر، 2013ص 118
2 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 72
3 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 93

حيث عرفت اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع في المادة 140 منها للإيجاب بقولها" يعتبر إيجاباَ أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددا بشكل كاف وتبين منه اتجاه إرادة الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محددا بشكل كاف إذا بين البضائع، وتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية وللثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها، ولا يعتبر العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة للتعاقد، ما لم يكن الشخص الذي صدر منه العرض، قد أبان بوضوح عن اتجاه إرادته إلى خلاف ذلك".[1]

وقد عرف التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد لإيجاب في العقود الإلكترونية أنه " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة، بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان "

وقد أشار البند 213 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية الملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية إلى الإيجاب حيث نص "تمثل الرسالة ايجابيا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين أو معرفين على نحو كاف، وكانت تشير إلى نية مرسل للإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المقامة الكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك"[2]

أما على مستوى القضاء، فقد عرف الإيجاب الإلكتروني أنه عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث يكون ملتزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر"

أما على مستوى الفقه فهناك عدة تعاريف منها "الإيجاب تعبير بات عن الإرادة الأولى التي تظهر في العقد عارضة على شخص آخر إمكانية التعاقد معه ضمن شروط معينه ".[3]

ومنها أيضا، أن الإيجاب الإلكتروني باعتباره يتم عن بعد باستعمال وسائل الاتصال الحديثة يمكن أن يتم عبر البريد الإلكتروني عن طريق إرسال رسالة إلى أشخاص محددة كما يمكن أن يتم عبر المواقع الإلكترونية، كما يمكن أن يتم عن طريق المحادثة والمشاهدة المباشرة.[4]

1 إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 78
2 سمير حامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 104
3 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 94.
4 فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص 26-27

وهناك من التعريف الفقهية كذلك من يشير إلى أنه ويقع على الموجب في إطار عقود التجارة الإلكترونية التزام قانوني يتمثل في الالتزام بإعلام وتبصير المستهلك، إذ لابد أن يتضمن إيجابه وصفا دقيقا وواضحا للمنتج أو الخدمة، وذلك بتحديد الاسم والكمية والنوع وأن يكون ذلك مقرونا بالصور والرسوم الملونة التي تفرض صفات وخصائص المنتج بدقة ووضوح إضافة إلى بيان الثمن والعملة التي يدفع بها وما كان هذا الثمن يشمل أولا نفقات النقل.

وهذا حتى لا يندفع المستهلك إلى التعاقد غير متبصر بالتزاماته أو تعهداته المستقبلية.

فالالتزام بالإعلام أو النصيحة ورد في القانون الفرنسي الخاص بحماية للمستهلك فهو التزام تعاقدي، والإخلال به قد يؤدي إلى فسخ العقد إضافة إلى أن المستهلك الذي أصابه الضرر يمكنه أن يطالب بالتعويض عن هذه الأضرار متى كان لهذا التعويض مقتضى.[1]

ثانيا: خصوصيات الإيجاب الإلكتروني:

مبدئيا يمكن القول ان الإيجاب الإلكتروني يخضع لنفس القواعد التي تنظم الإيجاب التقليدي، لكنه يتميز ببعض الخصائص تتعلق بطبيعته وكونه من خلال شبكة عالمية للاتصالات والمعلومات حيث تسمح هذه الطريقة لمن يصدر الإيجاب باستخدام وسائل الإيضاح البياني الأكثر ملائمة بالنسبة لأنواع معينة من البيوع. حيث يجب على الموجب في ظل استعمال هذه الوسائل أن يحترم مقتضيات الشفافية والوضوح التي تفرضها القوانين الحديثة حتى لا يمكن وصفه بالإيجاب المضلل حيث اشترط قانون الاستهلاك الفرنسي مثلا أن تكون صورة للشيء المبيع يعبر تعبيراً أمينا عن هذا الشيء، وهذا ما يمكن أن يتحقق باستعمال تقنية صور ثلاثية الأبعاد.[2]

هذا ويمكن إيجاز خصاص الإيجاب الإلكتروني كالتالي:

1 عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، العلامات التجارية، حماية المستهلك من الغش التجاري والتقليد، حق المؤلف الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2005، ص 25

2 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص97

أ/ الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد عبر وسيط الكتروني:

إن إبرام العقد الإلكتروني باستعمال وسائل اتصال حديثة يجعله عقدا مبرما عن بعد، وعليه يكون الإيجاب صادرا عن بعد وهو يخضع لقواعد حماية المستهلك في العقود عن بعد، وقد أشار التوجيه الأوروبي رقم 97/07 إلى هذا القواعد.[1]

وباعتبار الإيجاب الإلكتروني يتطلب وجود وسيط الكتروني وهو مقدم الخدمة والذي قد يكون سمعيا أو بصريا أو مصورا أو مكتوبا، فان هذا يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم الخدمة، بل هناك آخرون يشاركون في تلك الخدمة ومنهم عامل الاتصالات وهو ما يصعب من معرفة هوية وشخصية الموجب.[2]

ب/ الالتفاف حول الطابع الجازم للإيجاب لتحقيق أغراض معينة

لقد وفر استخدام الانترنت على البشرية الوقت والجهد من خلال العلم بالمستجدات في العام دون إعطاء أهمية لعوائق الحدود التي كانت في السابق تحول دون تقدم التجارة، وفي هذا السياق نجد أن الإيجاب الإلكتروني يختلف عن التقليدي بكونه لا يأتي ضمن تصور واحد وذلك انسجاما مع تعدد أشكال البيانات عبر الشبكة، فهناك العرض العام والعرض الخاص، وتبعا لذلك يلاحظ أن للإيجاب الإلكتروني ميزة استهداف العرض لأشخاص معينين وهو ما يسمى بالإيجاب الخاص ويتم في الغالب في عروض التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو برنامج المحادثة، و ذلك في الحالة التي يرغب فيها التاجر أن يخص بالإيجاب الأشخاص الذين يرى أنهم يهتمون بمنتوجه فيقوم بإرسال رسالة إلكترونية إلى صناديق البريد الإلكتروني الخاصة بهم و من ثم سيعلم المرسل إليهم بالعرض فور فتح صندوق البريد الإلكتروني ما يسمح للمرسل إليه بالرد على الرسالة بالقبول أو الرفض أو السكوت عليها ، هذا وقد يكون الإيجاب عاما موجها إلى أشخاص غير محددين و ذلك ما يحدث عادة عبر مواقع الويب التجارية المنتشرة بكثرة على شبكة الإنترنت.[3]

ج/ استمرارية الإيجاب الإلكتروني

يتميز الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي من حيث الاستمرارية، إذ يقتصر الإيجاب بالطرق التقليدية على مدة زمنية معينة، فيما يستمر الإيجاب عبر شبكات الانترنت

1 ناصر جهودي، النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الانترنت (رسالة دكتوراه)كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 157
2 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 252
3 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 99، 100.

على مدار الأربع وعشرون ساعة، وعلى كافة بقاع الأرض حيث يستطيع الموجه له الإيجاب في كل وقت أن يعود ليقرأ مرة أخرى الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني أو صندوق البريد الإلكتروني.[1]

الفرع الثاني: تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الدعوة إلى التعاقد والتفاوض

قد ينتج عن المرحلة السابقة على التعاقد الإلكتروني الكثير من صور التعبير عن الإرادة ومنها ما يعتبر دعوة إلى التفاوض، ومنها ما يعتبر إيجابا تاما ينعقد به العقد بمجرد قبوله أي أن الدعوة إلى التفاوض والإيجاب كليهما تعبير عن الإرادة، وتبدوا أهمية التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض من خلال أن الدعوة إلى التفاوض تدل على أن الأمر مازال في مرحلة التفاوض على العقد وبالتالي فالأطراف غير ملزمة بإبرام العقد، أما الإيجاب فإنه يدل على الخروج من دائرة التفاوض والدخول في مرحلة إبرام العقد.[2]

كما أن القانون لا يرتب بحسب الأصل أي أثر قانوني على المفاوضات إذ من حق المتفاوض أن يقطع المفاوضة في أي وقت، ولا مسؤولية عليه في هذا المسلك وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية.[3]

ويقصد بالدعوة إلى التعاقد، العرض الذي يتقدم به شخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره وشروطه، أما الإيجاب فهو التعبير عن إرادة باتة ويتضمن جميع عناصر العقد الأساسية.

هذا وتوجد صعوبة كبيرة من الناحية العملية، حول مسألة الإعلانات التي تنشر عبر شبكة الانترنت والتفرقة بين ما إذا كان هذا الإعلان إيجابا بالمعنى(الحقيقي) القانوني للكلمة أم مجرد دعوة إلى التفاوض والتعاقد وهو ما يثير التساؤل حول المعيار المعتمد للتفرقة بين الإيجاب الإلكتروني والدعوة للتعاقد.

يذهب جانب من الفقه إلى أن الفارق بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض هو فارق وظيفي، فوظيفة الدعوة إلى التفاوض هو مجرد الإعلان من صاحبها عن الرغبة في التعاقد بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة، بينما يرمي الإيجاب إلى صياغة مشروع محدد المعالم ويوجه إلى شخص أو أشخاص معينين، ويكون قابل للتحول إلى عقد متكامل الأركان

1 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 99.
2 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 328.
3 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 75.

بمجرد إعلان من يوجه إليه عن قبوله، وأن العرض الذي يخلو من تحديد الشخص هو بمثابة دعوة إلى التفاوض.[1]

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الفرق يكمن في توافر النية الجازمة في التعاقد، وذلك بالتعبير عن رغبة جديدة ونية جازمة في التعاقد فيعد ذلك إيجابا، أما إن لم تتوافر تلك النية فيعد ذلك مجرد دعوة للتعاقد أي مجرد عرض يخلو من الجزم.

ويرى غالبية الفقه أن التفاوض في العقد ينتهي في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب، فعندما تنتهي المفاوضات يوجه أحد المتعاقدين إيجابا فإذا صادفه قبول انعقد العقد.[2]

هذا ويميز الفقه والقضاء الفرنسي بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد، ويعتبر عملية تفسير العروض الأولية مسألة من اختصاص محكمة الموضوع ولا تخضع لرقابة محكمة النقض، ويسترشد القانون الفرنسي ببعض المعايير في حالة العرض الذي يكتنه الغموض، فكلما كان العرض واضحاً كلما كان احتمال اعتباره إيجابا كبيرا، ويعتبر العرض مجرد دعوة للتعاقد إذا استخدم الموجب عبارات يوسع فيها من حريته ولا تشير إلى أي التزام من جهته.[3]

أما القانون الإنجليزي فقد أقر التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد باستخدام معيار أسلوب صياغة العرض والعبارات المستخدمة فقد لا ترتب العبارات التي يستخدمها أحد الأطراف أي أثر قانوني بقدر ما تعتبر ارتباط أخلاقي فيما بينهم وقد تعتبر تلك العبارات إيجاب كلما كان العرض المقدم محتويا على تفاصيل مختلفة.

أما في القانون الأمريكي فأساس التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد هو معيار القطعية، فإذا استوفى العرض المقدم شرط القطعية يكون إيجاب وإن لم يستوفي ذلك عد مجرد دعوى إلى التعاقد.[4]

الفرع الثالث: القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني وحالات سقوطه

الإيجاب الإلكتروني لا ينتج أثره بمجرد صدوره، بل لا بد من عرضه عبر وسيط إلكتروني و غالبا على موقع إلكتروني عبر شبكة الانترنت عن طريق استهداف التاجر بالإيجاب الأشخاص الذي يرى أنهم يهتمون بعرضه، فالتاجر يرسل رسالته الالكترونية إلى

[1] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 328.
[2] المرجع نفسه، ص 329.
[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص 329.
4 المرجع نفسه، ص 334

البريد الالكتروني الخاص بالأشخاص، فعندما يفتح المرسل إليه بريده الإلكتروني فسيعلم بهذا العرض، وفي هذه اللحظة تبدأ فعالية الإيجاب بحيث تكون للمرسل إليه الحرية في قبول العرض أو رفضه، وبالتالي يترتب حق لموجه الإيجاب الإلكتروني في سحب إيجابه إذا لم يقترن بأجل للقبول، وإذا لم يصدر قبول مطابق.[1]

لذا سنتطرق أولا إلى القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني، وثانيا إلى حالات سقوط الإيجاب الإلكتروني.

أولاً: القوة الملزمة للإيجاب

الأصل في الإيجاب أن ليس له قوة ملزمة، فالموجب له الحق في التراجع عن إيجابه إذا لم يقترن بقبول مطابق له، غير أن الأمر ليس كذلك إذا أقترن الإيجاب بمدة معينة، ففي هذه الحالة يجب على الموجب أن يبقي على إيجابه خلال هذه المدة باعتبار أن المحافظة على استقرار المعاملات التجارية هي من فرضت عليه هذا الالتزام، أما الإيجاب غير المقترن بأجل فلا بد من التفريق بين إذا كان موجهاً إلى شخص واحد فيكون صاحبه ملزم باحترام أجل معقول يستنبط من ظروف الحال، أما إذا كان موجه إلى الجمهور عبر موقع إلكتروني فيمكن التراجع عنه بكل سهولة.[2]

ثانياً: حالات سقوط الإيجاب

يتكون العقد الإلكتروني نتيجة تطابق الإيجاب والقبول، غير أن هناك يسقط فيها الإيجاب وفي هذا الصدد نشير إلى هذه الحالات في القواعد العامة المطبقة على العقود التقليدية كونها تتطبق على الإيجاب الإلكتروني، والملاحظ في القانون المدني الجزائري أنه تطرق إلى حالات سقوط الإيجاب في المواد من 63 إلى 65 والتي من خلالها يمكن التمييز بين حالتين:

أ – سقوط الإيجاب بعدول الموجب عنه ما لم يرتبط بقبول أو علقه على أجل أو شرط.

ب– سقوط الإيجاب إذا رفضه من وجه إليه وذلك في الحالات التالية.

ب – 1 موت من صدر عنه الإيجاب أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره.

1 أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر2002، ص 131، وفي نفس السياق، أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 70.
2 ناصر حمودي، المرجع السابق، ص 75

ب – 2 إذا انتهت مدة الإيجاب ولم يقترن بقبول.

ب – 3 إذا عدل القبول من الإيجاب القائم أو قيده، حيث يعتبر القبول الذي يعدل الإيجاب إيجاباً جديداً.

ب – 4 انقضاء مجلس العقد دون صدور قبول من الموجه له.[1]

المطلب الثاني: شروط الإيجاب الإلكتروني

يشترط في القواعد العامة كي يكون التعبير عن الإرادة إيجابا شرطين: الأول، أن يكون محدداً أو دقيقاً أي يتضمن كل شروط العقد، وبإمكان الموجه له الاطلاع بدقة على مضمون العقد المعروض عليه، والشرط الثاني، أن يكون التعبير عن الإرادة باتا نهائيا أي ينطوي على نية الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به.[2]

وإن كانت شروط الإيجاب الإلكتروني لا تختلف مبدئياً عن الشروط المذكورة في القواعد العامة، إلا أنها تتسم بنوع من الخصوصية، كما يمكن استنباط بعض الشروط من خلال المواد 111، 114، 121 من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة 100 من التوجيه الأوروبي رقم 3/2000 بشأن التجارة الإلكترونية والمادة 25 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات الإلكترونية.[3]

ومن خلال هذه النصوص يمكن تصنيف شروط الإيجاب الإلكتروني إلى شروط خاصة بالشكل، وأخرى خاصة بالمضمون.

الفرع الأول: الشروط الخاصة بشكل الإيجاب.

إن صدور الإيجاب الإلكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة يقتضي توفر بعض الشروط المتعلقة بالوسيلة المستعملة والأسلوب المستعمل واللغة المستعملة.

1 فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص 29-30
2 بلحاج العربي، النظرية العامة في الالتزام في القانون المدني الجزائري(الجزء الأول)التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2001، ص 69
3 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 112

أولاً: الوسيلة المستعملة

حسب القواعد العامة لا توجد طريقة معينة يمكن تحديد البضاعة بواسطتها، إنما يمكن أن يتم ذلك بكافة الطرق السائدة في التعامل الدولي بما فيها وسائل الاتصال الفوري الحديثة، إلا أنه ينبغي على مقدم الخدمة أو المنتوج أن يقوم بإعلام المستهلك باستعمال وسائل مناسبة وفعالة تسمح بفهم مضمون الإيجاب بكل سهولة.[1]

ثانياً: الأسلوب المستعمل

يجب أن يتم الإيجاب بأسلوب مكتوب يسمح بحفظ الشروط التعاقدية الواردة فيه على دعامة إلكترونية بحيث يمكن استرجاعها مرة أخرى، كما يجب أن يكون العرض بأسلوب إلكتروني وبعبارات واضحة لا يشوبه أي غموض.[2]

وهناك من يرى أنه لتفادي الوقوع في عقود الإذعان يجب أن يحرر الموجب إيجاباً عبر الانترنت يراعي فيه عدة عناصر ومن بينها، استعمال الخط العريض والحروف الكبيرة، استعمال نصوص قصيرة عند تحريره، استعمال الجمل البسيطة، استعمال مخطط للتفرقة بين العناصر المهمة، وهي عناصر تساعد على التأكد من نية الموجب وتوضح العناصر الأساسية للعقد.[3]

ولما كان الإيجاب يتم بواسطة وسيلة سمعية أو مرئية أو سمعية مرئية فانه يمكن الاستعانة كذلك بالصور المعروضة المثبتة وكذا بالصوت، بحيث يجب أن تعبر الصور تعبيراً واضحا عن المنتج وأن يبين الحجم والوزن والصفات، بحيث من خلال الصورة يتم التعرف على المبيع معرفة كاملة نافية للجهالة.[4]

ثالثاً: اللغة المستعملة

باعتبار أن الإيجاب الإلكتروني دولي عابر للحدود فإن اللغة المستعملة لها أهمية بالغة في إطار العقود الإلكترونية، الأمر الذي يؤدي إلى التساؤل حول اشتراط استعمال لغة معينة في التعبير عن الإيجاب الإلكتروني. ؟

1 عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، وحجتها في الإثبات المدني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان،1997، ص 103.
2 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 113.
3 ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت(رسالة الدكتوراه) كلية الحقوق تبزي وزو، جامعة مولود معمري،2009، ص 161 .
4 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 114.

لا شك أن نظام المعلومات يعتمد كثيراً على اللغة الإنجليزية والتي غالبا ما توضع بها البرامج المعلوماتية وغالباً ما يتم توزيع هذه البرامج حول العالم، لاسيما في الأسواق العربية فقد لا يفهمها المستخدم أو يصعب عليه فهمها لما تحتويه من مصطلحات فنية وقانونية غريبة عليه، رغم ذلك لم يستطع نظام المعلومات توحيد اللغات المختلفة للشعوب عالميا أو إقليميا أو حتى محلياً.[1]

إلا أن المواقع المختلفة في شبكة الانترنت تعمل على ترجمة صفحاتها بأكثر من لغة لتمكين المستخدمين من الدخول إلى مواقعها والتجول ضمن صفحاتها.[2]

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بمضمون الإيجاب

نصت الفقرة الأولى من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980 بقولها" يعتبر إيجاباً أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددا بشكل كاف وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محدد بشكل كاف إذا بين البضائع وتضمن صراحة أو ضمناً تحديدا للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها"[3]

يفهم من هذه المادة أنه يشترط في الإيجاب الإلكتروني كما هو الحال في الإيجاب التقليدي أن يكون دقيقا يحدد المسائل الأولية للعقد المراد إبرامه، ولا يثير أية شكوك في عزم موجهه على التعاقد إذا ما اقترن به قبول مطابق.[4]

أولاً: الدقة في الصياغة

لكي يتحقق شرط الدقة في صياغة الإيجاب الإلكتروني ينبغي أن يحدد الإيجاب الإلكتروني المسائل الجوهرية في العقد وإلا أعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد، ويمكن حصر هذه المسائل في تحديد هوية الأطراف، وصف المنتج أو الخدمة تحديد الثمن، تحديد طريقة التعاقد.[5]

1 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 114
2 عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الإنترنت، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، ص 133
3 خالد صبري الجنابي، نفس المرجع، ص 53-54
4 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 116
5 محمد أمين الدوجي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2004، ص 97

أ-تحديد هوية المتعاقدين:

بما أن الإيجاب الإلكتروني يتم عبر تقنيات الاتصال الحديثة فإن المتعاقدين لا يتعرفان على بعضهما البعض إلا عبر هذه التقنيات، مما يعني أن معرفة المتعاقد الآخر الشخصية تظل بعيدة عن الوضوح والشفافية طالما أنه لا يتحدث مباشرة مع الطرف الآخر في العقد[1]

في هذا الإطار يكون من الواجب على الموجب في نطاق مبدأ حسن النية والثقة أن يعلم المستهلك بكافة بياناته التي تحدد شخصيته بطريقة قاطعة.

ولقد فرضت المادة 121 – 8 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر بموجب المرسوم رقم 2001/741 عام 2001 على الموجب أو المحترف أن يدلي بكافة البيانات التي تحدد شخصيته بوضوح لا غموض فيها للمستهلك مثل اسم الشركة، طبيعتها القانونية، عنوانها، مقرها الرئيسي، وتوضيح أنه مسؤول عن الإيجاب المعلن[2] وسار على هذا النحو قانون المعاملات الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 حيث تنص المادة 25 منه أنه يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة قبل إبرام العقد المعلومات التالية: هوية وعنوان وهاتف البائع أو مؤدي الخدمة.[3]

ب-وصف السلع أو الخدمة:

يتعين على الموجب وصف المنتج أو الخدمة محل العقد وصفاً دقيقا يتحقق بموجبه علم المستهلك بمحل العقد علما كافيا نافيا للجهالة حيث ألزمت المادة(01-111) من تقنين الاستهلاك الفرنسي السابق ذكره للموجب بتبصير المستهلك بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة محل التعامل.[4]

كما ألزمت المادة 25 من قانون المعاملات الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 20 البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر المستهلك طبيعة وخاصيات وسعر المنتج.

1 الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 84.
2 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 79
3 المادة 25 من قانون المبادلات التجارية الالكترونية التونسي قانون عدد 83 لسنة 2000
4 لزهر بن سعيد، المرجع نفسه، ص 79

ج-ثمن السلعة أو الخدمة:

يشترط في الإيجاب الإلكتروني أن يتضمن تحديد ثمن كل منتج أو ثمن كل خدمة وفقا لمحل هذا الإيجاب.

وقد نصت المادة 3/113 من قانون الاستهلاك الفرنسي على وجوب تحديد الثمن مشمولا على كافة الرسوم " TTC " بالعملة المتداولة في قطر الجمهورية الفرنسية.[1]

كما نصت المادة 25 من قانون المبادلات الإلكترونية التونسية رقم 83 لسنة 2000 على أن البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية ملزم بتوضيح كلفة تسليم المنتج ومبلغ تأمينه...إلخ.

د-تحديد طريقة التعاقد:

على الموجب أن يحدد في إيجابه الطريقة الواجب إتباعها للتعاقد ومراحل إبرام العقد وإلا أعتبر عرضه مجرد إعلان.

ثانياً: اتجاه الإرادة للتعاقد:

إن التعبير عن الإيجاب يعد تعبيرا عن إرادة اتجهت قانونا إلى التعاقد بحيث يتحقق الرضا بمجرد تلاقي هذا التعبير مع إرادة أخرى تشاركه في نفس الاتجاه.

يتحقق اتجاه نية الموجب للتعاقد إذا أبدى عن نيته بشكل كامل ومحدد، وذلك بأن تكون عبارات الإيجاب دالة على العزم والتصميم النهائي على إتمام العقد، وبذلك يوصف الإيجاب بكونه بات ونهائي يؤدي إلى إبرام العقد بمجرد صدور قبول مطابق.[2]

ثالثا: تحديد مدة الإيجاب:

الأصل في الإيجاب التقليدي أنه غير ملزم قبل وصوله إلى علم الموجه إليه، فالموجب له أن يعدل عن إيجابه طالما لم يقترن بقبول، غير أنه يكون الإيجاب ملزما إذا عين ميعاد القبول من الموجب فيكون هذا الأخير ملزماً بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي الميعاد.[3]

1 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 119
2 ناصر حمودي، المرجع السابق، ص 161
3 نور الهدى مرزوق، المرجع نفسه، ص 120

وبخصوص العقد الإلكتروني فينبغي الخروج عن القواعد العامة بأن يتم إلزام الموجب بأن يحدد الوقت اللازم لصلاحية إيجابه، وأن يقوم بإعلام المستهلك بهذا الوقت.

والموجب في الإيجاب الإلكتروني له الرجوع عن إيجابه، ويكون ذلك بسحبه من موقع عرضه على شبكة الانترنت بشرط أن يعلن عن رغبته في الرجوع عن الإيجاب إذا لم يكن مقترنا بأجل.[1]

إن الإيجاب الإلكتروني لا يختلف عن الإيجاب التقليدي، وإن اختلفا في الوسيلة المستعملة، فالعروض التي تقدم عبر الانترنت وإن وجدت صعوبة في تكييفها بين الإيجاب أو الدعوة إلى التعاقد والتفاوض إلا أنها لكي تعتبر إيجابا صحيحا لابد أن تتوفر فيها شروط الإيجاب التقليدي.[2]

لابد أن يطابق الإيجاب الإلكتروني على النحو السابق تفصيله في المبحث الأول، قبولا لا بد أن يكون مطابقا له، ولذلك نتطرق في المبحث الموالي إلى القبول الإلكتروني" المبحث الثاني".

1 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 81.
2 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 115

المبحث الثاني: القبول في العقود الإلكترونية

القبول هو الإرادة الثانية في العقد الإلكتروني التي تطابق الإيجاب، والتي بدونها لا ينعقد لذلك كان لزاما أن يصدر القبول جوابا للإيجاب ومطابقاً له في المسائل الجوهرية.[1]

لذا من أجل الإحاطة بالجوانب القانونية للقبول الإلكتروني ارتأينا تقسيم المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول نتحدث فيه عن مفهوم القبول الإلكتروني، والمطلب الثاني نتكلم عن شروط القبول الإلكتروني.

المطلب الأول: مفهوم القبول الإلكتروني

إن القبول في القواعد العامة هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على الإيجاب، إذ لا ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين، لذلك لكي ينتج القبول أثره لابد أن يطابق الإيجاب، لذا فالقبول هو التصرف الذي يعلن بمقتضاه الموجب له إرادته بالموافقة على التعاقد.[2]

أما القبول في العقود الإلكترونية فإنه لا يخرج عن مضمون هذا المفهوم سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الانترنت، فهو قبول عن بعد لذلك يخضع للقواعد التي يخضع لها العقد التقليدي، وإن كان يتميز ببعض الخصوصية الراجعة إلى طبيعته الإلكترونية، هذه الخصوصية التي أدت إلى إثارة جملة من التساؤلات والتي من بينها صلاحية السكوت لأن يصلح تعبيرا عن القبول الإلكتروني.[3]

لذا سنخصص هذا المطلب للحديث عن ثلاث نقاط ذات أهمية وهي تعريف القبول الإلكتروني، وطرق التعبير عن القبول الإلكتروني وصلاحية السكوت أن يكون تعبيرا عن القبول الإلكتروني.

الفرع الأول: تعريف القبول الإلكتروني

عرفت اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع القبول في المادة 01/18: "يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب"[4]

1 خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص 69
2 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 84
3 المرجع نفسه، ص 85.
4 الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 96، وفي نفس المعنى، يمينة حوحو المرجع السابق، ص 87.

أما بالنسبة لقانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية "الأونسيترال" لم يورد أي تعريف، واكتفى بالنص على جواز التعبير عن الإيجاب والقبول عبر مختلف وسائل المعلومات.

حيث جاء في نص المادة 11 منه على جواز استخدام رسالة البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 01/14 من قانون الأونسيترال أضافت شيئا للمفهوم يتمثل في أنه تنسب إرادة القبول إلى المتعاقد إذا كان هو الذي أرسلها عبر تقنيات للاتصال الحديثة سواء بنفسه أو بواسطة نائب عنه.[1]

كما أن المشرع التونسي من خلال الفصل الأول من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية رقم 83 لسنة 2000 اعتبر العقود الإلكترونية مثل العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون.[2]

الفرع الثاني: طرق التعبير عن القبول الإلكتروني

توجد طرق محددة يكون لها الأثر في إثبات القبول من عدمه، وهذه الطرق تكون إما عن طريق الموقع وإما عبر الرسائل الإلكترونية.[3]

أولاً: القبول الإلكتروني عبر الموقع:

تمكن تقنية المعلوماتية المستخدمة على الشبكة عند التعاقد عبر الموقع الإلكتروني من وقوع القبول الإلكتروني بصفة مباشرة عبر تقنية التحميل عن بعد أو ملأ الفراغ المخصص بإحدى العبارات التي تعبر عن القبول، لذلك يجب الضغط عن الأيقونة مرتين ونظام النقر مرتين على الأيقونة هو تقنية آلية مستخدمة في الكمبيوتر باعتبار أن الضغط على الأيقونة على الموقع يتم آليا، كذلك يمكن التشكيك في القبول كإرادة صريحة خاصة وأن أخطاء اليد على الجهاز واردة، لهذا فإن القبول الإلكتروني يتم دائما بلمستين على الأيقونة حتى لا يدع أي شك وهو ما أكدته المادة 1365 من القانون المدني الفرنسي التي تستوجب أن يقوم القابل بمراجعة تفاصيل طلبه بما في ذلك الثمن وتصحيح الأخطاء الاحتمالية.[4]

1 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 123
2 الفصل الأول من قانون المبادلات والتجارية الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000.
3 لزهر بن سعيد، نفس المرجع، ص 87
4 يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 91

وفي هذا الصدد يرى الدكتور خالد صبري الجنابي رجح فكرة أن العقد ينعقد بمجرد الضغط على أيقونة القبول حتى في حالة اشتراط تأكيد القبول بإجراء لاحق، لأن التأكد لا يمكن أن يرد إلا على قبول قائم فعلا، وأهمية التأكيد تكمن في لفت انتباه البائع على رغبة المشتري أو المتعاقد على الشراء.[1]

ولما كانت عملية الضغط على الأيقونة على الموقع تتم بطريقة آلية فقد تشكك في وجود القبول كإرادة قائمة وصريحة لا سيما وأن أخطاء اليد على جهاز الكمبيوتر واردة، كما أن استعمال الكمبيوتر كآلة في حد ذاتها يشكك في مدى حقيقة ووجود القبول كتعبير عن الإرادة، خصوصا وأن الآلة معرضة في كل وقت إلى العطب، ولذلك فإن القبول الإلكتروني يتم دائما بلمستين على الأيقونة حتى لا يدع أي شك.

وهو ما يتضح من المادة 1365 مدني فرنسي السابق الإشارة إليها والتي تشير إلى ضرورة أن يقوم القابل بمراجعة تفاصيل طلبه بما في ذلك الثمن وتصحيح الأخطاء الاحتمالية " أ " وبعد ذلك يقوم بتأكيد قبوله عن طريق النقر على الأيقونة مرة ثانية " ب " وتلزم أيضا البائع أو الموجب بالقيام بتأكيد قبول المستهلك عن طريق إرسال إشعار بالاستلام " ج".[2]

أ-النقرة الأولى "مرحلة المراجعة":

أوجب نص المادة 1369-5 فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي أن يمر القبول بالمرحلة الأولية المتمثلة في النقرة الأولى من قبل المستهلك، وهي تعتبر كمرحلة مراجعة لما يحمله العقد من البيانات والمعلومات الخاصة به المتضمن طلب شراء، مثل المعلومات الخاصة بالمنتوج والثمن والتسليم والضمان إضافة إلى تصحيح الأخطاء التي تحدث عفوياً من المستهلك والصادرة عن أخطاء اليد أثناء العمل على جهاز الكمبيوتر.[3]

وحول نفس المسألة نجد المشرع التونسي نص على هذه المرحلة في المادة 27 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التي تضمنت " يتعين على البائع قبل إبرام العقد تمكين المستهلك من المراجعة النهائية لجميع اختياراته وتمكينه من إقرار الطلبية أو تغييرها حسب إرادته..."[4]

1 خالد صبري الجناحي، المرجع السابق، ص 88
2 يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 91 و92.
3 المرجع نفسه، ص92.
4 الفصل السابع والعشرون من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000.

أما عن النتائج التي تترتب عن النقرة الأولى، فإنه لا يترتب عنها أي أثر قانوني بمعنى أنها لا تعد قبولا من قبل المستهلك ولا يمكن اعتبارها تعبيرا عن إرادته فهي لا تؤدي إلى قيام العقد فهي مرحلة وضعت لحماية رضا المستهلك الإلكتروني.

ب-النقرة الثانية: تأكيد الطلب.

جاء في المادة 1369-5 فقرة 2 من القانون المدني الفرنسي أنه يتعين على المستهلك تأكيد طلبه مع المحترف كتابيا، ومن هذا النص يفهم أن مضمون النقرة الثانية يدل على تأكيد الطلب من قبل المستهلك كتابة حيث أن النقرة الثانية تمثل تأكيد الطلب من قبل المستهلك، ويتضمن تأكيد الطلب كل البيانات التعاقدية التي يكون المستهلك قام بمراجعتها مسبقا في النقرة الأولى، والتي يكون البائع عبر الشبكة أعلمه بها والخاصة بعملية التعاقد والمتضمنة أساسا هويته، ومعلومات حول المنتوج وطريقة الدفع وكيفية تسليم المنتوج وضمانات ما بعد البيع وحق الرجوع.[1]

وقد احتاطت بعض التشريعات من أجل التغلب على الصعوبات التي قد تكتنف إثباتا لمعاملات الإلكترونية بتنظيم يطبق على المستخدمين يقضي بأن يتم التعبير عن الإرادة سواء كان إيجابا أو قبولا بأسلوب الكتروني يسمح بحفظها واسترجاعها ثانية عند الضرورة عن طريق حفظها على دعامة الكترونية مستديمة، ومن هذه التشريعات القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التوقيع الإلكتروني والتوجيه الأوروبي رقم 1993/99 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني والقانون الفرنسي رقم 2000/230 المتعلق بإثبات المعاملات الإلكترونية [2]

يستخلص من نص المادة 1369-5 فقرة 2و3 من القانون المدني الفرنسي أن النقرة الثانية على الأيقونة تعد تعبيرا عن إرادة المستهلك في قبول العقد حيث ينتج آثاره القانونية المتمثلة في قيام العقد بين الطرفين ابتداءا من هذه للحظة عندئذ يكون كل طرف بائعا ومستهلكا ملزما بتنفيذ الآثار المترتبة عن عقد البيع الإلكترون.

ج-الإشعار بالاستلام:

يتعين على المحترف تأكيد طلب المستهلك من خلال رسالة مضمنة تفيد الإشعار بالاستلام، وهو ما نصت عليه المادة 1369-5 فقرة2 من القانون المدني الفرنسي، حيث أوجبت على المحترف القيام بتأكيد طلب المستهلك من خلال الإشعار بالاستلام في أقل مدة

1 يمينه حوحو، المرجع نفسه، ص 94
2 الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 105

ممكنة، وذلك بطريقة الكترونية بواسطة رسالة مضمنة تفيد بأنه استلم تأكيد الطلب الذي تلقاه منه، إلا أن الإشعار بالاستلام الصادر عن المحترف المتضمن تأكيد طلب المستهلك للعقد لا يدخل ضمن مرحلة تكوين العقد لأن عقد البيع الإلكتروني ينعقد بالنقر مرة ثانية على الأيقونة، ويمكن القول أن هذا الإجراء يعد شكلية تشمل على الالتزام بالإعلام ما بعد العقد.[1]

ثانيا: القبول عبر الرسائل الإلكترونية:

يمكن أن يتم القبول الإلكتروني عبر الرسالة الإلكترونية، بحيث وخلافا عن القبول الذي يتم عبر الموقع في مراحل متتالية، فإنه يمكن أن يتم القبول مباشرة عبر رسالة إلكترونية.

وفي هذا الصدد يمكن ملاحظة أن القانون المدني الفرنسي مثلا، نظم هذه الطريقة للقبول في المواد 1369 وما يليها والتي تنص على امكان ذلك.

هذا ويخضع صدور القبول عبر الرسائل الإلكترونية في تنظيمه للقواعد المنظمة للقبول بواسطة الكتابة، فمثلا أقرت المادة 60 من القانون المدني الجزائري بحرية التعبير عن الإرادة وصدورها من خلال الكتابة مهما كان نوعها سواء كتابة تقليدية أو إلكترونية، كما أن المادة 323 مكرر 1 من نفس القانون لم تلزم أن تكون الكتابة ورقية وأقرت أن الكتابة الإلكترونية في الإثبات لها نفس حجية الكتابة الورقية.[2]

أي أن صدور القبول عبر الرسائل الإلكترونية لا يختلف من حيث المفهوم عن صدوره عبر الرسائل التقليدية غير أنه يتميز أنه يصدر بطريقة الكترونية أي عبر البريد الإلكتروني.

وختاما يمكن القول أنه يشترط لقيام التعاقد الإلكتروني عبر الرسائل الإلكترونية أن يبدي الأطراف رغبتهما في استعمال الرسائل الإلكترونية كطريقة للتعاقد وأن يقوم الأطراف المتعاقدة بالإبلاغ عن عنوان بعضهما البعض المواد 1369 – 2 و 1369 – 3 من القانون المدني الفرنسي.[3]

بعدما تطرقنا في الفرعين الأول والثاني إلى تعريف القبول الإلكتروني وطريق التعبير عنه، نلاحظ أن ثمة بعض الإشكالات التي تثور حوله ومن بينها مدى صلاحية السكوت لان يكون تعبيرا عن القبول الإلكتروني، وهو ما نتطرق إليه في الفرع الثالث.

1 يمينه حوحو، المرجع السابق، ص 97.
2 المرجع نفسه، ص 101.
3 المرجع نفسه، ص 102.

الفرع الثالث: مدى صلاحية السكوت أن يكون تعبيرا عن القبول الإلكتروني

من المتفق عليه حسب القواعد العامة التي تنظم العقود أن السكوت المجرد من أي ظرف ملابس له لا يصلح أن يكون تعبيرا عن الإرادة، فالإرادة عمل ايجابي والسكوت شيء سلبي وليست إرادة ضمنية.[1]

لكن هل يمكن تطبيق هذه القواعد على العقد الإلكترونية؟، الملاحظ أن المسألة اختلفت الآراء الفقهية حولها، والتي يتم التطرق إليها في النقاط الموالية.

أولاً: صلاحية السكوت أن يكون تعبيرا للقبول الإلكتروني:

حسب أصحاب هذا الرأي فان سكوت أحد المتعاقدين مع وجود تعامل سابق بينهما عبر تقنيات الاتصال الحديثة يعد قبولا مقارنة بالقواعد العامة، فإذا وجه أحدهما إيجابا ولم يرد عليه الآخر وكان في صالحه اعتبر السكوت قبولا الكترونيا.[2]

وقد تطرق القانون المدني الجزائري إلى مسألة مدى اعتبار السكوت قبولا ضمن المادة 68 منه و التي تنص:" إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب.[3]

ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه وهو نفس الموقف الذي ذهب إليه المشرع المصري من خلال نص المادة 98 من قانون المدني المصري.[4]

ثانيا: عدم صلاحية السكوت أن يكون تعبيراً عن القبول الإلكتروني

حسب أصحاب هذا الرأي السكوت لا يصح أن يكون قبولاً استناداً لقاعدة " لا ينسب لساكت القول"

وهو الموقف الذي أخذت به المادة 18 فقرة 1 من اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، فحسب هذه المادة يعتبر قبولاً، أي بيان أو تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب، أما السكوت أو عدم قيام المخاطب بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما في ذاته قبولاً.[5]

1 خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص 84
2 فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص 34.
3 أنظر المادة 68 من القانون المدني الجزائري.
4أنظر المادة 98 من القانون المدني المصري
5 فاطمة عبد لي، المرجع نفسه، ص 35

ويعلل أصحاب هذا الموقف رأيهم بسهولة إرسال الإيجاب من خلال شبكة الانترنت سواء عن طريق موقع الويب أو عن طريق البريد الإلكتروني الذي قد يتسبب حسبهم بفرض التعاقد على الأشخاص الذين اعتادوا التعامل مع متجر افتراضي عبر شبكة الانترنت وذلك بمجرد إرسال التاجر رسالة الكترونية مقرونة بمدة معينة فالرد يعتبر بمثابة قبول بما جاء في الرسالة من إيجاب، ويضيف هذا الاتجاه أن التعامل السابق لا يكفي لاعتبارها من قبيل السكوت المُلابس في العقد الالكتروني.[1]

ثالثا: الموقف الوسط:

حسب هذا الاتجاه هناك حالات استثنائية يجب فيها أن يكون السكوت قبولاً الكترونيا على أن التعامل بها بمنتهى الحذر والحيطة نظراً للخصوصية التي يتميز بها القبول الإلكتروني في ظل البيئة الالكترونية نظراً لغياب الأطراف بحيث لن يتمكن أي طرف من التعرف على الطرف الآخر أصلاً.[2]

وفي الأخير وبعد التطرق إلى الآراء الفقهية يتبين أنه من الأفضل أن يكون القبول الالكتروني صريحا نظراً لحداثة التعاقد الالكتروني، ويتضمن توضيحا لبعض المسائل الخاصة لإتمام العقد كنوع السلعة أو الخدمة وطريقة للوفاء والتسليم وخدمة ما بعد البيع.[3]

للقبول الإلكتروني عدة شروط يجب توافرها حتى يمكن الاعتداد به، وهو موضوع المطلب الثاني.

المطلب الثاني: شروط القبول الإلكتروني

القبول بوصفه تعبير عن الإرادة لابد أن تتوفر فيه الشروط العامة التي تتعلق بوجود الإرادة والتعبير عنها واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني وأن يصدر والإيجاب لا يزال قائما وأن يقترن بالإيجاب ويكون مطابقا له.[4]

الفرع الأول –صدور القبول والإيجاب لا يزال ساريا.

يشترط لصحة القبول أن يصدر والإيجاب لا زال قائماً، فلا أثر للقبول إلا إذا صدر أثناء قيام الإيجاب، حيث نجد المادة 96 من القانون المدني المصري تشترط أن يتم القبول في مجلس عقد ويتواجد المتعاقدين في مجلس عقد واحد حقيقة أو حكماً، أما فيما يخص الإيجاب عبر الانترنت فانه في حالة تحديد موعد لقبول الإيجاب، فخلال هذا الموعد يجب أن يرتبط القبول بالإيجاب فإذا تأخر القبول لا يعتد

1 خالد صبري الجنابي، ص 85
2 ناصر حمودي، المرجع السابق، ص 168
3 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 92
4 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 143

به وهو ما جاء في مشروع القانون النموذجي بشأن المعاملات الالكترونية الذي أعدته لجنة الأونسيترال في البند 1،2،3 حيث جاء في البند 2 " يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب، خلال التوقيت المحدد."[1]

كما أكدت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع أنه في حالة عرض الموجب إيجابه عبر خدمات الاتصال المباشر أو أثناء المحادثة فيجب قبول الإيجاب الشفوي مباشرة إلا إذا تبين من الظروف خلاف ذلك.[2]

ويختلف وقت القبول الالكتروني حسب الوسيلة المستعملة فان عرض الموجب إيجابه عبر خدمات الاتصال المباشر عبر الانترنت كغرف المحادثة أو المكالمة الهاتفية فيجب أن يصدر القبول مباشرة أو أثناء المحادثة وقبل إتمامها فان انتهت من قبول انقضى الإيجاب ولا عبرة بالقبول الذي يصدر بعده.[3]

وقد أكدت اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع على وجوب قبول الإيجاب الشفوي مباشرة إلا إذا تبين من الظروف خلاف ذلك.

ويمكن أن يمتد وقت القبول إلى الوقت المحدد للإيجاب فان تأخر عن هذا الوقت فلن يعتد به، وهو المعمول به في وسائل الاتصال الحديثة كالبريد وموقع الويب.

وهو ما أكدته لجنة الأونسيترال في البند 2، 3 و4 من مشروع العقد النموذجي "يعتبر القبول مقبولاً إذا استلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروطا للإيجاب خلال التوقيت المحدد.

الفرع الثاني: مطابقة القبول للإيجاب.

حسب القواعد العامة لابد أن يطابق الإيجاب القبول لإبرام العقد أي لابد من الاتفاق على جميع المسائل والشروط المتعلقة بالعقد وعدم الاقتصار على بعض شروط العقد.[4]

والمقصود بالمطابقة هي المطابقة في الموضوع بشكل يكون صدور القبول بالموافقة على جميع المسائل الواردة في الإيجاب دون التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل الثانوية.[5]

---

[1] محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2009 ص149.
2 فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص 32
3 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 152-153
4 المرجع نفسه، ص143.
5 عباس العبودي، المرجع السابق، ص 132

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجده نص على هذه القاعدة في المادة 66 التي نصت: "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً".[1]

وقد سايرت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع السابق ذكرها هذه القاعدة وهو ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 19 منها "إذ انصرف الرد على الإيجاب إلى القبول، ولكن تضمن إضافات أو تحديدات أو تعديلات يعد رفضاً للإيجاب، ويشكل إيجابا مقابلاً"[2]

غير أن جل التشريعات أجازت انعقاد العقد بمجرد الاتفاق على الشروط الجوهرية حتى في ظل وجود مسائل تفصيلية تركت ليتم الاتفاق حولها في وقت لاحق بشرط ألا يتفق الطرفان على خلاف ذلك.[3]

أي أن أطراف العقد يمكنهما الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد، ويحتفظان بالمسائل الثانوية التي يؤجلان الاتفاق عليها لاحقا مع انعقاد العقد رغم وجود مسائل مؤجلة بينهما.[4]

حيث نصت المادة 65 من القانون المدني الجزائري " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط ألا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة."[5]

إن العقود الإلكترونية التي تبرم تكون في الغالب بين شخصين الأول محترف والثاني شخص عادي، وهو ما يترتب عنه اختلال في التوازن العقدي، ولذلك فقد اختلف الفقهاء في تحديد العناصر الجوهرية من العناصر الثانوية فتم التمييز بين المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي لتحديد المسألة.

أ-**المعيار الموضوعي:** وحسب هذا المعيار فان تحديد المسائل الجوهرية يعتمد على ما يقرره القانون، وما استقر عليه العرف في ذلك المجال، مثلا نوع هذا العقد، ومن ثم فلا دخل لنية الأطراف.[6]

تبنت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في مادتها 3/19 المعيار الموضوعي، فحددت على سبيل الحصر المسائل الجوهرية التي من شأنها أن تفسد القبول وتحوله إلى إيجاب جديد وهي: الثمن، طريقة

1 أنظر المادة 66 من القانون المدني الجزائري.
2 محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 141
3 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 144
4 بلحاج العربي، المرجع السابق ص 75
5 أنظر المادة 65 من القانون المدني الجزائري.
6 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 279

الدفع، كمية ونوع البضائع، محل العقد، مكان وزمان التسليم، مدى مسؤولية طرف اتجاه الآخر، طريقة تسوية النزاعات.[1]

إلا أن محكمة الاستئناف باريس قضت أن موضوع تحديد الثمن هي شروط خاصة لا تدخل ضمن العناصر الأساسية للعقد في نطاق المعلوماتية.[2]

ب-المعيار الشخصي:

يعتمد هذا المعيار على الإرادة المشتركة لطرفي العقد لتمييز المسائل الجوهرية عن الثانوية، ويتم الكشف عن هذه الإرادة بجميع الطرق ومنها المعاملات السابقة والظروف المحيطة بالعقد، وفي هذه الحالة يتم تأجيل الفصل في النزاعات حول تحديد العناصر الجوهرية والثانوية إلى القضاء للنظر فيها من خلال دراسة ظروف التعاقد.[3]

نظراً لعدم وجود معيار حاسم لتطبيقه في العقود الالكترونية لذلك يرى بعض من الفقه أن طريقة التعبير عن القبول هي التي تحدد المعيار الذي يؤخذ به حيث أن العقود التي تبرم عبر وسائل البريد الالكتروني وخدمات الاتصال تعطي نوع من الحرية للمتعاقدين في التفاوض للوصول إلى صيغة نهائية للعقد، وهو ما يمكن من تصور احتواء للقبول على تعديلات في الإيجاب بالنقص أو الزيادة أو اختلاف في المسائل الجوهرية وعندها العقد لا ينعقد لعدم تطابق الإيجاب والقبول، أما إذا تم الاتفاق على المسائل الجوهرية وتم تأجيل الاتفاق على المسائل التفصيلية دون اعتبار أن العقد غير منعقد يعتبر العقد مبرماً ويفصل قاضي الموضوع في المسائل التفصيلية إذا وقع خلاف بشأنها.[4]

يرى بعض الباحثين أنه يجب الجمع بين المعيارين، حيث يؤكد استعمال المسائل الجوهرية بمفهوم موضوعي ومفهوم شخصي في نفس الوقت، فيكون لدينا مفهوم جديد يتمثل في ضرورة توفر العناصر الأساسية للعقد والتي تخلفها يؤدي إلى عدم توافر أركان العقد مع توفر المسائل الإضافية التي تعتبر أساسية بحسب قصد المتعاقدين.[5]

1 نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2000، ص 43
2 نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2000، ص 11.
3 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع نفسه، ص 279
4 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 147
5 المرجع نفسه، ص 148.

الفرع الثالث–البت والجزم في القبول.

يجب أن تتجه إرادة القابل إلى الالتزام بالعقد، فالقبول هو تعبير عن الإرادة تماما كالإيجاب، وعليه يجب أن تكون هذه الإرادة جازمة متجه إلى تكوين العقد والالتزام به.[1]

أي يتضمن على نية قاطعة ممن صدرت منه تنصب على عناصر الإيجاب بقصد إنشاء العقد.

وعليه إذا صدر قبول عُلق على التروي أو التفكير أو تأييد جهة معينة فانه لا يصلح أن يكون قبولا منتجا يتم به العقد.[2]

الأصل أن التقاء الإيجاب بقبول مطابق له يكفي بحد ذاته لانعقاد العقد ويكون ملزما للطرفين طبقا لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" حيث يجوز لأحدهما العدول عن رأيه تحت طائلة تحمل المسؤولية.

وفي هذا الصدد يمكن التطرق إلى مسألة مدى إمكانية رجوع القابل عن قبوله وفسخ العقد، فبالرجوع إلى القانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر عن الأمم المتحدة، لا يوجد أي نص يجيز ذلك.

وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد المادة 106 من القانون المدني الجزائري نصت على أن العقد الصحيح لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.[3]

– أما بالنسبة لاتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع فنجد المادة 22 نصت على أن الرجوع عن القبول هو سحب القبول ويجوز ذلك إذا وصل طلب السحب إلى الموجب قبل الوقت الذي يحدث فيه القبول أثره أو في نفس الوقت.

– يفهم من هذه المادة أن وصول القبول إلى الموجب يعني أنه أحدث أثره القانوني، خصوصا أن القانون الموحد ربط بين الوقت الذي ينعقد فيه العقد والوقت الذي يحدث فيه القبول أثره بوصوله إلى علم الموجب، معنى ذلك أن الأصل هو عدم إمكانية الرجوع عن القبول بعد وصوله إلى الموجب إلا أنه إذا وصل طلب الرجوع في نفس الوقت مع القبول أو وصل قبل وصول القبول فإن المسألة يفصل فيها قاضي الموضوع.[4]

1 خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص 81.
2 عباس العبودي، المرجع السابق، ص 129
3 أنظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري
4 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 149،150

إلا أن هناك بعض التشريعات الخاصة بحماية المستهلك أعطت الحق في الرجوع عن القبول ومنها قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي في الفصل الثلاثين بحيث أجاز للقابل وخلال مدة عشرة أيام عمل أن يعدل عن الشراء ويعيد السلعة دون تحمل أي نفقات سوى مصاريف الإرجاع ولكن هذا ليس مطلقا، كذلك التوجه الأوروبي الخاص لحماية المستهلك رقم 97/07 والقانون الأمريكي[1]

وحول المسألة يرى الأستاذ خالد صبري الجنابي في مؤلفه التراضي في العقود الإلكترونية " ص 83 " أنه يميل إلى الاتجاه القائل بعدم امكان العدول عن القبول كون حسبه ان الإقرار به فيه تغليب لمصلحة طرف على الآخر، وأونه يمس بإحدى المبادئ المهمة التي تسعى التشريعات لحمايتها وهي مبدأ الثقة والأمان واستقرار المعاملات.

بعدما تم تفصيل مفهوم الإيجاب والقبول الإلكترونيين، وجب التطرق إلى كيفية تطابق هذا الإيجاب بالقبول وهو موضوع المبحث الثالث.

1 خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص 82

المبحث الثالث: كيفية تطابق الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية

التراضي هو تطابق الايجاب بالقبول كتعبير عن إرادة طرفي العقد، ويلزم لتوافره حتى ولو كان الكترونيا أن توجد الإرادة في كل من طرفيه وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المقصود منه.

هذا وللعقد الالكتروني خصوصية تتمثل في أنه يتم من خلال شبكة اتصال الكترونية مثل الانترنت وينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد، حيث التعاقد يكون بين أشخاص متباعدين مكانيا، ومن ثم يمكن ادراج هذا العقد في مصاف العقود بين غائبين، كالتعاقد عن طريق الهاتف ولكن ذلك لا يعني حتما أن العقد الالكتروني يتبع هذه الطائفة من العقود ، فهناك بعض الأنظمة القانونية اعتبرت أن التعاقد بالهاتف يعد من صور التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وذلك لأن الأطراف يكونون على اتصال مباشر والبعض الآخر اعتبره وضعا وسطا بين حالتي التعاقد.[1]

وتبعا لما تقدم فإن التطرق إلى طبيعة التعاقد الالكتروني ما إذا كان بين حاضرين أم غائبين أم غير ذلك، يقتضي التطرق بداية إلى مجلس العقد الالكتروني "المطلب الأول"، ويقتضي أيضا التطرق إلى زمان ومكان ابرام العقود الالكترونية "المطلب الثاني"

المطلب الأول: مجلس العقد الالكتروني

يعتبر العقد منعقدا في اللحظة التي يقترن فيها القبول بالإيجاب باعتبار أن التقاء الارادتين هو الذي يخلق العقد وهو الذي يحدد وقت تحقق الرابطة القانونية، غير أن الاشكال يطرح في العقد الالكتروني باعتباره عقدا مبرما عن بعد، إذ البعد المادي لطرفيه ووسيلة ابرامه قد ألغيا كل المفاهيم المرتكزة على عنصر التحديد المكاني، مما أثار خلافا فقهيا حول الطبيعة القانونية لهذا العقد، الشيء الذي أثر على تعريف أو تحديد مفهوم مجلس العقد الالكتروني.[2]

لذلك يكمن التطرق في البداية الى مفهوم مجلس العقد الالكتروني وهو موضوع الفرع الأول، ثم إلى مسألة زمان ومكان ابرام العقود الالكترونية وهو موضوع الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني

– يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، أن نظرية مجلس العقد لم تعالج علاجا خاصا في الفقه الفرنسي، أما الفقه الإسلامي فقد صاغ لها نظرية بلغت من الإتقان مدى كبيرا، فلا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فورا، بل له أن يتدبر بعض الوقت ولكن من جهة أخرى لا يسمح أن يمعن في تراخيه إلى

1- خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 360.
2- نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 154.

حد الإضرار بالموجب بإبقائه معاقا مدة طويلة دون الرد على إيجابه فوجب إذن التوسط بين الأمرين، ومن هنا نبتت نظرية مجلس العقد.[1]

نتطرق بداية إلى تحديد تعريف مجلس العقد الالكتروني (أولاً) ثم تحديد الفترة الزمنية لهذا المجلس(ثانياً).

- أولا: تعريف مجلس العقد الالكتروني.

إن بيان عما إذا كان التعاقد الالكتروني هو تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين، يكون من خلال تحديد تعريف مجلس العقد، ومجلس العقد فكرة إسلامية من صنع الفقه الإسلامي، هذا وقد تعددت المحاولات لتحديد مفهوم مجلس العقد سواء في الفقه الإسلامي أو في الفقه المعاصر.

- ففي الفقه الإسلامي نجد أن مجلس العقد هو اصطلاح شرعي يقصد به اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، فهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وينقضي مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد المتعاقدين أو كلاهما، ولكنه يعتبر منفضا كذلك ولو لم يبرح المتعاقدين المكان إذا شغلهما أو شغل أحدهما عن التعاقد شاغل.[2]

ويمكن التمييز بين نوعين لمجلس العقد، مجلس العقد الحقيقي ومجلس العق الحكمي.

أ/ مجلس العقد الحقيقي:

أما مجلس العقد الحقيقي أي التعاقد بين حاضرين، ففيه يلتقي المتعاقدين " الموجب والموجب له" أو من ينوب عنهما أو عن أحدهما بشكل مباشر يسمح لهما بالتفاوض على شروط العقد والاتفاق على بنوده وتوقيع مستنداته مثلا، ويمكن تعريف مجلس العقد الحقيقي بأنه ذلك المجلس الذي يكون فيه المتعاقدين حاضرين فيه حضوراً يقينيا معاً، أو هو المكان الذي يجمع المتعاقدين بحيث يظلان على اتصال مباشر ويسمع أحدهما الآخر مباشرة ولا يشغلهما شاغل عن التعاقد.[3]

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 360

[2] محمد السعيد رشدي، الانترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت 1997 ص 28.

3 بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 92، وفي نفس المعني، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 239، وحول نفس المعنى أيضا، خالد إبراهيم ممدوح المرجع السابق، ص 362

هذا وللقول بقيام مجلس العقد الحقيقي يجب توافر شرطين، وهما حضور كل من المتعاقدين حضورا حقيقيا وجها لوجه، ويجب أن يكون صدور الإيجاب والعلم به في وقت واحد وهو وقت مجلس العقد، مع مراعاة إمكانية وجود فاصل زمني لكن أثناء فترة مجلس العقد.[1]

ومن خلال هذين الشرطين يمكن تحديد مجال مجلس العقد الحقيقي، بحيث يخرج عن نطاقه حالة وجود كل متعاقد في مكان مغاير لحظة الإبرام، وحالة مرور مدة طويلة بين صدور الإيجاب أو القبول والعلم بهما من طرف المعني.[2]

– ومن خلال التطرق إلى تعريف مجلس العقد الحقيقي على النحو السابق تفصيله، يمكن التساؤل عن إمكانية إدراج مجلس العقد الإلكتروني ضمن فكرة مجلس العقد الحقيقي. ؟

في هذا الصدد يمكن الإجابة مباشرة ومنذ البداية بالنفي، كون أن العقد الالكتروني عقد يتم عن بعد، وبالتالي فان مجلس العقد الإلكتروني مكان افتراضي ويتم في فضاء الكتروني، فلا يكون حضور المتعاقدين في مكان واحد حضوراً حقيقيا، وهو ما يتوافق مع تعريف مجلس العقد الحقيقي كما سبق تبيانه.[3]

ب/ مجلس العقد الحكمي:

خلافا لمجلس العقد الحقيقي، فإنه بصدد مجلس العقد الحكمي قد يفصل صدور الإيجاب أو القبول عن العلم به فترة زمنية طويلة لا يمكن معها القول بالاتحاد الفعلي لمجلس العقد، كما أنه قد يفصل أحد المتعاقدين عن الآخر آلاف الأميال، وعندئذ تثور فكرة مجلس العقد الحكمي كمقابل لفكرة مجلس العقد الحقيقي، وهو ما يحقق مرونة نظرية مجلس العقد من حيث أنها يمكن أن تشتمل العقد الإلكتروني.[4]

1 يمكن في هذا الصدد التطرق إلى المثال الذي ذكره الأستاذ بقاسم حامدي، المرجع نفسه ص 93، وهو حالة صدور الإيجاب بلغة لا يفهمها الموجب له، فيحتاج الأخير إلى بعض الوقت لترجمه الإيجاب إلى لغة المعني حتى يستطيع إصدار قراره بشأن التعاقد وهو على بينة من الأمر.

2 من الفقه من يخرج عن نطاق مجلس العقد الحقيقي أيضا، حالة ارتباط الإيجاب بميعاد معين للقبول، أيضا القانون القانون المصري سلك نفس النهج في المادة 94-01 من القانون المدني المصري، والمشرع الجزائري كذلك بموجب المادة 64-1 المدني الجزائري، حول نفس المسألة يمكن الإشارة إلى الموقف الذي أبداه الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في كتابه موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مصر 1994، ص 151 والذي أشار إليه الأستاذ بلقاسم حامدي، في رسالة الدكتوراه التي أنجزها، المرجع السابق، ص 93

3 هو موقف الأستاذ بلقاسم حامدي، في رسالة الدكتوراه التي أعدها، المرجع السابق، ص 94

4 بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه حقوق، عين شمس2005، ص 151

والواقع أن الأخذ بفكرة مجلس العقد الحكمي، يرفع الحرج عن المتعاقدين وييسر عليهم ويحقق مصالحهم، فإغفال تلك الفكرة يعني تضييق نطاق مجلس العقد، مونه تقليص نظرية العقد بصفة عامة.[1]

هذا ويمكن تعريف مجلس العقد الحكمي، بأنه التعاقد بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد بغض النظر عن وسيلة التعاقد (الكتاب والرسول) وغيرهما.[2]

ويمكن تعريفه أيضاً بأنه ذلك المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، وبعبارة أخرى هذا المجلس هو التعاقد الذي يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد ويتم التعبير عن الإرادة بصدده بالكتابة أو الرسول–النائب–أو الاتصال عبر شبكة الاتصال الحديثة.

– هذا ويرى البعض، أن فقه القانون المدني ينحصر في بيان وقت انعقاد العقد بين غائبين عن صدور القبول، وجاء نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري ليؤكد على ذلك بنصه على أنه" "يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"، وتبعا لذلك يمكن القول أن هذا النص بالعمومية التي يتسم بها يمكن أن يتم تطبيقه على العقد الإلكتروني.[3]

يمكن القول أن المشرع الجزائري يكون قد عرف نظرية مجلس العقد بصورتيه الحقيقي والحكمي، وهو حال المشرع المصري في المادة 97 من القانون المدني المصري، و77 مدني قطري و98 مدني سوري، والمادة 49 مدني كويتي.

– ويمكن القول أن مجلس العقد الحكمي يتفق مع مجلس العقد الحقيقي من حيث ضرورة توافر أركان العقد من رضا، محل وسبب، ومن ثم يجب توافر الإيجاب والقبول وتطابقهما، على أن مجلس العقد الحكمي يختلف من حيث مكان وزمان صدور الإيجاب والوصول إلى علم الموجب له والعكس، ويمكن تبيان هذه الخصوصية عند التطرق إلى شروط مجلس العقد الحكمي أدناه.

ويمكن تحديد شروط مجلس العقد الحكمي كالتالي:

1) وجود إيجاب أو قبول وتوافر وسيلة نقلهما لعلم الطرف الآخر، ومفاد ذلك أنه لا بد من صدور الإيجاب والقبول وفقا للقانون، بحيث ينوب وصول الإيجاب للموجب له عن حضور الموجب نفسه بمكان وصول الإيجاب، بحيث يستعاض عن ذلك بوسائل الاتصال الحديثة وأهمها الانترنت في حالة العقد

1 بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 94
2 محمد نجيب عوضين، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مجلة القانون والاقتصاد البحوث القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 75، سنة 2005.
3 بلقاسم حامدي، المرجع نفسه، ص 94

الإلكتروني، فوسيلة نقل الإيجاب لعلم الموجب له أو العكس، هي التي تؤدي إلى التباعد المكاني بينهما وقت إبرام العقد، فبدون صدور الإيجاب أو القبول لا قيمة للوسيلة، وبدون هذه الأخيرة لا يتحقق التطابق بين الإرادتين وبالتالي لا يمكن انعقاد العقد.

2) أن يظل المتعاقدين منشغلان بالتعاقد، ويعني ذلك أن الموجب يجب أن يظل على إيجابه، بحيث لا يصدر عنه ما يفيد عدوله أو إعراضه عنه، كما يجب أن يظل كذلك مهتما بأمر التعاقد بحيث لا يشغله عنه شاغل آخر[1]، ويرتبط بما سبق أيضا ضرورة أن يصدر القبول خلال المدة التي يبقى فيها الإيجاب ملزما، فإذا حدد الموجب المدة التي يبقى فيها الإيجاب ملزما فيختلف الأمر إذا ما تم تحديد المدة صراحة، فلا يثور إشكال، أما إذا لم يحدد صراحة فالقاضي هو الذي يتولى المدة بما له من سلطة تقديرية معتمدا على ظروف التعاقد وطبيعته وأهمية محله.[2]

– يمكن أن نخلص مما سبق، أنه إذا كان الفرق بين نوعي مجلس العقد الحقيقي والحكمي، يظهر من خلال عنصري المكان والزمان، إلا أن عنصر الزمن يبقى هو المعيار الأساسي في التفرقة وهو ما يذهب إليه غالبية الفقه، وذلك عندما اعتبر أن وجود الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب هو معيار التمييز في التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين، ففي التعاقد بين حاضرين يختفي هذا الفاصل الزمني ويعلم الموجب بالقبول فور صدوره.[3]

تبعا لذلك يمكن القول أن مجلس العقد يقوم على ركنين، الركن المادي وهو المكان والركن المعنوي، وهو الزمان أي الفترة الزمنية بين صدور القبول والإيجاب.

يتم التطرق بعد ذلك إلى تحديد الفترة الزمنية إلى العقد الالكتروني.

– ثانيا: تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني.

يمكن تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني، على حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد، فمثلا نتطرق للمسألة في حالة التعاقد عن طريق الموقع الإلكتروني، ثم عن طريق البريد الإلكتروني، ثم عن طريق المحادثة والمشاهدة.

1 مثال توضيحي ذكره الأستاذ بالقاسم حامدي، في مذكرة الدكتوراه، المرجع السابق، ص 95، إذا اتصل تونسي مثلا بجزائري عن طريق الانترنت وعرض عليه أن يبيعه منزلا بالجزائر العاصمة، فبدأ الأخير يسأل عن مساحة المنزل وثمنه ثم انحرف بالحديث إلى أحوال الجزائريين ومشكلة الأسعار والانتخابات السياسية...الخ، فإن العقد لا ينعقد لأن أحد الطرفين انشغل عن مواصلة الاهتمام بأمر التعاقد وبالتالي لم تتوافر شروط مجلس العقد الحكمي.

2 مثال توضيحي ذكره نفس المؤلف، في نفس المرجع وفي نفس الصفحة، وهو إذا أرسل الموجب رسالة عبر البريد الالكتروني للموجب له تتضمن ايجابيا محددا وباتا وساري لمدة أسبوع، فإن القبول المطابق يجب أن يصدر خلال هذه المدة، فإذا صدر القبول بعدها فلا ينعقد العقد لأن هذا القبول المتأخر لا يعتد عندئذ أو يكون هو إيجابا جديدا يحتاج هو ذاته للقبول، وكذلك الشأن لو صدر القبول خلال المدة لكنه لم يكن مطابقا للإيجاب.

3 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 362

1-في التعاقد عبر الموقع الإلكتروني web:

سواء كان التعاقد عن طريق الضغط على زر الموافقة، أو عن طريق التنزيل عن بعد، فإن مجلس العقد يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر حتى خروج القابل من الموقع.[1]

2-في التعاقد عبر البريد الإلكتروني:

إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين طرفين أي يكون الاتصال بينهما لحظيا فإن مجلس العقد يبدأ من حيث صدور الإيجاب والبدء في التفاوض، ويستمر حتى خروج أحد الطرفين أو كليهما من الموقع.

أما إذا كان التعاقد غير مباشر أي غير لحظي، فإن مجلس العقد يبدأ من لحظة الاطلاع القابل على المعروض عليه، سواء كان منتج أو خدمة، ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف، وهنا أبدى الأستاذ خالد إبراهيم ممدوح تحفظا على مسألة الرجوع إلى الأعراف بالنظر إلى حسبه إلى حداثة التعاقد الإلكتروني كون لا توجد حتى أعراف تجارية يمكن الرجوع إليها في هذا الشأن حسب رأي الأستاذ.[2]

3-في التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة

إن مجلس العقد يبتدئ من حيث صدور الإيجاب ويستمر حتى الانتهاء من المحادثة.[3]

لقد أدى اختلاف الفترة الزمنية لمجلس العقد من عقد لآخر لاسيما في العقود المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة إلى اختلاف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لهذا العقد، فهناك من يعتبره تعاقد بين حاضرين والبعض الآخر يعتبره تعاقد بين غائبين، ثم ظهر رأي وسط بين الرأيين، و هي المسائل التي يتم التطرق إليها ضمن الفرع الثاني.

1 المرجع نفسه، ص 364، وفي نفس المعنى، نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 159

2 حول مسألة الرجوع إلى الأعراف، أشار الأستاذ خالد إبراهيم ممدوح، المرجع السابق، ص 364، أن هذه الفكرة وردت في كتاب الدكتور عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، في دراسة أنجزها بعنوان العقود الالكترونية، دراسة فقهية مقارنة بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المقدم بدولة الإمارات العربية المتحدة.

3 خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 364، وفي نفس المعنى نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 159.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني

قد يبدو للوهلة الأولى أن التعاقد الالكتروني هو تعاقد بين غائبين نظرا لعدم تواجد المتعاقدين في مكان واحد، ولكن الواقع أن عدم وجود طرفي العقد في نفس المكان لا يعني بالضرورة أن التعاقد يكون بين غائبين، فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد، فمثال في التعاقد عبر الهاتف فإنه يتم بين طرفين منفصلين من حيث المكان، ومع ذلك فإنه يعتبر تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، مادام التعبير عن الإرادة إيجابا كان أو قبولا يصل إلى علم الموجه إليه فور صدوره كما لو كان المتعاقدان في مجلس واحد وعندئذ تطبق قواعد التعاقد بين حاضرين.[1]

– تعددت الآراء الفقهية حول بيان الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني، فهناك من يعتبره تعاقدا بين حاضرين تسري عليه أحكام مجلس العقد الحقيقي، وهناك من يعتبره تعاقدا بين غائبين تسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي، وهناك رأي وسط.[2]

فهناك من الفقهاء من يعتد بمعيار الزمن فقط للتمييز بين التعاقد بين حاضرين أو غائبين، ففي الأول تزول الفترة الزمنية بين صدور القبول والعلم به، فيعلم الموجب بالقبول في وقت صدوره، أما في التعاقد بين غائبين فهناك فترة زمنية تفصل بين وقت صدور القبول وعلم الموجب به، إلا أن أغلبية الفقهاء يرون أن معيار الزمن ليس مانعا جامعا، بل ينبغي أن تجتمع ثلاثة عناصر متمثلة في الزمان والمكان والانشغال بشؤون العقد، وعلى هذه الأسس ظهرت ثلاث أراء.[3]

أولاً: التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين:

بحيث يرى أصحاب هذا الرأي أن التعاقد الالكتروني هو تعاقد بين حاضرين طالما لم يشغلهما شاغل آخر، وكان بينهما اتصال مباشر عبر الانترنت، بحيث يسمع أو يرى أحدهما الآخر، فلا يكون هناك فاصل زمني بين صدور التعبير ووصوله إلى علم الموجه إليه، وذلك دون النظر إلى البعد المكاني للمتعاقدين فمجلس العقد هنا حقيقي وليس حكمي.[4]

إذن فحسب هذا الرأي فإن التعاقد الالكتروني تعاقد بين حاضرين لكون أطراف التعاقد على اتصال دائم عبر شبكة الانترنت، فإما عن طريق الكتابة أو الحوار مثلا Chat، وقد يكون بالصوت والصورة

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 265
2 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 160
3 فراح مناني، العقد الالكتروني، وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر 2009، ص 99.
4 نور الهدى مرزوق، المرجع نفسه، ص 160، وفي نفس المعنى، خالد إبراهيم ممدوح، المرجع السابق، ص 367

والكتابة، مثلا برنامج SKype، ففي كل هذه الحالات يتحقق الحضور في مجلس العقد الالكتروني، وبذلك نكون أمام تعاقد بين حاضرين، وإن كان حضورا اعتباريا أي حكمياً.

فهذا الرأي يستند على الوحدة الزمنية لمجلس العقد لتبرير موقفه، وهو ما أخذ به المشرع المصري في المادة 94 من القانون المدني المصري عندما اعتبر أن التعاقد عبر شبكة الانترنت تعاقد بين حاضرين.

وقد تم انتقاد هذا الرأي الذي افترض أن لمجلس العقد الالكتروني ركن واحد هو الزمان، وينظر إلى هذا المجلس على أنه وحدة زمنية فقط، مع أن مجلس العقد يقوم على ركنين زمني ومكاني، والمكان هو الركن المادي لمجلس العقد.

ثانيا: التعاقد الالكتروني تعاقد بين غائبين:

يرى أصحاب هذا الرأي أن التعاقد الالكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا، شأنه شأن التعاقد بطرق المراسلة مثلا، ولا يختلف عنه إلا من حيث الوسيلة المستخدمة التي أصبحت الكترونية.[1]

فهذا الرأي يرى أن التعاقد الالكتروني يكون بين غائبين نظرا لعدم صدور الإيجاب والقبول في نفس اللحظة بل يوجد فاصل زمني بين علم الموجب والقبول وصدوره، وهذا بالإضافة إلى اختلاف مكان المتعاقدين، أي أن مجلس العقد في التعاقد الالكتروني يعتبر مجلس عقد حكمي وتطبق عليه أحكامه، وهو مجلس وصول وعلم الموجه إليه الإيجاب وقبوله له، وأن نقل شبكة الانترنت مثلا للإيجاب ما هو إلا نقل عن طريق وسيلة كالرسول مثلا، وكل ما هنالك أن النقل هنا يتم عن طريق وسيلة الكترونية [2]

وينتهي هذا الرأي إلى أن التعاقد الالكتروني تعاقد بين غائبين وأنه يخضع إلى حكم المادة 97 من القانون المدني المصري.[3]

ويرجح جانب من هذا الرأي اعتبار التعاقد الالكتروني تعاقد بين غائبين على أساس أنه يجعل المستهلك يستفيد من حق الرجوع الذي منحه إياه القانون في حالة التعاقد عن بعد، كما هو الحال في

1 أخذ بهذا الرأي مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بجدة في 1990، والذي قرر: " إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو الرسول، وينطبق ذلك على البريد والتلكس والفاكس وشاشات الحاسوب، ففي هذه الحالة ينعقد العقد فبصدور الإيجاب إلى الموجه وقبوله."، لأكثر اطلاع، نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 162

2 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 366

3 تنص المادة 97 من القانون المدني المصري يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول، القانون المدني الجزائري المادة 67

القانون الفرنسي المؤرخ في 06 جانفي 1988 بشأن حماية المستهلك، والقانون التونسي للمبادلات الالكترونية رقم 83 لسنة 2000.[1]

وقد تم انتقاد هذا الرأي، على اعتبار تجاهله حقيقة هامة، وهي أن التعاقد الالكتروني قد يتم لحظيا، أي يكون هناك تعاصر بين الإيجاب والقبول، حيث يكون كل من المتعاقدين على اتصال مباشر بالآخر سواء بالكتابة أو الصوت أو الصورة، كما هو الشأن في التعاقد عبر البريد الإلكتروني أو مثلا عبر برنامج Skype أو Messenger باستخدام الكاميرا والميكرفون أي الفيديو، ففي هذه الحالة يتلاشى عنصر الزمن إذ لا يستغرق زمن وصول الرسالة الالكترونية جزء من الثانية، مما يصعب اعتباره تعاقدا بين غائبين.[2]

ثالثا: مجلس العقد المختلط:

يرى أصحاب هذا الرأي أن التعاقد الالكتروني مثلا عبر الانترنت هو تعاقد يتم بين حاضرين من حيث الزمان، وتعاقد بين غائبين من حيث المكان، باعتبار أن الأمر يتم بوسائل سمعية بصرية، تسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي أو افتراضي، شأنه شأن التعاقد عن طريق الهاتف.[3]

فحسب هذا الرأي يعتبر العقد الالكتروني تعاقدا بين حاضرين في الزمان لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، ويعد تعاقد بين غائبين لتواجد الطرفين في دول مختلفة.[4]

حيث يمكن تبعا للتحليل السابق، ترتيب نفس الحكم الذي رتبه المشرع الجزائري للتعاقد عبر الهاتف، على التعاقد عن طريق باقي وسائل الاتصال المستحدثة كالفاكس، الكومبيوتر والانترنت، كونها تتشابه معها من حيث الاختلاف المكان وتمام العقد في الوقت الذي يستلم فيه الموجب الرد بالقبول.

وهناك من الفقهاء من انتقد هذا الاتجاه، أي اعتبار التعاقد الالكتروني تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، وذلك على أساس أن تجزئة مجلس العقد أمر يتعذر الأخذ به، لأن مجلس العقد يتطلب وحدة المكان ويتطلب استمرارية زمنية متصلة، وأن ذلك الرأي يؤدي إلى تجزئة تلك الوحدة الزمنية والمكانية، فضلا أن هذا الرأي يؤدي إلى الخلط بين مجلس العقد الحقيقي وبين مجلس العقد الحكمي، وأنه لا يوجد مجلس مختلط فمجلس العقد إما أن يكون حقيقي أو يكون حكمي.[5]

1 يمكن الاطلاع على قانون المبادلات الالكترونية التونسي كاملا، في ملحق كتاب الدكتور إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 401 وما يليها.
2 خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 367 وفي نفس السياق، مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 162
3 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 163
4 جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 296
5 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 369.

بعدما تطرقنا بالدراسة لمسألة تحديد مفهوم مجلس العقد الالكتروني بداية بتعريفه ثم تحديد طبيعته القانونية ما إذا كان يشكل تعاقد بين حاضرين أو بين غائبين وغيرها من الآراء الفقهية التي تطرقت للمسألة، ننتقل إلى المطلب الثاني، نحاول تفصيل فيه مسائل زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني.

المطلب الثاني: زمان ومكان إبرام العقود الالكترونية

إن أطراف العقد الالكتروني يباعد بينهم المكان، وبالتالي قد يكون هناك فاصل زمني بين صدور الإيجاب من الموجب واتصاله بعلم من وجه إليه، ونفس الشيء بالنسبة للقبول بحيث قد تمر فترة زمنية بين إعلان القبول من الموجه إليه الإيجاب وعلم الموجب بهذا القبول، وبالتالي يصعب تحديد زمان ومكان إرسال واستقبال رسالة البيانات الالكترونية.

كما أن مكان وزمان إبرام العقد الإلكتروني في بعض الأحيان يختلف من وجهة نزر الموجب عن وجهة نظر القابل، مثلا نجد أن العقد الالكتروني الذي تم توقيعه في اليابان يوم 7 جانفي مثلا يصادف في نفس الوقت يوم 6 جانفي في لوس أنجلس.[1]

وتعد مشكلة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد من أهم وأدق المشاكل القانونية التي يثيرها التعاقد بشكل عام والتعاقد الالكتروني بشكل خاص، نظرا لم يترتب على تحديدها من نتائج قانونية هامة.[2]

وهي المسألة التي طرحت للبحث منذ القدم ولكنها لم تحسم بصفة قاطعة وقد زادها تعقيدا ظهور إبرام العقود الالكترونية عبر وسائل الاتصال الحديثة لا سيما الانترنت.

إن تحديد زمان ومكان إبرام العقد يترتب عليه معرفة الوقت الذي يحق فيه للموجب الرجوع عن إيجابه، تحديد وقت انتقال الملكية وإعمال تبعة الهلاك، حساب بداية مواعيد التقادم ومعرفة القانون الواجب التطبيق على العقد والقانون الساري المفعول وقت التعاقد، وأيضا معرفة المحكمة المختصة للفصل في النزاع.

لذلك يتم التطرق تباعا إلى مسائل زمان إبرام العقد الالكتروني وهو موضوع الفرع الأول ثم الى مكان إبرام العقد الالكتروني وهو موضوع الفرع الثاني.

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 373.
2 نضال اسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 58.

الفرع الأول: زمان إبرام العقود الالكترونية:

يثور التساؤل عن وقت إبرام العقد الالكتروني فهل يعتبر قد أبرم عند دخول الرسالة الالكترونية المتضمنة القبول نظام الكمبيوتر الخاص بالموجب أو عندما يصل القبول نظام الكمبيوتر الخاص بالموجب ويسجلها الكمبيوتر، أو عندما يصل القبول لنظام المعلومات الخاص بالموجب ويقوم بالاطلاع عليها ومعالجتها وتفسيرها.[1]

فحسب القواعد العامة، فإن العقد ينعقد في اللحظة التي تتقابل فيها الإرادتان وما دام الطرفين في العقد الالكتروني لا يكونا حاضرين حضورا ماديا في مكان واحد، فإن تطبيق هذا المبدأ قد يواجه بعض الصعوبات.[2]

وتكمن الصعوبات التي تواجه مبدأ تطابق لحظة القبول مع لحظة انعقاد العقد في تحديد زمان وصول القبول أو الإيجاب إلى الطرف الآخر، ذلك أنه إذا تم التعبير عن الإرادة عن طريق الضغط على الزر الموجود في لوحة مفاتيح جهاز الكمبيوتر مثلا بالموافقة فإن هذه الإرادة تنتقل عن طريق ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى ومضات الكترونية، تصل إلى جهاز الكمبيوتر لدى المرسل إليه، ويصعب تحديد تاريخ وصول هذه الوصفات إلى الطرف الآخر.[3]

وباعتبار أن العقد الالكتروني عقد مبرم بين غائبين، فهل يمكن تطبيق قواعد هذا النوع من التعاقد في مجال العقود الالكترونية أي بمعنى هل تصلح النظريات المعروضة في الفقه حول المسألة في القواعد العامة، لتحديد وقت إبرام العقد الالكتروني؟ وما هو موقف الفقه والتشريع سواء على الصعيد الدولي والوطني؟

أولا-آراء الفقه حول مسألة تحديد زمان إبرام العقود الالكترونية:

يمكن ملاحظة أن الفقه تبنى عدة نظريات لتحديد وقت انعقاد العقد حسب القواعد العامة وعند تطبيقها سوف نتوصل إلى عدة حالات أو بالأحرى نظريات حول مسألة خطة اقتران القبول بالإيجاب، وبتطبيقها على العقد الالكتروني نتوصل إلى عدة حالات يتحدد فيها، وقت انعقاد هذا العقد.

1- نظرية إعلان القبول:

حسب هذه النظرية فإن العقد ينعقد بمجرد "إعلان القبول" للموجب أي بمجرد صدور قبول مطابق للإيجاب وذلك بغض النظر عن علم الموجب بهذا القبول أم لا، فيكفي مجرد إعلانه من القابل

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 375.
2 أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق ص 91 وهي نفس المعنى، بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 99.
3 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع نفسه، ص376.

لينعقد العقد في الزمان والمكان الذين يعلن فيهما القابل قبوله بالإيجاب، دون حاجة إلى علم الموجب بالقبول أو عدم علمه.[1]

وبتطبيق هذه النظرية على العقد الالكتروني، فإن لحظة هذا العقد هي الخطة الذي يحرر فيها القابل رسالة الكترونية تتضمن القبول دون تصديرها أو مثل النقر على الأيقونة المخصصة للقبول ودون تصدير هذا النقر.

يؤخذ على هذه النظرية أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره، أي لا ينعقد العقد، إلا إذا علم به من وجه إليه فالمشرع لا يعتد بالنوايا بل لا بد من وسيلة توصل الإرادة إلى علم الطرف الآخر وإلا اعتبرت كأن لم تكن، ويضاف لذلك أن إعلان القبول يكون باعتماد هذه النظرية في يد القابل وحده، وذلك يجعل مسألة تقرير انعقاد العقد من دونه في يد القابل وحده والذي قد ينكر صدور القبول منه أو قد يتراجع عنه دون أن يتمكن الموجب من إثباته مما يزعزع استقرار المعاملات.[2]

كما يعاب على هذه النظرية إهمالها لإرادة الموجب في العدول عن إيجابه، إن لم يكن محدد المدة ولم يرتبط به قبول حتى وإن كان المتعاقد الآخر قد أعلن قبوله.[3]

2- نظرية تصدير القبول:

وتشترط هذه النظرية حصول واقعة مادية وهي تصدير القبول زيادة على إعلانه حتى يكون نهائيا لا يمكن الرجوع فيه، وذلك بأن يرسل القبول فعلا إلى الموجب، أي خروج القبول من يد صاحبه.[4]

وطبقا لهذه النظرية يعتبر العقد منعقدا منذ لحظة خروج الرسالة الالكترونية المحتوية على القبول ودخولها في سيطرة الوسيط الالكتروني مقدم خدمة الانترنت ولا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الالكتروني الموجود في موقع الموجب على شبكة الانترنت.

وقد انتقد البعض هذه النظرية على اعتبار أن تصدير القبول لوحده لا يضمن أن يصبح نهائيا إذ يمكن استرداد الرسالة الالكترونية طالما لم تصل إلى المرسل إليه أو يمكن ضياع الرسالة قبل وصولها لنفس الشخص، ويعاب على هذا الرأي أيضا أنه لا يحدد بدقة وقت انعقاد العقد كون غالبا ما يجهل وقت تصدير القبول.

1 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 168، وفي نفس السياق، ابراهيم ممدوح، المرجع السابق، ص 376.
2 سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 137.
3 نور الهدى مرزوق، المرجع نفسه، ص 169.
4 خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 377.

هذا ولقد أخذ بهذه النظرية القضاء الانجليزي وجانب من الفقه الفرنسي مستندين في ذلك على قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 7 جانفي 1981 باعتبار عدم وجود نص في القانون المدني الفرنسي بذلك.[1]

3- نظرية وصول القبول "تسليم القبول":

حسب هذه النظرية فإن وقت انعقاد العقد هو وقت وصول الرسالة المتضمنة القبول إلى الموجب والمقصود بالوصول هنا هو السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة القبول، بحيث تكون تحت تصرفه، فالقبول بوصوله إلى مكان الموجب يصبح نهائيا لا يستطيع القابل استرداده، ومن ثم يعتبر العقد قد انعقد وذلك سواء أكان الموجب قد علم فعلا بالقبول أم لم يعلم به.

وبتطبيق هذه النظرية على العقد الالكتروني نجد أن لحظة ابرام العقد ليست هي لحظة دخول الرسالة الالكترونية المحتوية القبول في سيطرة مقدم خدمة الانترنت، بل لحظة وصولها إلى الموجب.[2]

وقد تم انتقاد هذه النظرية في كون التسليم مجرد واقعة مادية لا قيمة قانونية لها، في إثبات علم الموجب بالقبول مادام أن هذا الأخير لا ينتج أثره إلا بعلم الموجب به.[3]

ويرى جانب كبير من الفقه أن هذه النظرية يمكن تطبيقها على العقد الالكتروني رغم الانتقادات الموجهة لها، كون مثلا أغلب المواقع التجارية الالكترونية التي توجه عروضها إلى الجمهور تنتظر الرد عليها عبر الرسائل الالكترونية وغالبا البريد الالكتروني، أو بالضغط على خانات القبول في نماذج العقود المطروحة على مواقعها، وهذه المواقع تستعمل وسائل وبرامج الالكترونية مؤتمة ومبرمجة للتعامل مع الرسائل ومعالجتها بمجرد استلامها ويكون الدور البشري فيها لا يتعدى الاشراف والتوجيه وبالتالي فإن هذه المواقع تطلع على مضمون الرسائل بمجرد دخولها.

ويمكن القول أنه في البيئة الالكترونية يكون وصول رسالة القبول متزامنا في الغالب مع العلم بها.[4]

4- نظرية العلم بالقبول:

حسب هذه النظرية فإن التعاقد يقع في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بقبول القابل، بأن يطلع على الرسالة الالكترونية المتضمنة لقبوله ويعلم بما تضمنته، وذلك لأن القبول إرادة والتعبير عن

1 بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 103.
2 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 387.
3 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 172.
4 المرجع نفسه، ص 173.

الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، ولما كان العلم الحقيقي قد يكون صعب الإثبات فإن وصول القبول إلى الموجب يعتبر قرينة على العلم به، ولكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس فيستطيع الموجب إثبات أنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله.[1]

وبتطبيق هذه النظرية على العقد الالكتروني فإن هذا العقد ينعقد في اللحظة والمكان التي يعلم فيها الموجب بقبول القابل بعد وصوله إليه.

هذا ويتوقف العلم بالقبول في العقود الالكترونية على أسلوب التعاقد عبر الانترنت، فإذا كان الاتصال مباشرا فإن العلم اليقيني بالقبول يتحقق فورا وقت التفاعل المباشر أما إن لم يكن التفاعل مباشرا وهو الحال عند استعمال البريد الالكتروني مثلا فإن لحظة العلم الحقيقي بالقبول الالكتروني يتحقق في لحظة فتح الموجب لصندوق البريد الالكتروني الخاص به واطلاعه على الرسالة الالكترونية التي تتضمن القبول.[2]

ويعاب على هذه النظرية صعوبة إثبات علم الموجب بالقبول الصادر عن القابل مما يجعل القابل تحت رحمة الموجب، فعلم الأخير يعد مسألة شخصية يصعب إثباتها من القابل فقد يدعي الموجب أنه لم يعلم بالقبول، لذلك يرى بعض الفقه أن العلم بالقبول يعد مجرد شرط لزوم ونفاذ للعقد.

وتطبيقا لهذه النظرية فإنه لا يكفي الضغط على خانة القبول في نماذج العقود على مواقع الويب web بل يجب أن يصل هذا القبول إلى الموجب وعليه يمكن القول أن هذه النظرية لا تستقيم مع واقع المعاملات التي تتم عبر الانترنت.[3]

بذا نكون قد تطرقنا بإيجاز إلى أهم الآراء الفقهية حول مسألة تحديد زمان إبرام العقود الالكترونية، ترى ما هو موقف مختلف التشريعات سواء الصعيد الدولي وعلى الصعيد الوطني؟ وهل اختارت وتبنت احدى النظريات التي تطرق اليها الفقه فقط؟ أي هل اكتفت بهذه النظريات أم أنها تبنت آراء مستحدثة تتماشى أكثر مع طبيعة العقود الالكترونية والبيئة التي تنشأ فيها؟ وهي المسألة التي نتطرق إليها في النقطة الموالية ثانيا.

ثانيا: موقف التشريعات على صعيد الدولي والوطني حول مسألة تحديد زمان ابرام العقود الالكترونية

الملاحظ أن بعض التشريعات الحديثة تبنت إحدى النظريات التي توصل إليها الفقه حول مسألة زمان ابرام العقود الالكترونية، إلا أن معظم القوانين الخاصة بالتجارة الالكترونية حاولت الاجتهاد بإيجاد

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 379.
2 بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 115.
3 المرجع نفسه، ص 116

نظريات مستحدثة تتماشى مع هذا النوع من العقود، وبالتأكيد فإن الاتفاقيات الدولية كانت سباقة لمعالجة المسألة، ثم تبعتها التشريعات الوطنية.[1]

لذلك نتطرق إلى موقف التشريعات الدولية، ثم الوطنية.

1-موقف التشريعات الدولية:

من الناحية النظرية ليس من الصعب تبني إحدى النظريات التي تبناها الفقه والسابق معالجتها على مستوى التشريع من أجل تحديد زمان تلاقي الإرادتين الكترونيا أي انعقاد العقد الالكتروني، لكن الإشكال يثار في حالة إبرام العقد الالكتروني على الصعيد الدولي، وهو حالة غالب العقود الالكترونية، فإن ذلك يؤدي إلى تداخل واختلاف العديد من القوانين فترى كيف هو الحال على مستوى الاتفاقيات الدولية؟ متطرق إلى موقف الاتفاقات الأوربية (أ) اتفاقية فيينا (ب) ثم قانون الأونسيترال النموذجي(ج).

أ- موقف الاتفاقيات الأوربية:

نلاحظ أن التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الالكترونية الذي يحمل رقم 31-2000 المؤرخ في 17 جويلية 2000 قد أخذ بنظرية استلام القبول مع تعديلها بما يتوافق مع خصوصيات هذه العقود، بحيث لم يكتفي بتحديد لحظة استلام القبول ليعد العقد مبرما بل اشترط استلام تأكيد من مزود الخدمة بصحة القبول ذلك عندما نص على أنه: "يعد العقد قد انعقد في اللحظة التي يستلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا الكترونيا مؤكدا من القابل قبوله، وقد حدد استلام القبول في اللحظة التي يمكن فيها للموجب الدخول إلى البريد الالكتروني".[2]

وقد اعتمد العقد النموذجي الأوربي للتبادل الالكتروني للبيانات TEDIS نظرية الوصول، أي وصول القبول بحيث يستخلص من المادة 3-3 التي تنص: " تعد لحظة ومكان انعقاد العقد المبرم من خلال التبادل الالكتروني للبيانات هي اللحظة والمكان التي تستقبل فيهما الرسالة الالكترونية الخاصة بقبول الإيجاب في النظام المعلوماتي للموجب".[3]

هذا ولقد نص الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الالكتروني للبيانات على أنه: "يعتبر العقد الذي تم باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات مبرما في الوقت والمكان الذي تصل فيهما الرسالة التي تشكل

1 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 177.
2 سمير حامد عبد الحميد جمال، المرجع السابق، ص 142 وفي نفس السياق، مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 178.
3 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 379.

قبولا لعرض بواسطة التبادل الالكتروني للبيانات الى نظام كمبيوتر مقدم العرض" [1]وبذلك قد اعتمد نظرية الوصول.

في حين أخذت اتفاقية التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا، بنظرية الاستلام في نص المادة 3/4 والتي تنص: "يعتبر العقد المنشئ باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات قد تم متى استلمت الرسالة المرسلة كقبول لعرض وفقا للمادة 1/3 من الاتفاق"[2]

ب-موقف اتفاقية فيينا:

حسب اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا سنة 1980 فإنه وبصرف النظر عن الوسيلة المستخدمة للتعاقد سواء كانت تقليدية أم الكترونية، فإن وقت انعقاد العقد أي بما في ذلك العقد الإلكتروني هي لحظة تسليم القبول، وذلك وفقا للمادة 02/18 منها والمادة 24 كذلك.

إذن فإن هذه الاتفاقية أخذت بتسليم القبول بصرف النظر عن العلم به من الموجب وبصرف النظر عن مضمون الرسالة.

ج-موقف القانون النموذجي للتجارة الالكترونية "الأونسيترال":

نصت المادة 15-1 من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 حول مسألة زمان إرسال واستلام رسائل البيانات على ما يلي:

1- ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة بيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ.

2- وما لم يتفق المنشئ والمرسل اليه على غير ذلك يتحدد وقت استلام البيانات على النحو التالي:

أ- إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع الاستلام:

- وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.
- وقت استرجاع المرسل إليه البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

ب-إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، فإنه يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه"

1 المرجع نفسه، ص 380.
2- نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 178.

من خلال استقراء النص المذكور أعلاه يتضح أن قانون الأونسيترال النموذجي قد كرس في الأصل مبدأ سلطان الإدارة وذلك عندما ترك للأطراف حرية الاتفاق على تحديد لحظة ارسال واستلام البيانات وبذلك يكون الاتفاق في هذا الشأن ملزما لهم، أما إذا لم يوجد اتفاق فقد تم تحديد ذلك تفصيلا من خلال نفس النص، بحيث تم التمييز بين تحديد لحظة ارسال رسالة البيانات ولحظة أو وقت استلام نفس الرسالة على النحو المفصل في النص.

وتبعا لما تقدم يمكن القول أن قانون الأونسيترال لم يحدد زمان ابرام العقد واكتفى بتحديد وقت إرسال وتسليم رسالة البيانات وقد برر الدليل الارشادي لهذا القانون المتوفر عبر موقع www.uncitral.org هذا الموقف بأنه تم تجنب الفصل في المسألة عمدا أي تحديد زمان انعقاد العقد وذلك احتراما لسيادة القوانين الوطنية وتجنبا لتعارض بين أحكامه وأحكام تلك القوانين.[1]

2 – موقف التشريعات الوطنية:

سوف نحاول في هذه النقطة التطرق إلة موقف بعض التشريعات الوطنية حول مسألة تحديد وقت انعقاد العقود الالكترونية، ونحاول التركيز على تلك التي تطرقت للمسألة على سبيل التخصيص بقوانين خاصة خارج القواعد التقليدية فنبدأ مثلا بالتشريع الفرنسي " أ " ثم نتطرق إلى موقف المشرع الأمريكي "ب" فموقف بعض التشريعات العربية" ج".

أ –موقف المشرع الفرنسي:

نفرق حول موقف المشرع الفرنسي بين مرحلتين مرحلة ما قبل سنة 2004 ومرحلة ما بعد سنة 2004 بحيث قبل سنة 2004 ترك المشرع الفرنسي مسألة تحديد زمان انعقاد العقد للقضاء ولذلك تردد الأخير في المسألة بين الأخذ بنظرية تصدير القبول أو الأخذ بنظرية العلم بالقبول من خلال مختلف الأحكام التي كانت تصدر، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية هذه المسألة مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ولا رقابة عليه واستمر الحال كذلك إلى غاية صدور قرار محكمة النقض بتاريخ 17 جانفي 1981 حين اعتبرت هذه المحكمة بأن العقد المبرم بالمراسلة ينعقد ليس باستلام الموجب لقبول الطرف الآخر وإنما بإرسال القابل لقبوله، فيما عدا حالة الاتفاق على غير ذلك.[2]

وفي سنة 2004 أصدر المشرع الفرنسي القانون الخاص بالمعاملات الرقمية وهو في ذلك استرشد بالمادة 05 من التوجيه الأوربي الذي يحمل رقم 2000/31 المؤرخ في 8 جويلية 2000 بشأن التجارة الالكترونية وقد أضاف القانون المذكور مادة جديد وهي 1369 والتي تنص على أنه "يعد العقد قد أبرم

1- نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 182.
2 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، 383 وفي نفس المعنى، مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 183.

في اللحظة التي يستلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا الكترونيا مؤكدا من القابل قبوله" ومنه فإن هذا النص يشترط لانعقاد العقد الالكتروني تأكيد القبول من قبل الموجه إليه الايجاب، وهذا ما يدل على تبني المشرع الفرنسي لنظرية جديدة وهي "نظرية تصدير تأكيد القبول".

وهذه النظرية أي تصدير تأكيد القبول تختلف عن النظريات التقليدية وذلك باستخدامها لحظة جديدة لانعقاد العقد الالكتروني وهي لحظة "تصدير تأكيد القبول" من طرف الموجه إليه.[1]

ب –موقف المشرع الأمريكي:

لقد اتخذ المشرع الأمريكي نفس موقف المشرع الفرنسي بحيث نص في المادة 201–1، 2 القانون التجاري الأمريكي الموحد uniform commercial code على فرض التزام على البائع بان يقوم بإرسال تأكيد للمشتري بتمام إبرام العقد وذلك من خلال مدة 10 أيام على الأكثر من تاريخ إرسال القابل لقبوله، ومن ثم فإن القبول دون تأكيده لا يرتب أثرا بشأن انعقاد العقد.[2]

ج–موقف بعض التشريعات العربية:

1– المشرع الأردني والإماراتي والبحريني، وحول مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني تبنوا نفس نهج قانون الأونسيترال في المادة 15 منه، وهذا القانون ترك مسألة تحديد وقت إرسال رسالة البيانات وتسلمها لاتفاق الطرفين وفي حال عدم وجود اتفاق نظم مسألتي وقت إرسال رسالة البيانات ووقت تسلم هذه الرسالة وذلك دون التطرق لتحديد زمان ابرام العقد الالكتروني.

وذلك يظهر من خلال المادة 18 من القانون رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الالكترونية الإماراتي، والمادة 15 من القانون الخاص بالتجارة الالكترونية البحريني المؤرخ في 14 سبتمبر 2002.[3]

بحيث في تلك القوانين لم يتم التطرق لمسألة زمان ابرام العقد الالكتروني بل تم التطرق لمسائل زمان ارسال وتسلم رسائل البيانات.

2– أما المشرع المصري فقد اعتمد نظرية العلم بالقبول سواء كان العقد مبرما بين غائبين أو حاضرين، وذلك في المواد 91 و97 من القانون المدني المصري، فنصت المادة 83 منه على أنه ينتج التعبير عن الإرادة أثره، في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر الوصول

[1] نور الهدى مرزوق، المرجع نفسه، ص 183.
2 خالج ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 384.
3 للاطلاع على القوانين المذكورة، فقد أوردها الدكتور الياس نايف ضمن الملاحق في مؤلفه العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص الملاحق 325 وما يليها.

قرينة على العلم به ما لم يقع الدليل على عكس ذلك، ونص في المادة 97 من نفس القانون على أنه: "يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكنان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نصب قانوني يقضي بغير ذلك"[1]

والملاحظ أن موقف المشرع المصري هو نفسه موقف المشرع الألماني في المادة 110 من القانون المدني الألماني.

3- وفيما يخص المشرع التونسي، فهو نفس موقف المشرع المصري وذلك وفق للمادة 28 من القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية والتي نصت على أنه: "ينشأ العقد الالكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقه هذا الأخير على الطلبية وبواسطة وثيقة ممضاة وموجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

4- فيما يخص المشرع الجزائري فإنه لم يأت بأي تعديل لمواكبة التطور العلمي المذهل الذي وقع واكتفى بتبني نظرية العلم بالقبول الواردة في القواعد العامة والمنصوص عليها في المادتين 61، 67 – 2 من القانون المدني الجزائري.[2]

وفي هذا الصدد أوضحت الأستاذة مرزوق نور الهدى ضمن رسالة الماجستير التي أعدتها بعنوان التراضي في العقود الالكترونية بجامعة تيزي وزو سنة 2012، موقف مميز في هذا الصدد، وذلك عندما اعتبرت أن نظرية العلم بالقبول التي انتهجها المشرع الجزائري والتي تطبق على العقود الالكترونية في غياب تشريع خاص ينظمها، أوضحت أن هذه النظرية، صالحة وتتناسب وخصوصيات العقود الالكترونية ، ما دام أن قوانين حماية المستهلك تضمن العديد من المزايا لصالح المستهلك، ومنها الحق في إرجاع المنتج بعد مدة معينة رغم امكانية الإضرار بالموجب مما يستدعي النظر بعين الرحمة حسبها للموجب، لتحقيق التوازن بين الطرفين، ولذلك فإن نظرية العلم بالقبول هي السبيل الأمثل لتحقيق ذلك، خاصة إذا كان وصول القبول قرينة على العلم به، مع إمكانية إثبات العكس.

ترى هل تصلح كل القواعد والأحكام السابق تفصيلها المتعلقة بتحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني على تحديد مكان انعقاد نفس العقد؟ وهي المسألة التي نتطرق إليها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: مكان ابرام العقود الالكترونية

تكتسي مسألة تحديد مكان ابرام العقد الالكتروني أهمية بالغة لأنه يسمح بتحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة في حال قيام نزاع ويصعب تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني نظرا لصعوبة تحديد مكان ارسال

1 خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 384.
2 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 186.

واستقبال الرسائل لأنها تتم عبر فضاء الكتروني بحيث حل محل عناوين الأشخاص التقليديةة عناوين أخرى في العالم الافتراضي يمكن وصفها بعناوين من نوع خاص تسمى " adresse IP".[1]

في هذا الصدد يثور إشكال حول إمكانية الاعتداد بإقامة المستهلك أو المكان الذي استلم فيه الموجب القبول أو مكان تسجيل موقع الويب، فهل تصلح القواعد العامة لوحدها لتحديد مكان انعقاد العقد أو أنه من الضروري تدخل المشرع في إيجاد قواعد جديدة تتماشى والطبيعة الخاصة التي يمتاز بها العقد الالكتروني. ؟

أولا: عدم ملائمة القواعد العامة لتحديد مكان إبرام العقود الالكترونية:

لا شك أن توطين العقد مكانيا أو حصره في إطار مكاني معين، بالرغم من تباعد أطرافه أو عدم تواجدهم في مكان واحد هو أمر لا يخلو من الحيلة القانونية والواقع أنه من أجل تحديد مكان انعقاد العقد تسود نظرية التلازم أو الارتباط بين مكان وزمان انعقاد العقد.

*** نظرية التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد.**

ويعني التلازم أن اللحظة التي يعتبر فيها العقد مبرما هي ذاتها التي تحدد مكان هذا الإبرام، ففي حالة الأخذ بنظرية العلم القبول فإن اللحظة التي يتحدد فيها زمان انعقاد العقد هي التي تحدد مكان انعقاد العقد، والمكان في هذه الحالة هو الذي يقع فيه العلم بالقبول، ونص المشرع المصري على مبدأ التلازم في المادة 975 من القانون المدني، المشرع الإماراتي في المادة 142 والبحريني في المادة 45.[2]

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فطبقا للمادة 67 من القانون المدني نجد أنه أخذ بنظرية العلم بالقبول ومن ثم فإن مكان العقد يتحدد بلحظة العلم بالقبول.[3]

أما إذا كان اخذ بنظرية تصدير القبول فإن مكان انعقاد العقد هو مكان الذي تم فيه تصدير القبول.[4]

إلا أن نظرية التلازم وجه لها نقد على أساس أنها لا تصلح في مجال العقد الالكتروني بسبب أن الطرف المتعاقد في البيئة الالكترونية له أن يدخل على الموقع الالكتروني في أي مكان يتواجد فيه عبر

[1] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 187.
[2] المرجع نفسه، ص 188.
3 أنظر المادة 67 من القانون المدني الجزائري.
[4] فاطمة عبده، المرجع السابق، ص 57.

العالم، وأن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى تداخل بين القوانين الوطنية ويؤدي إلى خضوع الأطراف إلى قانون دولة أخرى غير دولتهم التي ينتمون إليها، رغم أن العقد تم إبرامه داخل حدود هذه الدولة.[1]

كما يرى البعض أنه إنه إذا كان من السهل تسجيل لحظة تسليم رسالة القبول في البيئة الالكترونية إلا أنه من الصعب تحديد المكان الجغرافي لهذا التسليم وإن كان من المعقول تطبيق قانون أجنبي في طرفي العلاقة في العقود الدولية، ومن غير المنطقي تطبيق قانون أجنبي على العقود الوطنية وهو ما يصعب تطبيق النظرية على هذه العقود.

ومن هنا تأكدت عدم ملائمة قاعدة التلازم الزماني والمكاني لتحديد مكان إبرام العقد الالكتروني، لذلك صدرت بعض التشريعات الدولية والوطنية لمعالجة مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني وأبرزها القانون النموذجي للتجارة الالكترونية.[2]

ثانيا: موقف بعض التشريعات التي نظمت العقود الالكترونية حول مسألة مكان انعقاد العقد:

نظرا لثبوت عدم ملائمة نظرية التلازم في مجال العقود الإلكترونية رأت التشريعات في بعض الدول إما الأخذ بحرية الأطراف في تحديد مكان إبرام العقد كأصل، أو تبنى النظرية الحديثة المعروفة بنظرية الازدواجية.

أ- مبدأ حرية الأطراف كأصل في تحديد مكان إبرام العقود الإلكترونية:

وفق هذا المبدأ تعطى للأطراف حرية الاتفاق على تحديد لحظة ومكان انعقاد العقد حيث أقر التشريع الفرنسي أنه ليس إلزاميا الربط بين وزمان انعقاد العقد ومكان انعقاده، إذ لا يؤثر زمان انعقاد العقد على تحديد مكان انعقاده، فيمكن الفصل بين تركيز العقد من الناحية الزمانية عن تركيزه من الناحية المكانية بالتحديد الإرادي لمكان انعقاد العقد على صعيد العقود الدولية.[3]

وقد تركت التوجيهات الأوروبية مسألة الاتفاق على تحديد مكان انعقاد العقد لحرية الدول في قوانينها الداخلية والتي غالبا ما تترك الحرية للأطراف في تحديده.

1 مثال ذلك أن يبرم جزائريان عقدا عبر الانترنت في الجزائر وعلم الموجب بالقبول في تونس فإنه حسب نظرية التلازم فإن مكان إبرام العقد هو تونس.
2 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 189.
3 المرجع نفسه، ص 190.

ب-نظرية الازدواجية:

أدرك واضعوا القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الإلكترونية الأونيسترال ضرورة التدخل لحسم مسألة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني وتبعا لذلك تبنوا نظرية الازدواجية.[1]

وقد وضع القانون المذكور "الأونسيترال" نصوصا قانونية نظم بموجبها مكان إرسال واستلام رسالة بيانات باعتبارها وسيلة معترف بها قانونا للتعبير عن الإيجاب والقبول وبالإمكان الاستفادة منها في تحديد مكان أطراف العقد لحظة انعقاد العقد مما يسهل تحديد مكان انعقاد العقد عبر الانترنت.[2]

حيث تنص الفقرة الرابعة من المادة 15 بأن مكان إرسال الرسائل الالكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل منشئ الرسالة، وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك.[3]

يفهم من خلال هذه المادة أنه يتم إبرام العقد الالكتروني في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه إن أخذ بنظرية الاستلام وبالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إذا أخذ بنظرية التصدير، على أن للأطراف الحرية في الاتفاق حول تحديد مكان أخر لانعقاد العقد والذي يجب أن يكون مكان للإرسال أو للاستلام.[4]

كما أن نفس القانون النموذجي تطرق إلى مسألة تعدد مقرات عمل المرسل إليه ويبين أن المقر الذي يعقد فيه هو المقر الأوثق علاقة بالمعاملة المعنية أو مقر العمل الرئيسي، وإذا لم يوجد مقر فيؤخذ بمحل الإقامة المعتاد.[5]

وقد برر واضعوا قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية الأخذ بمقر عمل المرسل أو المرسل إليه دون مكان وجود نظام المعلومات بكون الطبيعة الخاصة للمعاملات الالكترونية تقتضي ذلك حيث أن كثيرا ما يكون نظام المعلومات الخاص بكل طرف سواء المرسل أو المرسل إليه موجود في مكان غير المكان الذي يوجد فيه مقر كل واحد منهما، لذلك أصاب القانون النموذجي في الاعتماد بمكان تواجد مقر أعمال المرسل لتحديد مكان الإرسال وبمقر عمل المرسل إليه لتحديد مكان مقر المرسل.[6]

1 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 191.
2 بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 121.
3 لزهر سعيد، المرجع السابق، ص 119.
4 نور الهدى مرزوق، المرجع نفسه، ص 191.
5 بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 121.
6 نور الهدى مرزوق، المرجع نفسه، ص 191.

أما الاتفاق الأوربي النموذجي للتبادل الالكتروني للبيانات فقد نص على اعتبار العقد الذي تم باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات مبرما في الوقت والمكان الذي تصل فيه الرسالة التي تشكل قبول العرض بواسطة التبادل الالكتروني لبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم العرض.[1]

أما اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة، فمن خلال المادة 6 أكدت أنه يفترض أن يكون مقر عمل المتعاقد هو المكان الذي يعينه، ما لم يثبت طرف آخر أن المتعاقد الآخر الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه.[2]

وبالرجوع إلى القوانين العربية نجد أمن القانون الأردني لسنة 2001 في المادة 18 والقانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 في المادة 4/17 والقانون البحريني قد تبنوا نظرية الازدواجية.

أما المشرع المصري رغم حداثة قانون التجارة الالكترونية المصري فإنه لم يراع الطابع الخاص للعقود الالكترونية، ولا يزال متمسكا بالنظرية التقليدية حيث تبنى نظرية تصدير القبول وهو ما لا يصلح لتطبيقه في مجال البيئة الالكترونية.[3]

وبالرجوع إلى قانون التجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 في المادة 28 نجده اعتد بعنوان البائع لإبرام العقد غير أنه لم يبين ما هو المقصد بعنوان البائع وما هو الحل إذا كان للبائع أكثر من عنوان.[4]

إلا أن هذا لا ينفع في المجال الالكتروني باعتبار أن البائع قد يتخذ عنوان في البريد الالكتروني مرتبط ببلد معين بحيث يكون هذا البلد لا علاقة له بالنشاط التجاري للبائع أو مقر عمله وهو ما يؤدي إلى تشابك العلاقة القانونية وخضوع الأطراف لقانون دولة أخرى غير التي ينتمون إليها وهو ما يعيق تقدم التجارة الالكترونية.[5]

من خلال دراسة النظرية التقليدية والنظرية الحديثة الثنائية التي عالجت مكان ابرام العقد الالكتروني نجد أن النظرية الحديثة الثنائية سايرت التطور في المجال الالكتروني، ذلك لعدم وجود ارتباط بين مسألة

1 العربي سعيد، المرجع السابق، ص 119.
2 بلقاسم حامدي، المرجع نفسه، ص 122.
3 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 192.
4- لزهر سعيد، المرجع السابق، ص 120.
5- نور الهدى مرزوق، المرجع نفسه، ص 193.

زمان انعقاد العقد ومكان انعقاده وهو ما تبناه واضفو قانون الأونسيترال الذي لا يهدف إلى تعديل أحكام التشريعات الوطنية أو العرف التجاري التي تعطي الحق للمتعاقد في تحديد زمان ومكان الانعقاد.[1]

1 نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 193.

الخاتمة

حاولنا من خلال هذه الدراسة التطرق إلى جانب من الجوانب القانونية التي أثارت النقاش حول العقود الإلكترونية، وبالضبط تطرقنا إلى ركن التراضي في هذه العقود لما له من خصوصيات جعلت القواعد القانونية التقليدية المنظمة للعقود تبدو عاجزة عن الإلمام بكافة جوانبه.

رأينا أن التراضي بشكل عام هو تطابق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وذلك يقتضي، أن يكون هذا التراضي موجودا فعلا بتبادل طرفي العقد التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين، وأن يكون صحيحا بأن يكون صادرا عن ذي أهلية وأن يكون خاليا من العيوب.

حاولنا إسقاط تلك القواعد على التراضي في العقود الإلكترونية، فلاحظنا أن ذلك ينطوي على نوع من الصعوبة كما يلحق شرحه.

– بالنسبة لمسألة التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، لاحظنا أن الغالب في هذه العقود هو استعمال ما يعرف برسالة البيانات باعتبار أن المتعاملين في الفضاء الالكتروني غالبا ما يتبادلون المعلومات عبر ما يعرف برسائل البيانات، ولاحظنا أن ثمة نقاشا حادا قد ثار حول حجية هذه الرسائل مقارنة بالرسائل الورقية، وفي هذا الصدد رأينا أن ثمة مبدأ تم الاعتماد عليه لمعالجة المسألة لا سيما في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسيترال والذي اعتمد ما يعرف بمبدأ التكافؤ الوظيفي الذي جعل لهما نفس الحجية.

ولاحظنا أن التعبير الإلكتروني عن الإرادة له خصوصية من حيث الوسيلة المستعملة مقارنة بالعقود التقليدية، ولذلك فصلنا المسألة فيما يخص الوسائل أو الوسائط المستعملة، مركزين على التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت من بريد إلكتروني ومواقع الويب وعبر المحادثة والمشاهدة.

تبين لنا أيضا أن ثمة العديد من الإشكالات التي يطرحها التعبير الإلكتروني عن الإرادة لا سيما التعاقد عبر الوكيل الإلكتروني المؤتمت، بالإضافة إلى إشكالية اللغة المستخدمة في التعبير عن الإرادة، وفيما يخص الوكيل الإلكتروني المؤتمت تطرقنا للإشكال الجدي المطروح حول مدى اعتباره وكيل يخضع للقواعد العامة للوكالة أم لا، ورأينا أن الإجابة كانت بالنفي للأسباب التي تم تفصيلها لا سيما خصوصية أحكام عقد الوكالة التي لا تنطبق على الوكيل المؤتمت وحللنا الإشكالية أيضا على ضوء التشريع الجزائري وفقا للنصوص السارية المفعول.

وبالنسبة لمسألة صحة الإرادة في العقود الإلكترونية، تطرقنا إلى أهلية المتعاقد الإلكتروني وعيوب إرادته.

ففيما يخص أهلية المتعاقد الإلكتروني، رأينا كيف أن هناك صعوبة للتحقق من مدى توفر الأهلية لدى المتعاقد أم لا ، بالنظر لإبرام العقد عن بعد و إمكان الأطراف التحايل بأن يكون المتعاقد مثلا قاصر أو عديم الأهلية ويصرح بغير ذلك في خانة البيانات المتعلقة به، أيضا اختلاف سن الرشد في مختلف الدول وسن التمييز يثير إشكال، و لذلك درسنا بعض الوسائل المستحدثة التي يمكن من خلالها تحديد أهلية المتعاقد الإلكتروني ومنها، استعمال البطاقات الإلكترونية والتوقيع والتصديق الإلكتروني وفي هذا الشأن تطرقنا إلى القانون الجديد الذي صدر في الجزائر حول المسألة وهو القانون رقم 15 – 04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

وفيما يخص عيوب إرادة المتعاقد الإلكتروني، رأينا أن هناك من التشريعات من تطبق عيوب الإرادة التقليدية في مجال العقود الإلكترونية فأبرزنا تبعا لذلك خصوصية هذه العيوب في تلك العقود وكيف يمكن تصورها ومعالجتها، ورأينا أيضا أن هناك تشريعات أخرى لاحظت أن عيوب الإرادة التقليدية صارت غير كافية لتوفير الحماية للمتعاقد الإلكتروني الذي غالبا ما يعد مستهلك ولذلك أقرت ما يعرف بالإبطال الناتج عن الإخلال بالتزام الاعلام أو الإدلاء بالبيانات قبل التعاقد.

– وبالنسبة لمسألة توافق الإرادتين في العقود الإلكترونية، تطرقنا بالدراسة لمسائل الإيجاب والقبول الإلكترونيين وكيفية تطابقهما.

ففيما يخص الإيجاب الإلكتروني قمنا بتعريفه وتحديد خصوصيته مبرزين ميزته بأنه يتم باستخدام وسائط إلكترونية وغالبا من خلال شبكة الإنترنت، ولاحظنا كيف أن هناك صعوبة للتمييز بين الإيجاب الإلكتروني والدعوة للتعاقد وتبعا لذلك تطرقنا إلى بعض العناصر التي يمكن اعتمادها في ذلك، وتطرقنا أيضا إلى مسألة القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني وحالات سقوطه، وشروطه، مصنفين الشروط من حيث الشكل ومن حيث المضمون.

وفيما يخص القبول الإلكتروني، رأينا كيف أن طرق التعبير عنه تختلف عن طرق التعبير عن القبول التقليدي، فأبرزنا كيف يتم التعبير عن القبول عبر الرسائل الإلكترونية، وعبر الموقع الإلكتروني، متطرقين عند دراسة الأخير إلى المبدأ الحديث الذي استعمله مثلا المشرع الفرنسي وهو مبدأ النقر المزدوج Principe de double clique والذي يقتضي أن يتم

القبول عبر مراحل وهي النقرة الأولى أو مرحلة المراجعة، والنقرة الثانية أو ما يعرف بمرحلة تأكيد الطلب، ثم مرحلة إرسال الإشعار بالاستلام، مبرزين أثر كل مرحلة على العقد بشكل عام و على القبول بشكل خاص و توصلنا في هذا الشأن إلى نتيجة عملية جد هامة و هي أن القبول لا يعتبر قد تم إلا في المرحلة الثانية و مرحلة تأكيد الطلب، كما تطرقنا أيضا إلى إشكالية مدى امكان اعتبار السكوت أن يكون تعبيرا عن القبول ورأينا في هذا الصدد بروز ثلاث نظريات عالجت المسألة ، و بعد ذلك حددنا شروط القبول الإلكتروني.

هذا ولاحظنا عند دراسة القبول الإلكتروني ملاحظة جد هامة، وهي أن بعض التشريعات منحت المتعاقد الإلكتروني الذي غالبا ما يكون مستهلك حق العدول عن قبوله رغم انعقاد العقد، وبذلك تبين أن هذه الامكانية مخالفة للقواعد العامة التقليدية، وعلى إثر ذلك استطعنا أن نستنتج أن التشريعات الحديثة المنظمة للعقود الالكترونية وسعت في مجال حماية المستهلك.

واختتمنا الدراسة بالتطرق إلى كيفية تطابق الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية بالحديث عن أحكام مجلس العقد الإلكتروني ومسائل زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني.

فبخصوص أحكام مجلس العقد الإلكتروني حاولنا تحديد فترته الزمنية عبر مختلف الوسائط الإلكترونية وأهمها الموقع والبريد الإلكترونيين وكذا المحادثة والمشاهدة، وعلى إثر ذلك حاولنا تحديد الطبيعة القانونية لهذا المجلس ما إذا كان مجلس حقيقي أو حكمي ورأينا اختلاف الفقه حول المسألة مبرزين أهم الآراء بين من اعتبره مجلس عقد حقيقي أي تعاقد بين حاضرين ومن اعتبره مجلس حكمي أي تعاقد بين غائبين والموقف الوسط الذي اعتبره تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.

أما بخصوص زمان إبرام العقود الإلكتروني فقد رأينا أن هناك من التشريعات من اعتمد على النظريات التقليدية التي عالجت المسألة وهي إعلان القبول وتصديره و وصوله و العلم به، ولاحظنا أن هناك تشريعات سلكت اتجاها مختلفا، بأن اعتمدت مثلا على ما أخذ به القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسيترال عندما لم يحدد زمان إبرام العقد بل ترك الحرية للأطراف وفي حال عدم وجود اتفاق حدد وقت إرسال و استلام رسالة البيانات، كما لاحظنا الموقف المتطور نسبيا للمشرع الفرنسي الذي أخذ بنظرية حديثة مثلا وهي "نظرية تصدير تأكيد القبول".

وحول مكان إبرام العقد الإلكتروني، رأينا أن النظرية التقليدية في العقود التقليدية والتي تعرف بالنظرية الأحادية التي تأخذ بالتلازم تعجز عن تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني،

ورأينا أيضا كيف أن عدة تشريعات جعلت أصلا عاما مقتضاه حرية الأطراف في تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني وفي حال عدم وجود اتفاق يتم اعتماد نظرية الازدواجية التي تبناها قانون الأونسيترال في المادة 15 – 4 ، وفي هذا الصدد يمكن للمشرع الجزائري اعتماد هذه النظرية بالنظر لنجاعتها في حل إشكالية تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني.

وفي الخلاصة الختامية ، يمكن الإجابة بوضوح أن التعبير الإلكتروني عن الإرادة ممكن، ولكن القواعد التقليدية للتراضي لا يمكنها استيعاب جميع أحكامه، و لذلك وجب على مختلف التشريعات و أحرى بالمشرع الجزائري ذلك أيضا مسايرة التطور الحاصل في المسألة من حيث التشريع بتقنين قواعد قانونية خاصة تنظم العقود الإلكترونية بشكل عام أو على الأقل عقود التجارة الإلكترونية كون الغالب الأعم من العقود التي تبرم إلكترونيا هي عقود تجارة، وفي هذا الصدد بإمكان مختلف التشريعات التي لا تزال تجربتها فتية في المسألة من حيث التنظيم بنصوص خاصة، الاسترشاد بمختلف القوانين التي عالجت المسألة تفصيلا وعلى رأسها مثلا القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونتسيترال، ويمكن القول أن المشرع الجزائري بإصداره القانون 15 – 04 المتعلق بالتوقيع بالتصديق الإلكترونين يكون قد بدأ التقدم بخطوات واضحة المعالم لتنظيم أحكام المعاملات الإلكترونية، وهو القانون الذي يستوجب البحث و التحليل تمهيدا لصدور القانون المستقل المنظم للعقود أو التجارة الإلكترونية في الجزائر الذي تفيد آخر المعلومات بأنه قيد التحضير على مستوى الحكومة، وهو الأمر الحتمي لا سيما بعد التزايد المستمر للمعاملات التي صارت تتم إلكترونيا في الجزائر بعد إطلاق خدمة الجيل الثالث للهاتف النقال ومؤخرا الجيل الرابع، وعلى الخصوص بعد إطلاق خدمات الدفع الإلكتروني بموجب البطاقات الإلكترونية بحيث تم وضع قائمة أولية لمؤسسات كبرى أصبح من الممكن دفع فواتيرها عن طريق بطاقات CIB.

قائمة المراجع

أولا–باللغة العربية:

1 – الكتب:

أ – الكتب العامة:

1 – بلحاج العربي، النظرية العامة في الالتزام في القانون المدني الجزائري (الجزء الأول) التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2001.

2 – جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، .2001

3 – رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 2003.

4 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، الجز الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

5 – علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

ب – الكتب المتخصصة:

1 – محمد السعيد رشدي، الانترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت 1997.

2 – عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، وحجتها في الإثبات المدني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان،1997.

3 – نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2000.

4 – نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2000.

5 – أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، تكوين العقد وإثباته، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

6 – حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنيت، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

7 – ممدوح محمد خيري هاشم، مشكلات البيع الالكتروني عن طريق الانترنيت في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة، 2000.

8 – أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

9 – أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنيت، دار الهدى للكتاب، القانونية، مصر، 2002.

10 – محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، دراسة قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، 2002.

11 – محمد أمين الدوجي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2004.

12 – محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

13 – بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه حقوق، عين شمس2005.

14 – عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، العلامات التجارية، حماية المستهلك من الغش التجاري والتقليد، حق المؤلف الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2005.

15 – سمير حامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

16 – محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنيت، دراسة مقارنة، دار الجامعة، الجديدة، الاسكندرية، مصر سنة 2007.

17 – فراح مناني، العقد الالكتروني، وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر 2009.

18 – محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2009.

19 – الياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

20 – خالد ابراهيم الممدوح، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2011.

21 – لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة، الجزائر، 2012.

22 – خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، دار قنديل، عمان، 2013.

23 – يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016.

24 –عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الإنترنت، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان.

2 – الرسائل الجامعية:

أ – رسائل الدكتوراه:

1 –ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق تبزي وز، جامعة مولود معمري،2009

2 –بلقاسم حامدي، إبرام العقد الالكتروني، دكتوراه، دولة الجزائر، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2015/2014.

ب – المذكرات الجامعية:

1 –نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة ماجيستير في فرع العقود والمسؤولية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

2 –حنان عتيق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون التعاون الدولي، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، 2012.

3 –فاطمة عبدلي، ركن التراضي في العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2015.

3 – المجلات:

1 –محمد نجيب عوضين، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مجلة القانون والاقتصاد البحوث القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 75، سنة 2005.

4 – النصوص القانونية:

أ – الاتفاقيات الدولية:

– اتفاقية الأمم المتحد بشأن عقود البيع الدولية للبضائع لعام 1980، فيينا لسنة 1980.

ب–النصوص التشريعية:

ب – 1 النصوص الجزائرية:

1 – أمر 75 – 58 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم لا سيما بالأمر 05 – 10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر سنة 2005 العدد رقم 44، وبالقانون 07 – 05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر سنة 2007 العدد رقم 31.

2 – أمر 75–59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم لا سيما بالقانون 05– 02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 و القانون 15 – 20 ج ر سنة 2015 ، عدد 71.

3 –القانون 2000 – 03 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية عدد 48 سنة 2000.

4 –القانون 04 – 02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج ر 41 سنة 2004 والمعدل والمتمم لا سيما بالقانون 10 – 06 ج ر، 46، سنة 2010.

5 –القانون 04 – 08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية ج ر 52 سنة 2004 المعدل و المتمم لا سيما بالقانون 10 – 01 و هو قانون مالية تكميلي لسنة 2010.

6 –القانون 09 – 03 يتضمن حماية المستهلك وقمع الغش مؤرخ في 25 فيفري 2009 ج ر 15 سنة 2009.

7 –القانون 09–04 المؤرخ في 05 غشت 2009، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر سنة 2009، عدد 49.

8 –القانون 15 – 04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر سنة 2015، عدد 6.

ب – 2 – النصوص الأجنبية:

1– قانون رقم 1948 – 131 مؤرخ في 16 يوليو 1948، متضمن القانون المدني المصري المعدل والمتمم.

2 – قانون رقم 2000– 230 مؤرخ في 2000/03/13 معدل للقانون المدني الفرنسي.

3 – القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارية والالكترونية، قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 09 أوت 2000.

4 – قانون التجارة الالكترونية البحريني 2002.

5 – قانون رقم 04–15 الخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات في مصر، جريدة رسمية عدد 17، صادر في 22 أفريل 2004.

6 – قانون فرنسي خاص بالمعاملات الرقمية لسنة 2004.

8– قانون المعاملات الالكترونية الأردني، رقم 85 لسنة 2001، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 2012/12/31.

ج – مراسيم تنفيذية:

1 – مرسوم تنفيذي 98–257 المعدل والمتمم، ج. ر عدد 63 يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات إنترنت، واستغلالها.

2 – مرسوم تنفيذي 98–256 يعدل ويتمم أحكام الجزء التنظيمي من الأمر رقم 75–89 المتضمن قانون البريد والموصلات.

3 – مرسوم تنفيذي 2000–307 خاص بخدمة بالإنترنت ج. ر. عدد 63.

4 – المرسوم التنفيذي 09 – 182 المحدد لشروط و كيفيات إنشاء و تهيئة الفضاءات التجارية ج ر 30 سنة 2009.

د – القوانين النموذجية

1 –قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996، صادر في الجلسة رقم 85 للجمعية العامة للأمم، بتاريخ 1996/09/16، والدليل الإرشادي الملحق به.

2–التوجيه الأوروبي رقم 93/999 صادر في 1996/12/13، بشأن التوقيع الالكتروني.
3 –التوجيه الأوروبي النموذجي رقم 31– 2000 مؤرخ في 08 يونيو 2000 في شأن بعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات.
4 –قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001.

ثانيا– باللغة الفرنسية:

1/ ouvrages en français:

1 - jean batiste M crée et exploiter un commerce électronique édition litèc paris 1998
2- olivier, D'AUZON, le droit du commerce électronique, édition du puits fleuri, France, 2005.

ثالثا – المواقع الإلكترونية:

www.uncitral.org

الفهرس

مقدمة 1
الفصل الأول: وجود الإرادة في العقود الإلكترونية 5
المبحث الأول: جواز التعبير الالكتروني عن الإرادة 7
المطلب الأول: مفهوم رسائل البيانات 7
الفرع الأول: التعريف برسائل البيانات والتبادل الالكتروني للبيانات 7
الفرع الثاني: تمييز نظام التبادل الالكتروني للبيانات عن الأنظمة المشابهة له وتقييمه 9
أولا: تمييز نظام التبادل الالكتروني للبيانات عن الأنظمة المشابهة له 9
ثانيا: تقييم نظام التبادل الالكتروني للبيانات 10
1 –الآثار الإيجابية 10
2 – الآثار السلبية 11
المطلب الثاني: الاعتراف القانوني برسائل البيانات 12
الفرع الأول: حجية رسائل البيانات في الاتفاقيات الدولية 12
أولا: القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر الامم المتحدة 12
ثانيا: الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتبادل الالكتروني للبيانات 12
ثالثا: قواعد اللجنة البحرية الدولية المتعلقة بسندات الشحن الالكترونية: 13
الفرع الثاني: حجية رسائل البيانات في اتفاقيات التبادل الالكتروني 13
المبحث الثاني: كيفية التعبير عن الارادة في العقود الالكترونية وبعض الإشكالات التي يثيرها 14
المطلب الأول: وسائل التعبير عن الارادة في العقود الالكترونية 14
الفرع الأول: التعبير عن الارادة عن طريق الانترنت 15
أولا: التعبير عن الارادة عبر البريد الالكتروني 15
ثانيا: التعبير عن الارادة عبر المواقع الالكترونية (Web) 15
ثالثا: التعبير عن الارادة عن طريق المحادثة والمشاهدة 17
الفرع الثاني: التعبير عن الارادة عن طريق بعض وسائل الاتصال الحديثة 17
أولا: جهاز المنيتل Mintel 17
ثانيا: جهاز التلكس Telex 17
ثالثا: جهاز الفاكس Fax 18
رابعا: الهاتف 18
المطلب الثاني: بعض الاشكالات التي يثيرها التعبير عن الارادة في العقود الالكترونية 19
الفرع الأول: التعبير عن الارادة عن طريق الوكيل الالكتروني المؤتمت 19
الفرع الثاني: اللغة المستخدمة في التعبير عن الارادة في العقود الالكترونية 24

المبحث الثالث: صحة الإرادة في العقود الإلكترونية 27
المطلب الأول: الأهلية في العقود الإلكترونية 27
الفرع الأول: خصوصية الأهلية في العقود الإلكترونية 29
الفرع الثاني: وسائل تحديد أهلية المتعاقد الالكتروني 30
أولا: البطاقات الالكترونية 31
ثانيا: التوقيع الالكتروني 31
أ – تعريف التوقيع الإلكتروني 31
ب–شروط التوقيع الالكتروني 33
ج–حجية التوقيع الالكتروني 34
ثالثا: جهات التصديق الالكتروني 35
أ–تعريف شهادة التصديق الالكتروني 35
ب–وظائف شهادة التصديق الالكتروني 37
المطلب الثاني: عيوب الإرادة في العقد الالكتروني 37
الفرع الأول: الغلط والتدليس في العقود الالكترونية 37
أولا: الغلط 38
ثانيا: التدليس 40
الفرع الثاني: الاستغلال والاكراه في العقود الالكترونية 42
أولا: الاستغلال والغبن 42
ثانيا: الإكراه 44
الفصل الثاني: توافق الإرادتين في العقود الإلكترونية 46
المبحث الأول: الإيجاب في العقود الإلكترونية 47
المطلب الأول: مفهوم الإيجاب الإلكتروني 47
الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني وخصوصياته 47
أولاً: تعريف الإيجاب الإلكتروني 47
ثانيا: خصوصيات الإيجاب الإلكتروني 49
أ/ الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد عبر وسيط الكتروني 50
ب/ الالتفاف حول الطابع الجازم للإيجاب لتحقيق أغراض معينة 50
ج/ استمرارية الإيجاب الإلكتروني 50
الفرع الثاني: تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الدعوة إلى التعاقد والتفاوض 51
الفرع الثالث: القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني وحالات سقوطه 52

أولاً: القوة الملزمة للإيجاب 53
ثانياً: حالات سقوط الإيجاب 53
المطلب الثاني: شروط الإيجاب الإلكتروني 54
الفرع الأول: الشروط الخاصة بشكل الإيجاب 54
أولا –الوسيلة المستعملة 55
ثانيا –الأسلوب المستعمل 55
ثالثا –اللغة المستعملة 55
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بمضمون الإيجاب 56
أولا – الدقة في الصياغة 56
أ–تحديد هوية المتعاقدين 57
ب–وصف السلع أو الخدمة 57
ج–ثمن السلعة أو الخدمة 58
د–تحديد طريقة التعاقد 58
ثانيا – اتجاه الإرادة للتعاقد 58
ثالثا – تحديد مدة الإيجاب 58
المبحث الثاني: القبول في العقود الإلكترونية 60
المطلب الأول: مفهوم القبول الإلكتروني 60
الفرع الأول: تعريف القبول الإلكتروني 60
الفرع الثاني: طرق التعبير عن القبول الإلكتروني 61
أولا – القبول الإلكتروني عبر الموقع 61
أ–النقرة الأولى: "مرحلة المراجعة" 62
ب–النقرة الثانية: "تأكيد الطلب" 63
ج–الإشعار بالاستلام 63
ثانيا: القبول عبر الرسائل الإلكترونية 64
الفرع الثالث: مدى صلاحية السكوت أن يكون تعبيرا عن القبول الإلكتروني 65
أولا–صلاحية السكوت أن يكون تعبيرا للقبول الإلكتروني 65
ثانيا–عدم صلاحية السكوت أن يكون تعبيراً عن القبول الإلكتروني 65
ثالثا–الموقف الوسط 66
المطلب الثاني: شروط القبول الإلكتروني 66
الفرع الأول– صدور القبول والإيجاب لا يزال ساريا 66

الفرع الثاني: مطابقة القبول للإيجاب 67
أ–المعيار الموضوعي 68
ب–المعيار الشخصي 69
الفرع الثالث–البت والجزم في القبول 70
المبحث الثالث: كيفية تطابق الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية 72
المطلب الأول: مجلس العقد الالكتروني 72
الفرع الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني 72
– أولا: تعريف مجلس العقد الالكتروني 73
أ/ مجلس العقد الحقيقي 73
ب/ مجلس العقد الحكمي 74
– ثانيا: تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني 76
1 –في التعاقد عبر الموقع الإلكتروني web 77
2 –في التعاقد عبر البريد الإلكتروني 77
3 –في التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة 77
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني 78
أولا: التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين 78
ثانيا: التعاقد الالكتروني تعاقد بين غائبين 79
ثالثا: مجلس العقد المختلط 80
المطلب الثاني: زمان ومكان إبرام العقود الالكترونية 81
الفرع الأول: زمان إبرام العقود الالكترونية 82
أولا–آراء الفقه حول مسألة تحديد زمان إبرام العقود الالكترونية 82
1 – نظرية إعلان القبول 83
2 – نظرية تصدير القبول 84
3 – نظرية وصول القبول" تسليم القبول" 84
4 – نظرية العلم بالقبول 85
ثانيا:موقف التشريعات على صعيد الدولي والوطني حول مسألة تحديد زمان ابرام العقود الالكترونية.. 85
1 –موقف التشريعات الدولية 86
أ – موقف الاتفاقيات الأوروبية 86
ب –موقف في اتفاقية فيينا 87
ج – موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسيترال 87

2 – موقف التشريعات الوطنية 88
أ – موقف المشرع الفرنسي 88
ب – موقف المشرع الأمريكي 89
ج – موقف بعض التشريعات العربية 89
الفرع الثاني: مكان ابرام العقود الالكترونية 90
أولا: عدم ملائمة القواعد العامة لتحديد مكان إبرام العقود الالكترونية 91
* نظرية التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد 91
ثانيا: موقف بعض التشريعات التي نظمت العقود الالكترونية حول مسألة مكان انعقاد العقد 92
أ – مبدأ حرية الأطراف كأصل في تحديد مكان إبرام العقود الإلكترونية 92
ب – نظرية الازدواجية 93
خاتمة 96
الفهرس 105